

Impresa, società e poteri pubblici

Una perenne "voglia" di Stato?

Scritti di

Felice Emilio Santonastaso

Collana Materiali e documenti 37

DIRITTO, POLITICA, ECONOMIA

Impresa, società e poteri pubblici

Una perenne “voglia” di Stato?

*Scritti di
Felice Emilio Santonastaso*



SAPIENZA
UNIVERSITÀ EDITRICE

2018



Il presente volume è stato realizzato con il contributo
del Master in *Diritto della crisi delle imprese*

Copyright © 2018

Sapienza Università Editrice
Piazzale Aldo Moro 5 – 00185 Roma

www.editricesapienza.it
editrice.sapienza@uniroma1.it

Iscrizione Registro Operatori Comunicazione n. 11420

ISBN 978-88-9377-082-8

Pubblicato a novembre 2018



Quest'opera è distribuita
con licenza Creative Commons 3.0
diffusa in modalità *open access*.

Indice

Presentazione	VII
PARTE I - I PROTAGONISTI	
A. SOCIETÀ A PARTECIPAZIONE PUBBLICA	
1. In tema di costituzionalità dello «sganciamento»	3
2. Società a partecipazione pubblica e politica del diritto (ovvero giudice, impresa pubblica e bilanci)	15
3. La riforma dell'art. 2449 c.c. e le società con partecipazione degli enti pubblici locali	43
4. Alberto Asquini Commissario straordinario IRI e Sergio Paronetto responsabile della sede di Roma. Dal trasferimento dell'IRI a Milano (9 ottobre-12 novembre 1943) alla critica della "socializzazione delle imprese" (d.lgl. 12 febbraio 1944, n. 251)	101
B. SOCIETÀ DI DIRITTO SPECIALE; SOCIETÀ DI DIRITTO SINGOLARE; SOCIETÀ DI ORIGINE LEGALE	
1. Società di diritto speciale ed esercizio di funzioni pubbliche	151
2. Riorganizzazione della Pubblica Amministrazione e istituti di diritto privato	185
3. Ancora della Rai: « così com'è oggi, è un centauro con una natura in parte umana e in parte equina... »	225

4. Riorganizzazione legislativa delle fondazioni nel settore lirico-sinfonico e qualificazione pubblicistica. Verso una tecnica legislativa delle privatizzazioni non più affidata alla sola “magia delle parole”? 253

PARTE II - LE REGOLE

A. I POTERI SPECIALI

1. Dalla « *golden share* » alla « *poison pill* »: evoluzione o involuzione del sistema? Da una prima lettura del 381°-384° comma dell’art. 1 l. 23 dicembre 2005, n. 266 275
2. La “saga” della “golden share” tra libertà di movimento di capitali e libertà di stabilimento 307
3. Investimenti di “fondi sovrani” e tutela degli “interessi nazionali”. Spunti dalla giurisprudenza della Corte di giustizia in tema di “interesse generale” e di limiti alla libertà di movimento dei capitali e di stabilimento: a volte “non è tutto oro quel che luccica” 363
4. Tutela della salute, tutela dell’ambiente ed evoluzione della “governance” nelle imprese di interesse strategico nazionale (il caso Ilva); un’applicazione dell’art. 41 Cost. per uno statuto d’impresa”? 399

B. LE OPERE PUBBLICHE

1. Legislazione di emergenza e vincoli sull’attività d’impresa nella realizzazione di opere pubbliche 453
2. Esecuzione di opere pubbliche, procedure di spesa e tutela dei valori ambientali 493
3. Le grandi infrastrutture 509
4. Opere transnazionali ed inquadramento comunitario 529
- Elenco completo delle pubblicazioni 545

Presentazione

Il diritto commerciale, inteso come il complesso di norme che regola i rapporti giuridici patrimoniali di natura privata inerenti alla produzione e/o allo scambio di beni e di servizi, trova le sue origini, come è noto, nel c.d. *ius mercatorum* o *lex mercatoria*, con cui si definì il *corpus* di regole, spontaneamente elaborate dai mercanti, a partire dal XII secolo, su misura delle proprie esigenze e dei propri interessi, svincolandosi dal diritto civile, modellato ancora sul diritto romano; e dagli stessi mercanti spontaneamente osservate. Esso nasce dunque come espressione - fra le più alte e significative - dell'autonomia privata nel governo delle relazioni giuridiche. Ed è, questa, una connotazione che si è mantenuta fino ai giorni nostri.

Fin dalle origini, però, il diritto commerciale si è dimostrato particolarmente "permeabile" alla penetrazione di poteri pubblici, portatori evidentemente di interessi ultraindividuali, destinati allora a sovrapporsi agli interessi puramente privati. Il che non deve stupire: l'economia costituisce un settore fondamentale per la vita e lo sviluppo delle collettività e di esso i poteri pubblici non possono evidentemente disinteressarsi del tutto.

E' così che la storia del diritto commerciale evidenzia, sin dagli inizi ed un po' dappertutto, sempre più numerosi "episodi" di interventi pubblici sulle e nelle attività economiche, in funzione, fin dagli esordi, volta a volta di regolazione e controllo dell'agire dei privati, di incentivazione o di integrazione del medesimo, secondo modelli che si ritroveranno poi nell'esperienza moderna. E si pensi, per fare esempi in ordine sparso: ai diritti di monopolio riservati ai mercanti nei Comuni medievali; alla regolamentazione pubblicistica, sempre

negli statuti dei Comuni medievali, del marchio, all'epoca obbligatorio; al sistema di incentivazione adottato nel 1230 dal Comune di Bologna (articolato in contributi a fondo perduto, esenzioni fiscali, mutui a tasso agevolato) per favorire lo sviluppo delle manifatture tessili; all'apparire, nel XV secolo delle prime figure di banche pubbliche (il Banco di S. Giorgio); alle compagnie coloniali, inglesi, olandesi, francesi, progenitrici delle moderne società per azioni, che hanno dominato i mercati mondiali nel XVI e XVII secolo e che erano caratterizzate da una forte impronta pubblicistica fin nel loro atto di nascita (*l'octroi* del sovrano o del Parlamento), ma talvolta nella loro stessa struttura (le Compagnie delle Indie francesi vedevano infatti una partecipazione pubblica maggioritaria). E si pensi, infine, all'epoca mercantilista (XVII secolo) la quale aveva fatto registrare interventi dello Stato assoluto nella vita economica talmente ampi e penetranti da comportare addirittura la riqualificazione del diritto commerciale, da parte dei giuristi contemporanei, come diritto pubblico; ed a partire dalla quale gli interventi pubblici nell'economia sono divenuti e tuttora rimangono un "ingrediente" ormai ineliminabile del modo di essere del moderno diritto commerciale: naturalmente, facendo registrare, tempo per tempo, luogo per luogo, variazioni, anche notevoli, nella loro strumentazione, da un lato, e, dall'altro, nella loro intensità.

* * * * *

In questa sede interessano specificamente le forme che l'intervento pubblico (dell'amministrazione pubblica) in campo economico ha assunto in Italia, nel periodo successivo alla seconda guerra mondiale. Tali forme - possiamo ricordare, adottando una linea di estrema semplificazione - si erano andate articolando secondo due tipologie fondamentali (e, in qualche misura, tradizionali):

- gli interventi *dall'esterno* (secondo i moduli tipici dell'azione amministrativa, quindi in chiave, tendenzialmente, autoritativa);
- gli interventi, per così dire, *dall'interno* (secondo i modi tipici, invece, dell'agire *iure privatorum*, quindi in chiave, tendenzialmente, paritaria).

Nell'ambito dell'intervento dall'esterno si doveva distinguere fra:

- gli interventi di regolazione;
- gli interventi di incentivazione (o di disincentivazione).

Il primo tipo di interventi, destinati ad incidere autoritativamente sul modo di essere e/o di operare delle imprese, assumeva forme anche assai diverse: si andava da quelle più semplici (le abilitazioni, le autorizzazioni, le concessioni, ecc.) a quelle più complesse, fra le quali notevole rilievo aveva assunto quella consistente nella predisposizione di veri e propri "ordinamenti" amministrativi settoriali, con l'assoggettamento delle imprese in quei settori rientranti ad un più o meno articolato e più o meno penetrante regime di controlli.

Il secondo tipo di interventi mirava a creare condizioni di particolare vantaggio (o, per converso, di svantaggio) a chi aveva certi requisiti o teneva certi comportamenti, sì da influire sulle *scelte* degli operatori economici. Anche qui le forme erano diverse: si andava dagli ausili economico-finanziari a, per esempio, i meccanismi di riserva o preferenza a favore di certe imprese negli appalti di opere pubbliche.

L'intervento dall'interno si esprimeva, a sua volta, in due forme:

- l'impresa pubblica;
- la partecipazione di enti o strutture pubbliche a enti (società) di diritto privato.

L'assetto così sinteticamente descritto ha connotato il nostro ordinamento fino a tutti gli anni '80 del secolo scorso, facendo anche in certi momenti registrare tendenze all'ulteriore potenziamento della presenza pubblica in campo economico (si pensi, da un lato, al rafforzamento del sistema delle partecipazioni statali e, dall'altro, all'introduzione dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi).

A partire dagli anni '90, sempre del secolo scorso, si è aperta - per effetto sia, in generale, delle spinte provenienti dal processo di integrazione europea, sia, in particolare, della crescente consapevolezza dell'insostenibilità, in termini di costi (anche sociali) di un assetto fondato su una fortissima e talvolta preminente presenza della mano pubblica - una nuova fase, caratterizzata da un notevole recupero degli schemi e dei valori liberistici e privatistici del mercato e della concorrenza e, in relazione a ciò, dal vistoso ridimensionamento degli interventi pubblici nell'economia. Un ridimensionamento che si è concretato, da un lato, nella marginalizzazione del modello dell'impresa pubblica (con l'imponente processo di "privatizzazione" che ha investito l'universo degli enti pubblici economici) e nella drastica riduzione degli aiuti o incentivi; e, dall'altro, nella riqualificazione degli interventi di regolazione come finalizzati essenzialmente a garantire correttezza

ed efficienza del mercato (o dei mercati), con il connesso proliferare delle c.d. autorità indipendenti (le quali peraltro, pur se indipendenti, non cessano di essere autorità amministrative a tutti gli effetti, con tutto quello che allora può derivarne, sul piano, per esempio, delle tutele assicurate agli interessi privati coinvolti).

C'è da sottolineare, peraltro, che negli ultimissimi tempi – anche, talvolta, come conseguenza della profonda crisi finanziaria, che dal 2008 ha investito le economie occidentali e quindi anche la nostra – si è andata profilando in Italia una tendenza esattamente opposta, quella verso una, più o meno “strisciante”, *ripubblicizzazione* di taluni “segmenti” o assetti dell’attività economica. Sono ormai molti i punti di emersione di questa tendenza: si pensi ai meccanismi introdotti e via via potenziati per il “controllo” amministrativo di società che operano in settori strategici (*golden shares*; poteri speciali); si pensi alle forti spinte al recupero dei modelli, che sembravano divenuti recessivi, vuoi dell’impresa pubblica, sotto la veste delle c.d. società pubbliche, nelle varianti delle c. d. semi-amministrazioni e delle società “legali” e vuoi di “sistemi” di partecipazioni statali, come quello che ormai fa perno sulla Cassa Depositi e Prestiti; si pensi al crescente ruolo attribuito alle sanzioni amministrative come strumento anche e proprio di regolazione; si pensi, ancora, alle profonde trasformazioni intervenute nella disciplina del settore creditizio (e, per riflesso, dell’intero settore finanziario).

Quest’ultima vicenda è particolarmente emblematica. Fino ai primi anni '90, l’ordinamento del credito era imperniato su di una legge (la legge bancaria del 1936-38) molto complessa ed articolata che affidava alle autorità di vigilanza una gamma vastissima di poteri di controllo sulle imprese operanti nel settore caratterizzati dalla più lata discrezionalità di attivazione: e si parlava, con riferimento a tale ordinamento, di una *pubblicizzazione* a più livelli (a livello soggettivo, per la massiccia, anzi prevalente, presenza di imprese-enti pubblici; a livello oggettivo, in relazione all’espressa qualificazione normativa dell’attività creditizia come “funzione di interesse pubblico”). Per effetto degli impulsi provenienti dalla Comunità europea quell’ordinamento si era lentamente ma sicuramente modificato in senso radicale: da un lato, era stato investito in pieno dal processo di “privatizzazione” al quale si è accennato prima, che ha portato al tramonto delle banche pubbliche; e, dall’altro, per effetto di puntuali interventi normativi volti alla valorizzazione del paradigma imprenditoriale nello svolgimento dell’attività

bancaria i poteri di controllo dell'autorità di vigilanza erano stati rimodellati nella loro estensione e soprattutto nella loro intensità con una drastica riduzione del grado di discrezionalità riconosciuta all'autorità amministrativa. Oggi, a seguito di una serie di interventi normativi anche questa volta di fonte comunitaria, il quadro è completamente ribaltato: alle autorità di controllo del settore (autorità di vigilanza; autorità di risoluzione) competono ormai poteri di intervento talmente diffusi e penetranti, su tutti gli aspetti strutturali e funzionali, delle imprese bancarie e, per altro verso, talmente discrezionali da consentire di parlare, qui, di autentico "appassimento" del paradigma imprenditoriale e di sostanziale (quanto "feroce") nuova *pubblicizzazione*, ancora una volta sia sotto l'aspetto oggettivo sia anche sotto quello soggettivo.

* * * * *

Dei processi evolutivi testè rappresentati (eccezion fatta, naturalmente, per gli ultimissimi sviluppi) l'autore dei saggi qui raccolti, Felice Santonastaso, improvvisamente mancato nel 2014, è stato, da un lato, diretto testimone e, dall'altro, attento ed acuto studioso.

Quanto al primo versante, Egli aveva ricoperto importanti e delicate cariche nel mondo delle partecipazioni statali (era stato amministratore delegato di Italstat, finanziaria dell'IRI per le infrastrutture, dal 1985 al 1991; vicepresidente della società Castalia, società del gruppo IRI per l'ambiente dal 1990 al 1993; presidente dell'Istra, istituto superiore dei trasporti, società paritetica fra IRI ed ENI, per l'aggiornamento del piano dei trasporti, dal 1993 al 1997).

Quanto al secondo versante, Egli ha dedicato al tema dei rapporti fra sistema delle imprese e poteri pubblici numerosi ed importanti contributi, in forma di monografie ed in forma di saggi: il presente volume raccoglie appunto questi ultimi.

Tali saggi coprono un arco temporale che va dal 1960 (è di quell'anno lo scritto «*In tema di costituzionalità dello sganciamento*», una breva ma densa nota di commento ad una sentenza della Corte costituzionale, che aveva affrontato il problema, delicato ed oggetto all'epoca di un vivace dibattito che aveva coinvolto la migliore dottrina amministrativa e commercialistica, della costituzionalità della legge che aveva previsto il "distacco" o, appunto, lo "sganciamento" delle aziende a prevalente partecipazione pubblica dalle organizzazioni sindacali degli altri datori di lavoro) al 2014 [è di quell'anno lo scritto «*Tutela del-*

la salute, tutela dell'ambiente ed evoluzione della "governance" nelle imprese di interesse strategico nazionale (il caso ILVA)», nel quale, a commento anche qui – per singolare coincidenza – di una sentenza della Corte costituzionale, si svolge una ampia riflessione sui profili di costituzionalità delle normative speciali dettate appunto nel caso ILVA e sul ruolo di tali normative come stimolo per una riforma dello statuto delle imprese strategiche di rilevanza nazionale che ne consideri l'attività anche nel quadro delle regole di una tutela ambientale messa a rischio dalla stessa rilevanza della medesima].

I saggi coprono, quindi, un arco di quasi cinquant'anni. E toccano una molteplicità di aree tematiche di centrale importanza: il "sistema" delle partecipazioni statali; le società di diritto speciale o di diritto singolare; i poteri speciali; le opere pubbliche. La loro lettura fornisce dunque una prospettiva diacronica – ovviamente dal punto di vista dell'autore – di alcuni dei più importanti snodi delle vicende che, nel nostro paese, hanno interessato appunto i rapporti fra imprese e poteri pubblici, evidenziando degli snodi la problematicità e la delicatezza e delle vicende la complessità e talvolta la tortuosità (è sufficiente porre mente, per quanto riguarda quest'ultimo aspetto, alla vicenda – o "saga" – delle *golden shares* e dei poteri speciali, oggetto – ovviamente – di particolare attenzione da parte di Santonastaso: e v. «*Dalla "golden share" alla "poison pill", ecc.*»; «*La "saga" della "golden share", ecc.*»; «*Investimenti di "fondi sovrani" ecc.*»).

Non è ovviamente possibile soffermarsi qui sul merito dei singoli saggi, per valutare i percorsi ricostruttivi volta a volta seguiti e la bontà delle soluzioni volta per volta prospettate. Basterà dire che essi evidenziano la capacità dell'A., da un lato, di cogliere gli intimi nessi fra i processi evolutivi che hanno riguardato lo specifico "segmento" dell'intervento pubblico sulla e nella economia e i processi evolutivi concernenti altri "segmenti" (come, in particolare ma non solo, nello scritto «*Riorganizzazione della pubblica amministrazione e istituti di diritto privato*», dove l'A. analizza a fondo la recente tendenza alla costituzione per legge di soggetti – società – di diritto privato, per realizzare compiti, in principio spettanti alla p.a., al di fuori della sfera pubblica e senza incidenza sulla finanza pubblica). E, dall'altro, di ricondurre a sistema – un sistema, peraltro, non sempre di agevole ricostruzione, tanto più dovendo tener conto anche della dimensione comunitaria – le variegata e cangianti forme dell'intervento pubblico sulle imprese e

sulle società (una riconduzione a sistema che, per quel che concerne le società “pubbliche”, ha trovato la sua più compiuta espressione nel denso commento agli art. 2449 e 2451 c. c., nel «*Commentario romano al nuovo diritto delle società*»).

Si può aggiungere che gli scritti sono tutti riconducibili ad una linea di pensiero che, nella costante attenzione al dato positivo, mira a privilegiare interpretazioni ed applicazioni degli istituti e delle norme che assicurino – nelle singole “porzioni” di attività economica considerate – il più soddisfacente, o, se si preferisce, il meno insoddisfacente, punto di equilibrio fra interessi privati ed interessi pubblici.

* * * * *

L’iniziativa di raccogliere in volume la maggior parte degli “scritti minori” di Felice Santonastaso è di un gruppo di professori o ex professori della Facoltà di economia della Sapienza, nella quale il medesimo Santonastaso è stato dapprima come professore associato e poi come professore ordinario dall’anno accademico 1995-1996 fino al 31 ottobre 2007.

Essi (nominativamente Anna Rosa Adiutori, Giuseppe Benedetti, Giuseppina Capaldo, Francesco Giorgianni, Alessandro Nigro, Daniele Santosuosso, Daniele Vattermoli) hanno in questo modo inteso conservare il ricordo di un valoroso collega e di un caro amico.

Roma, gennaio 2018

Alessandro Nigro

PARTE I

I PROTAGONISTI

A. SOCIETÀ A PARTECIPAZIONE PUBBLICA

1.

In tema di costituzionalità dello «sganciamento» (Art. 3 L. 22 dicembre 1956, n. 1589)*

Con questa decisione¹ la Corte Costituzionale ha risolto in senso positivo la questione della legittimità costituzionale dell'ultimo comma dell'art. 3, L. 22 dicembre 1956, n. 1589, sottoposta - com'è noto - al suo esame, con separate ordinanze dai tribunali di Milano e di Firenze², statuendo che: *a)* la norma in questione, per la quale entro un anno dalla entrata in vigore della legge « cesseranno i rapporti associativi delle aziende a prevalente partecipazione statale con le organizzazioni sindacali degli altri datori di lavoro », non effettua in modo automatico il distacco delle imprese recedenti, giacché lo scioglimento del vincolo associativo presuppone una attività degli organi sociali alla cui determinazione deve indirizzarsi il comportamento degli organi ammini-

* Da *Riv. dir. comm.*, 1960, II, 161-171, in nota alla sentenza Corte cost. 26 gennaio 1960, n. 1, riassunta nella seguente massima: *Non sussiste contrasto tra il principio della libertà sindacale, proclamato nell'art. 39 della Costituzione, e l'art. 3, 3° comma, della L. 22 dicembre 1956, n. 1589, per il quale entro un anno dall'entrata in vigore della legge « cesseranno i rapporti associativi delle aziende a prevalente partecipazione statale con le organizzazioni sindacali degli altri datori di lavoro », dovendo a quest'ultima norma disconoscersi efficacia automatica e contenendo, per contro, disposizioni per lo svolgimento di un'attività amministrativa che lo Stato, data la possibilità di determinare la volontà degli organi sociali delle aziende, avrebbe potuto svolgere anche senza il precetto della legge.*

¹ Pubblicata anche in *Foro it.*, 1960, I, 201 con nota di VALASSINA, *Una sentenza sconcertante*; in *Mass. giur. lav.*, 1960, I sgg. con nota di SERMONTI «Sganciamento» e libertà di azione sindacale; in *Giur. it.*, 1960, I, I, 353 sgg. con nota di PIERANDREI, *Libertà sindacale e imprese a «prevalente partecipazione statale».*

² Pubblicate in *Giur. cost.*, 1959, 903 e 1958, 1030 con successiva nota ivi di IANNUZZI: *Il problema dello sganciamento davanti i Tribunali*, 1959, p. 1033 sgg. L'ordinanza del Tribunale di Milano è pubblicata anche in *Giur. it.*, 1959, I, 2, 141 sgg. con nota di ALLORIO, *A proposito d'illegitimità costituzionale del cosiddetto distacco sindacale.*

strativi statuali, nei quali vanno ravvisati i destinatari diretti del precetto di legge; b) l'assenza di una cessazione del vincolo associativo con effetto automatico nella disposizione dell'art. 3, non solo impedisce di ravvisare un distacco *ope legis*, ma induce altresì a ritenere che la norma contenga delle disposizioni per lo svolgimento di un'attività amministrativa, che gli organi dello Stato avrebbero potuto ugualmente compiere, anche in mancanza della legge n. 1589, grazie alla prevalente partecipazione statale che consente loro di determinare e di indirizzare la volontà degli organi sociali.

La questione preliminare, che si presentava all'esame della Corte, riguardava l'identificazione dei soggetti destinatari della norma contenuta nel 3° comma dell'art. 3, L. 1589. Tale questione rivestiva particolare rilevanza, perché proprio dalla diversa identificazione dei soggetti destinatari derivavano le opposte tesi rispettivamente volte ad affermare o a negare la legittimità costituzionale della norma³.

³ Sulla interpretazione e sulla legittimità costituzionale della L. 22 dicembre 1956, n. 1589 e per le varie questioni che essa ha suscitato, vedi BACHELET, *Aspetti costituzionali dell'art. 3, 3° comma della legge istitutiva del Ministero delle partecipazioni*, in *Giur. cost.*, 1957, 931 sgg.; GUIDOTTI, MENGONI, MINOLI, PIERANDREI e REDENTI, *Parere del collegio dei giuristi richiesto dall'I.R.I.; Problemi di interpretazione e di attuazione dell'art. 3 L. 22 dicembre 1956, n. 1589 in Il distacco delle aziende a prevalente partecipazione statale dalle organizzazioni degli altri datori di lavoro*, a cura della Confederazione generale dell'industria italiana, III, Roma, 1958, p. 9 sgg. e in *Riv. Dir. Lav.*, 1958, 13; ALLORIO, *Aspetti giuridici del distacco delle aziende a prevalente partecipazione statale dalle organizzazioni sindacali degli altri datori di lavoro*, in *Il distacco*, cit., III, p. 27 sgg. e in *Dir. econ.*, 1958, 607 sgg.; ASQUINI, *Sull'art. 3 della legge 22 dicembre 1956, n. 1589*, in *Il distacco*, cit., III, p. 71 sgg. e in questa *Rivista*, 1958, I, 85 sgg.; CHIARELLI, *Parere pro veritate sull'art. 3, comma 3° L. 22 dicembre 1956, n. 1589*, in *Il distacco*, cit., III, p. 89 sgg.; DEDIN, *Sulla legittimità costituzionale dell'art. 3, 3° comma L. 22 dicembre 1956, n. 1589*, *ibidem*, III, p. 109 sgg.; ESPOSITO, *Sulla legittimità costituzionale dell'art. 3, 3° comma L. 22 dicembre 1956, n. 1589*; *ibidem*, III, p. 135 sgg. e in *Riv. società*, 1958, 27 sgg.; FRÈ, *Legittimità costituzionale e interpretazione dell'art. 3 L. 22 dicembre 1956, n. 1589*; *ibidem*, p. 143 sgg., e in questa *Rivista*, 1958, I, 97 sgg.; GASPARRI, *Riflessi costituzionali della legge sulle aziende a prevalente partecipazione statale*, in *Dir. Lav.*, 1958, I, 27 sgg., e in *Il distacco*, cit., II, p. 91 sgg.; SERMONTI, *Aspetti giuridici dello «sganciamento sindacale» per mezzo della legge*, in *Dir. Lav.*, 1958, I, 75 sgg.; TUMEDEL, *Sul concetto di azienda a prevalente partecipazione statale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, 117 sgg., e in *Il distacco*, cit., III, 219 sgg.; BACHELET, *La istituzione del Ministero delle partecipazioni statali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1958, 195 sgg., e in *Il distacco*, IV, 125 sgg.; DE SEMO, *Principi fondamentali e incostituzionalità della L. 22 dicembre 1956, art. 3*, in *Dir. Lav.*, e in *Il distacco*, IV, 167 sgg.; FERRUCCI, *Osservazioni sulla natura giuridica e sulla legittimità costituzionale dell'art. 3, 3° comma della L. 22 dicembre 1956, n. 1589*, in *Riv. giur. lav. prev. soc.*, 1958, e in *Il distacco*, IV, p. 255 sgg.; FERRI, *Il distacco delle aziende a prevalente partecipazione statale*, in *Riv. società*, 1958, II sgg., e in *Il distacco*, IV, p. 315 sgg.; L. FERRI, *Il «distacco» delle aziende a prevalente partecipazione statale nel quadro generale dei rapporti fra Stato e sindacato*, in *Riv. Dir. Lav.*, 1959, I, 17 e

Come, infatti, hanno rilevato, commentando l'attuale pronunzia, gli stessi fautori della costituzionalità della legge istitutiva del ministero delle partecipazioni statali, l'unica interpretazione che permetteva di sostenerne la legittimità, consisteva nell'identificare quale destinatario della legge il potere esecutivo, il quale avrebbe dovuto servirsi della posizione di detentore del controllo esercitato dallo Stato nelle società a prevalente partecipazione statale per porre in essere il cosiddetto sganciamento. Risulta questa la tesi accolta dalla Corte Costituzionale⁴, la quale nel procedere a tal interpretazione, ha senza dubbio inteso seguire il criterio ermeneutico per cui, nell'esame della legittimità costituzionale di una disposizione, si deve scegliere tra i vari significati che questa può offrire, quello che consente di affermarne la legittimità.

Tale identificazione era già stata avanzata, sia pure con contrasti, dalla dottrina, e proprio al fine di poter considerare costituzionalmente legittimo l'art. 3 della legge in esame⁵. Ma alcuni dei rilievi che si presentavano validi avverso tale tesi, sembrano possano ancora essere sollevati nei confronti del ragionamento seguito dalla Corte. Infatti, questa interpretazione non solo urta contro le varie dichiarazioni fatte di fronte alle Camere⁶, ma non sembra neanche del tutto aderente al testo letterale della legge. L'argomentazione della Corte si svolge in base ad un esame unitario dei tre comma dell'art. 3, rile-

in *Il distacco*, IV, p. 353 sgg.; NICOLÒ, *Impresa pubblica, impresa privata e le cosiddette aziende con prevalente partecipazione statale*, in *Dir. Lav.*, 1959, I, e in *Il distacco*, IV, p. 433 sgg.

⁴ Sull'interpretazione adottata dalla Corte v. le osservazioni di REDENTI, *A proposito dello sganciamento*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1960, 164.

⁵ Vedi in tal senso BACHELET, in *Giur. cost.*, *op. cit.* p. 939, ricordato favorevolmente da CARNELUTTI, *Lo Stato coimprenditore e la Costituzione*, in *Il distacco*, IV, p. 182, ma per precise critiche a tale tesi vedi anche ESPOSITO, *op. cit.*, p. 135, n. 22. Concorda con il BACHELET, G. FERRI, *op. cit.*, pp. 321-322 mentre CHIARELLI, *op. cit.*, p. 91, aveva sostenuto che la norma, qualificata come norma esterna all'amministrazione statale, aveva per destinatari immediati le aziende a prevalente partecipazione statale e per destinatari mediati e passivi le associazioni sindacali a cui queste aderivano.

Va rilevato a tale proposito la diversa e più lata interpretazione offerta dal collegio dei giuristi dell'I.R.L., per la quale, destinatari della norma sono contemporaneamente i titolari dell'organo amministrativo della società, il Ministero delle partecipazioni statali e le *holdings* di diritto pubblico. Ma tale interpretazione è stata in un secondo momento da uno dei giuristi del collegio (PIERANDREI, *op. cit.*, p. 366) ricondotta alla sola alternativa di riconoscere unicamente negli organi dello Stato i destinatari della norma. In tal senso *adde* GASPARRI, *op. cit.*, p. 32 e FERRUCCI, *op. cit.* p. 270 sgg.

⁶ Vedine citazione in ESPOSITO, *op. cit.*

vando che, poiché il disposto dei primi due si riferisce ad un comportamento che il Governo deve osservare nel futuro, mentre il termine previsto per la cessazione dei rapporti associativi nel terzo comma coincide con quello fissato nei primi due all'esecutivo per il compimento di determinate attività, « deve dedursene che anche la disposizione di questo comma abbia per oggetto una attività che il Governo dovrà svolgere nel futuro in conformità del precetto della legge ». Orbene, sembra che nei confronti dell'interpretazione offerta, possa muoversi il rilievo che, se non è dubbio che i primi due comma hanno come proprio destinatario il Governo, si deve ravvisare una frattura logica tra la formulazione del 3° comma e quella dei due precedenti, in quanto in esso il Governo non appare più il diretto destinatario del precetto di legge, che si limita a prevedere che entro un determinato termine - fatto coincidere col termine disposto nei primi due comma - cesseranno i rapporti associativi delle aziende interessate. Appare pertanto che solo attraverso una interpretazione che va al di là del testo legislativo, sia possibile riconoscere nel Governo il destinatario dell'ultima parte della disposizione.

Dalla lettera della legge, infatti, si può dedurre bensì che il Governo è il solo destinatario della stessa, ma in quanto destinatario mediato, vale a dire che alla previsione astratta della cessazione ad un determinato momento dei rapporti associativi sindacali delle aziende a prevalente partecipazione statale corrisponde l'obbligo per i competenti organi del Governo di porre in essere le condizioni necessarie a realizzare tale situazione. Di conseguenza vanno distinti nella previsione normativa dell'art. 3 due differenti momenti: di questi, mentre il primo si riferisce ad un'azione concreta che il Governo svolgerà nel futuro, il secondo si limita a prevedere una situazione strumentale per un più completo raggiungimento del fine previsto, situazione che però postula, per il suo venire in essere, un comportamento in tal senso dell'esecutivo.

Peraltro, si deve osservare che se la Corte, identificando nell'autorità amministrativa il destinatario della dibattuta disposizione, può avere interpretato fedelmente e, direi anche, funzionalmente, il testo della legge, non sembra che essa abbia tenuto nella dovuta considerazione, come era lecito aspettarsi, tutte quelle conseguenze che derivano dalla interpretazione adottata né che abbia provveduto a giustificare gli effetti conseguenti al modo di realizzarsi della legge stessa.

Va rilevato, infatti, che non è sufficiente considerare in sé e per sé il comportamento degli organi amministrativi destinatari del comando normativo (Ministero delle partecipazioni statali, varie *holdings* di diritto pubblico), ma che l'intervento che tali organi devono compiere andava esaminato in relazione alla particolare struttura degli enti interessati su cui veniva ad esplicarsi l'intervento stesso. E poiché questi enti rivestivano per l'appunto la forma della società per azioni, ogni valutazione della congruità del comportamento posto in essere nell'attuazione della legge n. 1589 doveva essere fatta sulla base delle norme del diritto societario. Proprio su tale punto la decisione in esame lascia piuttosto perplessi, in quanto l'affermazione che l'art. 3 ha « per oggetto un'attività che il Governo dovrà svolgere in futuro in conformità del precetto della legge » implicava, anche per le varie contestazioni sorte, che fossero precisate le modalità con cui il comando normativo sarebbe stato reso operante. Il che, poi, non consisteva in altro che nel precisare le dirette conseguenze della identificazione del destinatario del 3° comma dell'art. 3. Invece, non determinandosi le modalità di attuazione, si è in pratica resa evanescente e quasi privata di contenuto l'avvenuta identificazione del destinatario del precetto, giacché, potendo questi per adempiere il compito demandatogli, agire in più maniere, il problema della legittimità o meno del suo operato viene non già eliminato, ma solo accantonato, spostato cioè al momento successivo della effettiva scelta del procedimento da osservare.

Il sostenere di rincarzo che la legge « *in sostanza* vuole che il Governo curi che gli organi delle società, nelle quali lo Stato ha prevalente partecipazione, adottino le deliberazioni occorrenti per il recesso delle società dalle organizzazioni sindacali dei datori di lavoro privato », non sembra possa essere considerato un criterio sufficientemente valido a risolvere i problemi che scaturiscono dall'applicazione della legge n. 1589, in quanto, a parte l'ambiguità del termine usato (il Governo curi ...), il richiamo alla « *sostanza* » della legge può far sorgere il dubbio che, al fine di ravvisare la costituzionalità della legge, sia stato necessario ricorrere ad una interpretazione che ha rivelato una non completa aderenza fra l'espressione formale della legge e il suo contenuto sostanziale. A ciò si aggiunga che il richiamo effettuato dalla Corte alla « *sostanza* » della legge sembra possa costituire quasi una prova indiretta del procedimento logico che la Corte ha creduto necessario seguire per pervenire a identificare nel Gover-

no il destinatario mediato del 3° comma dell'art. 3: risultato cui si è pervenuti non già per una diretta applicazione della nonna, ma per una discutibile considerazione contenutistica.

Per quanto poi concerne le modalità di attuazione della norma, va osservato che la dichiarazione di recesso delle società interessate dalle organizzazioni sindacali dei datori di lavoro poteva essere realizzata o mediante un comportamento in tal senso degli amministratori secondo le direttive emanate dal Ministero delle partecipazioni statali, dall'IRI, dall'ENI e dagli altri enti autonomi di gestione, e che pertanto avrebbero agito sull'organo sociale dall'esterno, o mediante una delibera assembleare, che avesse deciso di attuare lo sganciamento⁷. A proposito di questa seconda ipotesi, vien naturale di osservare come lo Stato, nella sua veste di azionista possessore del pacchetto di maggioranza, avrebbe manifestato la propria volontà, in ordine alla realizzazione del recesso, mediante un voto il cui contenuto sarebbe stato determinato prima e al di fuori di quella sede assembleare nell'ambito della quale le dichiarazioni di voto devono formarsi e venire espresse. Fattispecie questa, che richiama alla mente la questione, da lungo tempo dibattuta, circa la validità o non di quelle preventive intese con cui un socio sia come singolo azionista che come membro di un sindacato azionario s'impegna a votare in assemblea in un determinato senso secondo le direttive già prestabilite o secondo le decisioni del cosiddetto direttore del sindacato⁸.

Pur non potendosi ormai più dubitare dopo l'odierna decisione della legittimità e della validità del comportamento con cui gli organi delle società hanno deliberato il loro distacco dalle organizzazioni degli altri datori di lavoro, le caratteristiche in esso presenti autorizzano peraltro a ritenere che ci si trovi di fronte alla manifestazione - nuova per il campo delle società - di una dichiarazione di voto, il cui preciso contenuto risulta già prestabilito *per volontà di legge* al di fuori

⁷ Ha identificato nell'assemblea l'organo competente a deliberare il recesso autorevole dottrina: così l'ASQUINI, *op. cit.*, p. 74, fondandosi sul rilievo che con tale delibera si viene a disporre di un diritto di libertà tutelato dalla Costituzione. In tal senso v. anche GRASSETTI, *op. cit.*, p. 197. In senso contrario, MENGONI, *op. cit.*, p. 176 che ha ritenuto competente il Consiglio di amministrazione o il particolare organo esecutivo a cui il Consiglio stesso abbia delegato i propri poteri.

⁸ Su tale questione v. *La disciplina dei sindacati azionari*, a cura del Centro italiano di studi giuridici, Milano, 1955, e, da ultimo COTTINO, *Le convenzioni di voto nelle società commerciali*, Milano, 1958, p. 169 sgg.

del dibattito assembleare, sì da creare quasi, sia pure indirettamente, avendo riguardo alla natura degli effetti, una nuova categoria di azioni in corrispondenza all'esercizio di questo voto *ex lege*.

Avendo riguardo a questa situazione così complessa e soggetta a variare a seconda che la delibera di recesso sia presa dall'organo amministrativo o dall'organo assembleare, la decisione appare quanto mai elusiva allorché si limita ad affermare che fa carico agli organi della società l'adottare «le deliberazioni occorrenti per il recesso».

Questo potere che lo Stato ha di tracciare un determinato indirizzo al quale si deve conformare l'operato degli organi delle società sembra che non possa essere semplicemente ricondotto alla sola posizione di azionista di maggioranza, giacché esso si realizza mediante una diretta incidenza sulla formazione, quanto al loro contenuto, delle delibere dell'organo assembleare ad una direttiva proveniente dall'esterno, realizzata mediante la complessa struttura organizzativa dello Stato, sì da indurre a identificare, per alcune categorie di società miste, un particolare tipo di società, che per la contemporanea partecipazione, in una determinata misura, del capitale statale e del capitale privato, risulterebbe soggetto ad un regime parzialmente diverso da quello proprio delle altre società⁹. Ipotesi quest'ultima, che è stata fi-

⁹ La questione della natura delle società miste pur essendo stata esaminata in dottrina, appare ancora assai controversa. Infatti, ad un primo orientamento, che aveva riconosciuto, la natura di ente privato a queste società (RAVÀ, *L'azionariato dello Stato e degli enti pubblici*, in questa *Rivista*, 1933, I, 346; ARENA, *Le società commerciali pubbliche*, Milano, 1942; GANGEMI, *La società economica mista*, Roma, 1942; FRAGALI, *Concetto e natura delle società d'economia mista*, in *Studi in onore di Mariano D'Amelio*, II, Roma, 1933, p. 123), è seguito un diverso indirizzo, che ha esaminato in qual modo la proprietà di azioni da parte dei pubblici poteri possa incidere sulla ripartizione dei poteri nell'ambito della società. Su tale punto v. FERRI, *Azionariato di Stato e natura giuridica dell'ente*, in *Foro it.*, 1940, I, 205, che ha precisato come non si possa parlare di Ente pubblico per il solo fatto «che lo Stato è azionista e, come tale, esercita i poteri di controllo e vigilanza e fissa le direttive dell'attività dell'ente» e GRAZIANI, *Partecipazioni pubbliche e società per azioni*, in *Riv. int. sc. econ. comm.*, 1956, 401, che preferisce parlare di partecipazione di controllo anziché di partecipazione di maggioranza, rilevando altresì l'inadeguatezza della forma azionaria per la gestione delle aziende a prevalente partecipazione statale e le difficoltà di ordine tecnico giuridico cui essa dà luogo. Sulla questione v. di recente l'esauriente contributo recato dal GIANNINI, in *Le imprese pubbliche in Italia*, in *Riv. società*, 1958, 226, e GIACCHI, *Introduzione al problema giuridico delle partecipazioni economiche dello Stato*, in *Riv. società*, 1956, 465 sgg., il quale tuttavia afferma che le società miste controllate dalla *holdings* pubbliche sono identiche, nella loro struttura giuridica come nella loro azione economica, a qualsiasi altra società commerciale il cui capitale sia inte-

nora generalmente negata più che altro per ragioni di carattere sistematico formale, in quanto si è ritenuto che anche qualora la partecipazione al capitale della società appartenga in misura rilevante allo Stato, poiché la società è costituita secondo lo schema di un ente di diritto privato, la sua disciplina e la sua struttura non vanno soggette ad alcuna modificazione.

ramente sottoscritto da privati, così che per esse si può parlare di identità con le società interamente private dello stesso settore, p. 483. Vedi anche FRANCESCHELLI, *Natura dell'IRI e posizione del capitale privato nella sua azienda*, in questa *Rivista*, 1954, I, 469. In giurisprudenza, v. da ultimo, App. Genova, 27 dicembre 1958, in *Mass. giur., lav.*, 1959, 63, che ha esplicitamente affermato che « ... né la partecipazione di un ente pubblico ... può modificare la natura dell'impresa privata della società ». La questione della natura giuridica delle società con partecipazione azionaria pubblica risulta quindi come il substrato logico e giuridico dell'attuale dibattito sulla costituzionalità della legge istitutiva del Ministero delle partecipazioni statali. E che questa questione sia stata tenuta presente anche nel corso dell'*iter* legislativo, è dimostrato, fra l'altro, dalla relazione LUCIFREDI (Doc. Camera, n. 1727, A, p. 2 e 3), allorché afferma: «Nulla si rinnova con questo progetto, in merito alla situazione degli organismi economici sottoposti al controllo, né in merito alle forme con cui viene realizzata la partecipazione statale nel loro patrimonio e nella loro amministrazione». Sulla soggezione delle società a prevalente partecipazione statale alle norme del diritto privato v., fra gli altri, BACHELET, *op. cit.*, pp. 130-131; AMORTH, *Scrupoli sulla costituzionalità delle partecipazioni statali*, in *Il distacco*, IV, p. 207; NICOLÒ, *op. cit.*, p. 440. Esplicito, in tal senso, PIERANDREI, *op. cit.*, c. 368 che, accogliendo la tesi della natura di società privata delle imprese in questione, afferma che la considerazione dell'interesse pubblico generale perseguito dallo Stato non può essere pretermessa per una valutazione realistica e giuridica dell'intervento dello Stato nel mondo contemporaneo.

Per la tesi che la società per azioni con partecipazione pubblica subisce nella sua disciplina delle modificazioni dovute alla divergenza tra i motivi, per cui lo Stato partecipa in società private, e la causa della società così costituita, v. CASSESE, *Partecipazioni statali ed enti di gestione*, in *Il distacco*, IV, p. 193 e L. FERRI, *op. cit.*, p. 373. Difende da ultimo la tesi del superamento della concezione privatistica della natura giuridica delle società a prevalente partecipazione statale il FERRUCCI, *op. cit.*, p. 263, per quanto gli argomenti da lui addotti a sostegno della sua tesi non sembrano tutti ugualmente probanti.

Per la contrapposizione fra l'interesse pubblico perseguito dall'ente pubblico (interesse che si presenta come interesse di uno dei soci) e l'interesse privato o particolare, di cui sono portatori gli azionisti privati, cfr. SENA, *Problemi del cosiddetto azionariato di Stato: interesse pubblico come interesse extra sociale*, in *Riv. società*, 1958, 43 sgg. Cfr. anche MENGONI, *op. cit.*, p. 172. Sulla possibilità che soci e amministratori possano informare il loro comportamento a direttive provenienti da altre organizzazioni v. REDENTI, *op. cit.*, p. 265, il quale peraltro non sembra tenere presenti, allorché richiama a tal proposito la disciplina dettata dall'art. 2359 cod. civ., le osservazioni già avanzate contro una interpretazione di tal genere dall'ASQUINI, *op. cit.*, p. 79.

L'eventuale riconoscimento di una natura particolare di queste società potrebbe esplicitare una sua diretta utilità per chiarire e meglio definire i caratteri del collegamento intercorrente fra pubblici poteri e amministratori della società, sì da determinare l'esatta estensione dei poteri che spettano ai primi nel regolare la condotta dei secondi¹⁰. Ma al momento, per quanto non possa escludersi che la partecipazione dello Stato sia priva di conseguenze ai fini del regime amministrativo e giuridico di queste società, non sembra che l'attuale ordinamento permetta di collegare al fatto della prevalente partecipazione dello Stato in una società per azioni l'effetto di trasformare questo soggetto di diritto privato in una persona giuridica pubblica. Così che proprio la L. 16 dicembre 1958, n. 1589 verrebbe ad acquistare rilevanza precipua per un'eventuale individuazione di quegli elementi che concorrono ad apportare delle modifiche nella struttura di un determinato istituto giuridico.

Del resto, che la sistematica del codice del '42 ponga dei limiti ben precisi alle conseguenze derivanti dalla partecipazione azionaria dello Stato, limitando la possibilità che questo, mediante l'attività dei propri organi, dia delle direttive all'ente cui partecipa, scaturisce dall'esame dell'art. 2458 cod. civ. che, con riguardo alla partecipazione dello Stato in una società per azioni, prevede che l'atto costitutivo possa conferire ad esso la facoltà di nominare uno o più amministratori¹¹. Nell'esercizio di questa facoltà potrebbe considerarsi anche esaurita ogni successiva manifestazione dei poteri di cui lo Stato dispone in virtù della sua partecipazione, dovendosi escludere ogni sua possibilità di interferire attivamente nelle concrete determinazioni dell'organo sociale, solo riconoscendogli il potere di revocare gli amministratori qualora la loro condotta nella gestione dell'impresa sociale non risulti conforme agli interessi dello Stato azionista.

Un altro punto sarebbe stato opportuno che la decisione chiarisse, al fine di rimuovere ogni residua incertezza nella materia, e cioè, che esaminasse se e in quali limiti un comportamento che è in potere dello Stato deliberare mediante i propri organi per le ordinarie vie ammini-

¹⁰ Sulla particolare questione dei rapporti tra pubblico potere e amministratori di società v. in particolare GIANNINI, *op. cit.*, p. 270.

¹¹ Sulla natura degli amministratori nominati dallo Stato di organi della società e non di organi dello Stato v. MINERVINI, *Gli amministratori di società per azioni*, Milano, 1956, p. 44 sgg.

strative, possa essere prescritto, invece, mediante il ricorso allo strumento legislativo¹². Infatti, proprio su questo punto si è accentrata la critica alla legittimità della L. n. 1589, giacché è chiaro che con l'adozione della forma legislativa viene a mancare, come logica conseguenza, ogni possibilità di esperire quei controlli giurisdizionali di legittimità caratteristici degli atti amministrativi, limitandosi l'unico sindacato possibile al controllo giurisdizionale di legittimità costituzionale¹³.

La mancata pronuncia della Corte, circa i limiti all'avocazione da parte degli organi legislativi di una funzione amministrativa, appare anche dalle espressioni adottate: il dire che il 3° comma dell'art. 3 contiene disposizioni per lo svolgimento di un'attività amministrativa e che, pertanto, la legge è costituzionale in quanto questa attività « gli organi dello Stato avrebbero potuto svolgere anche senza il precetto della legge », induce a un duplice ordine di considerazioni. In primo luogo, il problema accennato, pur essendo avvertito, non è stato affrontato, cosicché permane vivo uno degli interrogativi che si sperava la Corte costituzionale contribuisse a chiarire; ed in secondo luogo, in tanto la legge è stata considerata costituzionale in quanto quasi *inutiliter data*, essendo stata valutata cioè come uno strumento meramente sostitutivo dell'attività amministrativa che andava esperita, e che la sua legittimità pare derivare proprio dalla sua superfluità rispetto al modo come si presentava la situazione di fatto poi regolata normativamente.

Una volta affermata la legittimità costituzionale dell'avvenuto sganciamento, si vengono tuttavia a porre ulteriori diversi interrogativi di carattere sindacale¹⁴, che non risultano considerati dalla decisione, la quale nel risolvere la controversia sottoposta ha avuto riguardo ai soli effetti iniziali della delibera delle società a prevalente partecipazione statale di attuare il loro recesso dalle organizzazioni dei datori di lavoro, senza proporsi al contempo l'esame delle future conseguenze di un tale atto imposto dalla legge.

Dal diritto di libertà sindacale, quale affermato dall'art. 39 della Costituzione, consegue non solo che il legislatore deve rispettare i patti che risultino stipulati fra le associazioni sindacali e le impre-

¹² Su questa questione v. IANNUZZI, *op. cit.*, p. 1037 e, da ultimi, REDENTI, *op. cit.*, pp. 167-168 e PIERANDREI, *op. cit.*, c. 163, e AA. citati nelle note seguenti.

¹³ ESPOSITO, *op. cit.*, pp. 130-131; CHIARELLI, *op. cit.*, p. 90.

¹⁴ Per un loro accurato esame, v. SERMONTI, *op. cit.*, p. 4 sgg.

se aderenti, ma anche che queste ultime hanno il diritto (o almeno lo dovrebbero avere) di potere scegliere liberamente in ogni momento della loro vita - facendo salvi solo i termini di preavviso previsti dai singoli statuti delle associazioni - la organizzazione sindacale cui aderire¹⁵. Sotto quest'ultimo profilo, non sembra che la situazione conseguente all'emanazione della L. n. 1589 sia del tutto conforme al precetto costituzionale, giacché una diretta conseguenza del distacco effettuato in forza del precetto legislativo è che le società a prevalente partecipazione statale non sono libere di aderire in futuro a una organizzazione sindacale da loro volontariamente scelta. E questo perché l'efficacia dell'art. 3 della L. 22 dicembre 1956, n. 1589 non si manifesta solo nel momento iniziale della delibera di recesso, ma indirizza e vincola, quanto meno parzialmente, il comportamento di determinati gruppi di imprese, cosicché oltre che alla sostituzione della volontà degli organi sociali, dà luogo a quella che è stata definita « incapacità sindacare »¹⁶ di determinati gruppi di imprese.

Se, infatti, così non fosse, si potrebbe argomentare, in base al ragionamento della Corte secondo cui il recesso delle società era subordinato « a d atti particolari di volta in volta messi in essere dagli organi delle società », che in futuro le società stesse rimangono libere di scegliere le organizzazioni sindacali cui aderire: dal che - in linea meramente teorica - si potrebbe derivare la possibilità di un loro futuro reinquadramento nelle organizzazioni sindacali dalle quali si sono staccate. Poiché tale soluzione contraddirebbe troppo vivamente allo scopo prefissosi dalla L. 22 dicembre 1956, n. 1589, sembra che si debba riconoscere l'esistenza nel campo della organizzazione sindacale di effetti permanenti dell'avvenuto recesso, non già imputabili alla volontà quale manifestata in sé e per sé dalle società al momento del recesso, ma da ricollegarsi al rapporto intercorrente fra la delibera della società a prevalente partecipazione statale e la previsione contenuta nel 3° comma dell'art. 3.

In queste conseguenze di carattere permanente nel campo sinda-

¹⁵ V. ASQUINI, *op. cit.*, p. 72.

¹⁶ SERMONTI, *op. cit.*, p. 4. Afferma a tale riguardo il REDENTI, *op. cit.*, p. 167, che la libertà di organizzazione sindacale è concepibile solo per le società e per quegli enti che godano della autonomia di soggetti privati. V. altresì nel senso del riconoscimento della separazione sindacale fra enti pubblici economici ed enti privati, PICCARDI, *Note sugli enti pubblici economici*, in *Riv. amm.*, 1955 sgg.

cale, che si manifestano nel divieto per le imprese recedenti di iscriversi nuovamente alle associazioni sindacali da cui si sono distaccate¹⁷, e, per tutte le imprese dello stesso tipo che verranno a costituirsi in futuro, nel divieto di organizzarsi insieme ad altre imprese nel campo sindacale, è dato forse ravvisare un elemento caratteristico della disciplina delle società con partecipazione di capitale pubblico (prevalente) rispetto alle società con prevalente partecipazione privata, che potrà concorrere a stabilire un criterio discriminatore per una migliore definizione delle società miste.

¹⁷ Per altro va osservato che alla incapacità sindacale delle imprese a prevalente partecipazione statale di aderire alle organizzazioni degli altri datori di lavoro, corrisponde una analoga incapacità di queste ultime nei confronti delle organizzazioni sindacali delle imprese a prevalente partecipazione statale. Infatti gli stessi motivi che hanno legittimato lo sganciamento, si oppongono alla possibilità di una adesione delle imprese di carattere esclusivamente privato alle organizzazioni sindacali delle imprese con prevalente partecipazione statale.

2.

Società a partecipazione pubblica e politica del diritto (ovvero giudice, impresa pubblica e bilanci)*

SOMMARIO: 1. La decisione del Tribunale di Roma del 19 aprile 1980 (ufficio istruzione) e l'impostazione del problema. - 2. Società a partecipazione pubblica e servizi in concessione. - 3. Società a partecipazione pubblica e orientamento giurisprudenziale. - 4. Partecipazione pubblica e limiti allo schema societario. - 5. La Rai come società di interesse nazionale. - 6. Conclusioni.

1. La decisione del Tribunale di Roma del 19 aprile 1980 (ufficio istruzione) e l'impostazione del problema

Con la sentenza istruttoria di proscioglimento degli amministratori della Rai, alla quale la stampa ha dato notevole rilievo¹, si è conclusa una vicenda che, iniziata nei primi anni '70², può, per più aspetti,

* Da *Giur. comm.*, 1981, I, 307- 328.

¹ V. sul punto le notizie apparse sulla stampa quotidiana del 6 maggio 1980.

² Come si legge nella parte in fatto della sentenza - pubblicata anche in *Giur. it.*, 1980, II, c. 368 - il procuratore della Repubblica di Roma, a seguito di una interpellanza parlamentare (on. Nencioni) e in base alla relazione della Corte dei conti, aveva chiesto, in data 16 marzo 1971, di procedere, con istruzione formale, nei confronti degli amministratori della Rai per una serie di ipotesi di reato di marca pubblicistica, quali l'interesse privato in atti della pubblica amministrazione e di peculato per distrazione. Gli stessi relatori all'epoca per la Corte dei conti (dott. Contenti e prof. Coltelli), sentiti sul punto, hanno espressamente precisato che «il controllo venne eseguito in considerazione della natura privatistica della Rai-Tv che la Corte dei conti riconosce tuttora all'ente in questione». Del resto, che il controllo della Corte dei conti non possa essere considerato indice del carattere pubblico della società è affermazione costante; v. G. PERICU, *Le sovvenzioni come strumento dell'azione amministrativa*, I, Milano, 1967, p. 23. Sul punto, del resto, oltre quanto sarà ricordato circa l'orientamento della giurisprudenza e della dottrina, cfr. la

presentarsi come il diretto precedente della ricerca di una soluzione, in sede giudiziaria, di problemi attinenti a valutazioni di bilancio e di comportamento gestionale delle imprese a partecipazione pubblica che successivamente ha trovato applicazione in diversi casi.

Si è spesso assistito, per riandare con il pensiero ai casi più recenti, al tentativo di intervenire, rivendicando il primato dell'azione penale, su situazioni che già avevano ricevuto una precisa identificazione, in termini di disciplina giuridica, sulla base o di usuali schemi civilistici, o che, in vista di una specifica normativa, godevano, come è avvenuto per l'ordinamento bancario, di una interpretazione, elemento portante, ormai per tradizione ma non per passiva recezione³ di un intero sistema⁴.

La vicenda giudiziaria della Rai sembra dunque appartenere al primo filone, trovando altresì una sua precisa collocazione, anche temporale, in un contesto che aveva visto riconosciuta la natura di ente pubblico alla Azienda Tabacchi Italiani (costituita in società per azioni con r.d.-l. 6 gennaio 1927, n. 12) da parte di una decisione (Trib. Roma, 13 febbraio 1971) che, dopo severa critica della dottrina, è stata riformata, in sede di appello (App. Roma, 28 aprile 1972), con la recisa affermazione dell'irrilevanza della persona dell'azionista nell'organizzazione giuridica della società per azioni⁵.

decisione della Corte dei conti del 7 giugno 1958 (*Giur. it.*, 1958, III, c. 232) dove viene affermato, anche in presenza di partecipazione pubblica a carattere totalitario in una società: «il fatto che l'intero pacchetto azionario di questa appartenga allo Stato può voler comprovare che l'attività da essa svolta ha riflessi di pubblico interesse, ma certo non comporta la modificazione della sua natura essenzialmente privatistica: non fa sì che, in particolare, la società stessa possa essere assentita fra le aziende patrimoniali dello Stato». Sullo specifico problema della natura della Rai v. Corte dei conti, sez. contr. enti, 20 gennaio 1970, n. 998, in *Sett. giur.*, 1970, c. 94.

- ³ V. alla luce degli avvenimenti più recenti M. ROMANO, *Introduzione allo studio del diritto penale bancario*, in *La responsabilità penale degli operatori bancari*, Bologna, 1980, p. 39; in generale sulle caratteristiche di questo ordinamento di settore v. F. CAPRIGLIONE, *Intervento pubblico e ordinamento del credito*, Milano, 1978, p. 201 s.; per un esame del modello organizzativo in funzione dei vari interessi imprenditoriali, di tutela del risparmio, di governo per finalità di politica economica cfr. P. VITALE, *Pubblico e privato nell'ordinamento bancario*, Milano, 1977, p. 125.
- ⁴ Sulle conseguenze dell'azione promossa contro i vertici della Banca d'Italia v. i contrasti emersi nella Commissione di riforma della legge bancaria (*La repubblica* del 20 novembre 1979); il dibattito « *Ecco una proposta sui poteri doveri del Governatore* » di Renato SQUILLANTE (*Corriere della sera* del 20 ottobre 1979, dove peraltro viene erroneamente indicato l'autore in Armando Squillante); e l'articolo di T.C.R. « *Banca d'Italia, Governo, art. 10* », in *Il sole-24 ore* del 20 settembre 1979.
- ⁵ In sede critica alla decisione del Tribunale cfr. le osservazioni di F.A. ROVERSI MO-

Indicativa della delicatezza della vicenda giudiziaria ora conclusa è la circostanza che con il promovimento dell'azione penale si veniva, in realtà, a revocare in dubbio la legittimità stessa dell'intervento pubblico nell'economia, realizzato con lo strumento, pur se ormai con diversità di disciplina rispetto allo schema ipotizzato dal codice del '42, della società di capitali a prevalente - se non totalitaria - partecipazione pubblica.

Al riguardo, deve essere messo in opportuno rilievo il significativo atteggiamento assunto nel corso della istruttoria dall'ufficio del pubblico ministero. Come non manca di ricordare la sentenza di proscioglimento, al termine della requisitoria, lo stesso ufficio, titolare del potere di esercizio dell'azione penale, ha riconosciuto la natura privatistica della Rai. Questa conclusione, si è detto, « emerge sia dalla disciplina legislativa in vigore fin dalla costituzione della società concessionaria (...), sia dalle particolari caratteristiche che contraddistinguono l'ente; ed è rimasta immutata anche a seguito del nuovo assetto legislativo dettato con la legge 14 aprile 1975, n. 103, che, lungi dall'innovare, muovendosi nel campo del c.d. "azionariato pubblico", ha riconfermato la scelta nella gestione del servizio affidandola in concessione a società soggette, in linea di massima, alla disciplina di diritto privato (...). È certo infatti che il legislatore tra i vari strumenti a sua disposizione ha voluto scegliere la società per azioni a partecipazione pubblica che è soggetto di diritto privato e che di tale soggetto possiede inalterata la struttura »⁶.

Trova in tal modo espressa conferma, anche in sede di giudizio penale, il riconoscimento della natura societaria della Rai⁷ e la sua soggezione alle regole del diritto comune secondo principi affermati,

NACCO, *Brevi note in tema di società per azioni « pubblica »*, in *Cons. Stato*, 1972, p. 950, che fra l'altro richiama l'orientamento della Corte dei conti e il pensiero del COLTELLI espresso, in particolare, in *Attribuzioni patrimoniali ad enti e contributi statali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1969, p. 593 s.

⁶ Sulla natura di soggetto privato della Rai, anche dopo la legge 14 aprile 1975, n. 103, si è espresso un parere del Consiglio di Stato (sez. II, 4 maggio 1976, in *Cons. Stato*, 1977, n. 1296, p. 1374) e cfr. in dottrina i pareri *pro-veritate* di M.S. GIANNINI, *Sulla natura giuridica della Rai*, e F. BENVENUTI, *Sulla natura privatistica della Rai*, in *Riv. dir. rad. tel.*, 1979, rispettivamente p. 654 ss., p. 665 ss.; nonché R. ZACCARIA, *Radiotelevisione e Costituzione*, Milano, 1977, p. 151 s.; G. SENA, *Società concessionaria del servizio di diffusione radiofonica e televisiva: appunti sull'art. 2461 c.c.*, in *Giur. comm.*, 1976, I, p. 23 ss.

⁷ Per una prima ricognizione del problema cfr. F.A. ROVERSI MONACO, *La giurisprudenza sulle società a partecipazione pubblica*, in *Dir. soc.*, 1973, I, p. 721.

ormai da tempo, da dottrina e giurisprudenza, ogni volta che si era presentata l'occasione, nelle sedi della giustizia civile ed amministrativa, di esaminare il problema.

Una breve rassegna delle conclusioni espresse nel corso degli anni permette infatti di verificare il costante richiamo alla natura privatistica della Rai sia, anche se in via incidentale, in sede di esame della legittimità costituzionale del regime di monopolio delle radiodiffusioni⁸, sia per motivarne l'esclusione, da parte del Consiglio di Stato, della propria giurisdizione, in occasione di controversie di lavoro tra società concessionaria e suoi dipendenti⁹.

Diverse sono ormai - oltre le numerose decisioni di merito - le pronunzie in sede civile della Corte Suprema¹⁰, espressasi talvolta, anche se in anni ormai remoti, anche in sede penale¹¹, in occasione dell'accertamento della qualifica di incaricato di pubblico servizio di alcune categorie di dipendenti della società concessionaria; di un profilo cioè che può avere concorso, nell'attuale vicenda giudiziaria, ad una non chiara impostazione all'origine del problema.

2. Società a partecipazione pubblica e servizi in concessione

Unitamente ai vincoli circa lo scopo, l'attività e l'organizzazione societaria conseguenti alla normativa di settore e alla disciplina concessoria¹², il riconoscimento in favore degli addetti ai servizi postali e di telecomunicazione, anche se affidati in concessione (art. 12 d.p.r. 29 marzo 1973, n. 156 e in precedenza art. 12 r.d. 27 aprile 1936, n. 644), della qualifica di pubblico ufficiale o di incaricato di pubblico

⁸ Corte cost., 25 maggio 1963, n. 81, in *Giur. cost.*, 1963, p. 680; Corte cost., 6 luglio 1965, n. 58, *ivi*, 1965, p. 724 e da ultimo Corte cost., 10 luglio 1974, n. 226, in *Foro. it.*, 1974, I, c. 1945.

⁹ Cons. Stato, 26 giugno 1942, n. 404, in *Foro it.*, 1943, c. 44; 11 maggio 1966, n. 366, in *Foro amm.*, 1966, I, 2, p. 773.

¹⁰ Cass., 22 agosto 1949, n. 2385, in *Foro it.*, 1949, I, c. 1157; Cass., 8 ottobre 1970, n. 18151, *ivi*, 1971, I, c. 220.

¹¹ Cass. pen., 31 marzo 1953, in *Giur. it.*, 1953, II, c. 273, ricordata espressamente anche da A. CRESPI, *Società a partecipazione pubblica e tutela penale della pubblica attività*, in *Jus*, 1974, p. 582, nota 9, unitamente ad altre decisioni per altre società a partecipazione pubblica.

¹² F. BENVENUTI, *op. cit.*, p. 664.

servizio, è la circostanza che può avere indotto, ad un primo esame, a concludere nel senso di una « entificazione » in chiave pubblicistica della società concessionaria dei servizi di radiodiffusione circolare.

È infatti dato acquisito che le società a partecipazione pubblica concessionarie di un pubblico servizio non rappresentano di per sé un modello distinto di società con partecipazione pubblica, dovendo essere ricondotte nell'ambito dei tipi di società nei quali il fenomeno della partecipazione pubblica si realizza. L'unico problema consiste nello stabilire, anche secondo l'opinione di chi recentemente ha riesaminato il problema con riguardo a ciascuna disciplina che regola la concessione, la linea di confine tra la società di diritto comune, o più raramente di diritto speciale, concessionaria del pubblico servizio, e l'ente pubblico¹³.

Né va dimenticato, sempre in questa prospettiva, come sia stata già da tempo rilevata, nell'esame dei problemi posti dall'impresa pubblica operante sotto forma societaria, l'intrinseca incompatibilità tra norme penali, dettate a tutela del corretto esercizio dell'attività privata, e come tali correlate al principio della imprenditorialità, e norme penali concernenti la funzione pubblica¹⁴. Per non tralasciare di considerare le conseguenze diverse che, agli effetti della qualificazione di determinati comportamenti, discendono da premesse diverse: fattispecie che per imprese private condurrebbero alla sola responsabilità civile degli amministratori, si traducono, in ipotesi di frequente riproposta, in peculato per distrazione, quando ad esempio riferite ad istituti di credito di diritto pubblico. Così, ancora, ipotesi di falso e di false comunicazioni sociali, colpite dall'art. 2621 c.c., se commesse da amministratori o dipendenti di enti pubblici, si tramu-

¹³ G. VISENTINI, *Partecipazioni pubbliche in società di diritto comune e di diritto speciale*, Milano, 1979, p. 112 ss.; per una specifica indagine v. A. MASSERA, *Partecipazioni statali e servizi di interesse pubblico*, Bologna, 1978, p. 275 ss., a cui avviso « è appunto la categoria del servizio di interesse pubblico che realizza il momento di contatto, per l'organismo concessionario, tra le due qualità - di per sé non coincidenti - di società a partecipazione statale e di società di interesse pubblico, per il tramite del provvedimento normativa di concessione che conforma il servizio stesso ».

¹⁴ C. PEDRAZZI, *Problemi e prospettive del diritto penale dell'impresa pubblica*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1966, p. 339 e ora L. CONTI, *Operatori di banca e responsabilità per delitti contro la pubblica amministrazione*, in *La responsabilità penale*, cit., p. 176 ss. Per un esame dei rapporti fra giustizia penale e pubblica amministrazione, con una revisione critica al termine dell'indagine, del fenomeno della « supplenza », v. ora G. CONTENTO, *Giudice penale e pubblica amministrazione*, Bari, 1979, p. 193 ss.

tano in falso ideologico¹⁵ ai sensi dell'art. 479 c.p. Incertezze ed ambiguità di una interpretazione del sistema, che richiedono la previa soluzione del quesito se la disciplina penale, propria dello statuto della pubblica amministrazione, e quindi dell'ente pubblico, « sia applicabile a tutti gli enti pubblici, ivi comprese le cosiddette imprese pubbliche »¹⁶, anche se talvolta agevolati da soluzioni criticabili sul piano della politica legislativa.

Tuttavia, mentre sotto quest'ultimo profilo si è auspicato che se è intenzione del legislatore consentire la gestione dell'attività pubblica e sottrarre l'ente alle disposizioni proprie degli enti pubblici, sarebbe più corretto operare in via diretta riconoscendo la natura pubblica dell'ente escludendo al contempo l'applicazione delle disposizioni cui si intende derogare¹⁷, sembra più puntuale e più rigoroso il primo criterio. Infatti, pur nella rilevata eterogeneità dei comportamenti perseguiti dal legislatore, l'indirizzo desumibile dal nostro ordinamento appare di segno contrario ad un'applicazione dello statuto della pubblica amministrazione all'esercizio di attività di impresa¹⁸.

Esiste, è vero, una tendenza all'equivoco, presente allorché « con pubblico si intende caratterizzare l'attività o il modo di gestione e non invece la sola titolarità »¹⁹, ma la presenza di quest'ulteriore caratteristica, se può essere causa di una disciplina specifica, più attenta ad oneri di comportamento, a maggiori controlli e a trasparenze di gestione, non deve essere fonte, tuttavia, di discriminazioni, atte a reagire in una concreta limitazione dell'esercizio del diritto comune dell'impresa²⁰.

¹⁵ G. ROSSI, *La grande impresa fra «privato» e «pubblico» e le leggi speciali*, in *Riv. soc.*, 1980, p. 414.

¹⁶ G. ROSSI, *op. loc. cit.*

¹⁷ G. VISENTINI, *op. cit.*, pp. 118-119.

¹⁸ Per una panoramica dei diversi ordinamenti, F. BRICOLA, *El derecho penal de la empresa pública. Elementos para una comparación*, in *La empresa pública (Studia albornotiana)*, I, Bologna, 1970, p. 553. Per una recente riesposizione dei problemi analizzati dal SERICK, in *Forma e realtà della persona giuridica*, Milano, 1966, p. 68, per la compensazione di un credito nei confronti dello Stato con un debito verso una società a partecipazione statale, allorché questa si sia « sempre comportata nel corso dell'intera negoziazione sull'oggetto del contratto come un semplice ufficio dello Stato », cfr. di recente S. SANVITI, *Il problema del «superamento della personalità giuridica» nelle società a partecipazione pubblica*, in *Impresa, ambiente pubbl. amm.*, 1979, p. 150 ss.

¹⁹ G. ROSSI, *op. cit.*, p. 422.

²⁰ F. GALGANO, *Pubblico e privato nella regolamentazione dei rapporti economici*, in *Tratt. di dir. comm. diretto dallo stesso*, I, Padova, 1977, p. 121.

Il riproporsi in sede giudiziaria, stando almeno a notizie di stampa, dell'ipotesi « società a partecipazione pubblica - fattispecie di peculato »²¹, riesaminata ancora una volta in termini di soluzione negativa, nel corso di un recente seminario di studi sull'impresa pubblica organizzato da magistrati per magistrati²², ripropone, con estrema attualità, in questa specifica ipotesi, temi emersi in occasione di altra iniziativa giudiziaria. Nel corso del procedimento nei confronti del vertice della Banca d'Italia²³ è stata richiamata l'attenzione sulla necessità di verificare se l'anomalia della vicenda fosse da ravvisare nella « discutibile iniziativa di un Pubblico Ministero e di un Giudice Istruttore » (...) o se « il difetto risiede anche nel sistema legislativo (...) tale da offrire il destro a discutibili iniziative giudiziarie »; sì che, nel caso della Banca d'Italia, un problema considerato « chiuso, forse, come problema politico è ancora aperto come vicenda giudiziaria, ed è soprattutto ancora tutto da esplorare come problema di politica del diritto »²⁴.

Ma se si ha riguardo al quadro generale in cui si collocano queste due esperienze, ben si vedono le differenti angolazioni e i diversi momenti di riferimento. Nell'un caso, si è in presenza di una norma, l'art. 10 della legge bancaria; in ordine alla quale si è avvertita la necessità di proporre, per le recenti vicende che ne hanno caratterizzato l'applicazione, formule integrative; si è in tal modo allargato il problema all'intero quadro dei rapporti tra banche di diritto pubblico e banche di diritto privato²⁵, al fine di utilizzare, garantendone l'attività, l'operato

²¹ Cfr., fra le molte notizie di stampa, *Gazzetta del popolo* del 22 marzo 1980, *Paese sera* del 24 marzo 1980, *L'unità* del 4 aprile 1980, *Il popolo* dell'11 aprile 1980, *Paese sera* del 17 aprile 1980.

²² Cfr. la relazione di MARINO PETRONE, *Profili penali della spesa pubblica*, al seminario di studi organizzato dall'Istituto per le relazioni internazionali sul tema «*Magistratura, sindacati e imprese nelle realtà economica degli anni '80*», Angera 21-26 aprile 1980.

²³ Sulle conseguenze di tali iniziative cfr. F. M. PANDOLFI, *Le condizioni dell'economia italiana e l'azione del sistema creditizio*, in *Bancaria*, 1979, p. 462, che ha richiamato sul punto la necessità « che vi sia o la si trovi anche attraverso una interpretazione autentica da parte del Parlamento, certezza del diritto ».

²⁴ F. GALGANO, *Banca d'Italia e riforma della legge bancaria*, in *Pol. dir.*, 1980, p. 441.

²⁵ Sull'iniziativa governativa cfr. il dibattito sul *Corriere della sera* dell'11 agosto 1980 con l'intervento del ministro Morlino, dei senatori Minervini e Visentini, degli on.li Malagodi, Vizzini e Cipellini. Per i problemi che nascono dalla diversa natura degli istituti di credito ordinario, v. A. PATRONI GRIFFI, *La concorrenza nel sistema bancario*, Napoli, 1979, p. 72 ss. (specie *sub* note 29 e 30 per considerazioni sulla banca pubblica).

degli incaricati di funzioni di vigilanza nel settore del credito²⁶. Nell'altro, si è di fronte alla riproposizione, senza alcuno spunto innovativo, di un tema - quello della natura di ente pubblico delle società a prevalente partecipazione pubblica - rivelatore di un equivoco concettuale che in passato ha permesso, sia pure in un caso isolato e per certi aspetti peculiare, di dedurre, dalla presenza di un'impresa con pubblici poteri, la natura di ente pubblico del soggetto esercente l'impresa, faccenda reagire sulla natura di società per azioni del soggetto modelli organizzativi dell'impresa pubblica. Impostazione, questa, indicativa della errata impostazione dogmatica conseguente alla confusione del problema della natura giuridica di una società per azioni a partecipazione pubblica con la piena libertà « che lo Stato ha di dare agli enti pubblici che costituisce le forme organizzative che risultano più adatte per il raggiungimento degli scopi che intende conseguire e quindi anche di strutturare determinati enti pubblici secondo i moduli di organizzazione delle società commerciali »²⁷. Andando di avviso contrario, si contraddirebbe un'evoluzione di tradizione e di pensiero che ha portato, anche se con differenza di accenti, al riconoscimento di un diritto comune a pubblico e privato operatore, per tutta una serie di ipotesi nelle quali lo Stato e gli enti pubblici sono facoltizzati ad adoperare strumenti di diritto privato e dove l'adozione, da parte di un soggetto pubblico, delle forme di diritto comune rappresenta una scelta intesa al perseguimento di una « determinata tecnica organizzativa per il perseguimento del bene pubblico »²⁸.

Da ultimo, nei più recenti contributi sul tema delle società a partecipazione pubblica, si è affermato ancora una volta, pur partendo da premesse diverse, sia che porre il problema della natura pubblica o

²⁶ Sul punto cfr. le « Considerazioni finali della relazione della Banca d'Italia » lette dal governatore all'assemblea dei partecipanti del 31 maggio 1979, in *Bancaria*, 1979, sotto il titolo « *Limiti dell'azione monetaria e problemi di una economia mista* », p. 342.

²⁷ F. ROVERSI MONACO, *Brevi note*, cit., p. 950. Riprende ora questa argomentazione S. VALENTINI, *L'impresa pubblica*, Milano, 1980, p. 90, nota 6, a cui avviso « se la disciplina di base è quella societaria ed i tratti derogatori ammessi dal codice civile non ne alterano i lineamenti derogatori » permane la forma societaria dato che le norme derogatorie hanno solo « funzione di agevolare l'influenza dell'ente (pubblico) nella gestione della società, senza che con ciò l'interesse pubblico si trasformi in interesse sociale ».

²⁸ Da ultimo v. R. FERRARA, *Brevi note sul potere degli enti pubblici di costituire associazioni di diritto privato*, in *Foro it.*, 1980, III, c. 192, che si richiama alle opere di M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, 1966, p. 204, e di G. GUARINO, *L'organizzazione pubblica*, Milano, 1977, p. 213.

privata di tali società costituisce un falso problema, dato il persistere della natura privatistica dello strumento negoziale²⁹, sia che tali società rappresentano il soggetto che nello stesso tempo costituisce raccordo e diaframma fra autorità amministrativa e attività imprenditoriale. Si pone in questo caso il solo problema della individuazione dei momenti di incidenza delle decisioni dei pubblici poteri, perché l'impresa possa dirsi pubblica³⁰, pur se non si è mancato di osservare, in chiave critica, che all'adozione di tale schema organizzativo consegue l'effetto « di sottrarre al diritto pubblico e di sottoporre al diritto privato, oltre gli esterni rapporti di impresa, anche gli interni rapporti di organizzazione dell'ente, che sono regolati, in tutto e per tutto, dalle norme della società per azioni »³¹.

3. Società a partecipazione pubblica e orientamento giurisprudenziale

Anche se si accedesse alla ricostruzione di chi contrappone, nella fenomenologia delle partecipazioni statali, società di diritto comune, società di diritto speciale e società-enti pubblici, richiamando le differenze di regime in presenza del rapporto di funzione pubblica, proprio dell'ente pubblico e della disciplina, secondo la regola delle autonomie private propria delle società anche se di diritto speciale³², possono formularsi alcune riflessioni sulla ricostruzione del sistema operata dalla sentenza. Allorché viene affrontato il problema degli enti pubblici-società commerciali, si afferma infatti che, in mancanza di un espresso riconoscimento legislativo della pubblicità di un ente, si può supplire a tale carenza attraverso l'individuazione dei c.d. « indici rivelatori o sintomatici » della pubblicità per la qualificazione privatistica o pubblicistica di un ente.

Si assiste così, ancora una volta, ad un procedimento interpretativo, che per confermare la natura di società di diritto privato delle società in

²⁹ A. ROSSI, *Profili giuridici delle società a partecipazione statale*, Milano, 1977, p. 249.

³⁰ S. VALENTINI, *op. cit.*, p. 155.

³¹ F. GALGANO, *Pubblico e privato*, cit., p. 119. Per un approccio innovativo interno alla ricostruzione di un diritto comune alla grande impresa, inteso come diritto settoriale caratterizzato da un regime speciale, con aspetti propri del diritto amministrativo, cfr. G. ROSSI, *op. cit.*, p. 422.

³² G. VISENTINI, *op. cit.*, p. 116.

materia pubblica - ormai acquisita nel nostro ordinamento - si ricollega, a distanza di circa quarant'anni, alla sentenza della Corte suprema a sezioni unite, che ebbe a risolvere un conflitto di giurisdizione, con il Consiglio di Stato sulla natura giuridica dell'Agip s.p.a. Seguendo trattatiziamente i criteri allora proposti, si continua a privilegiare un metodo di interpretazione proprio di un filone giurisprudenziale che, se all'epoca aveva avuto il merito di proporre all'attenzione della dottrina e degli interpreti un indirizzo ricostruttivo, fonte di un positivo dibattito³³, appare oggi, per più aspetti, contraddittorio ed incerto³⁴.

Non va dimenticato, infatti, che il dibattito originato dalla controversia « Agip » si era concluso con l'avvertimento sulla necessità di ammodernare i mezzi di indagine e di utilizzare il nuovo materiale normativa (dell'epoca) per perfezionare criteri di distinzione atti a sostituire e ad integrare i precedenti ormai svalutati³⁵. Una volta escluso che si potesse parlare di obbligatorietà dello scopo e quindi di ente pubblico solo per essere lo Stato azionista, veniva precisato che a tale caratteristica si poteva far capo « solo in quanto la partecipazione dello Stato importa una variazione nella organizzazione e nel funzionamento della società, per modo che il potere di determinazione dell'azione sociale sia in un certo senso e dentro certi limiti sottratto all'organismo sovrano della società »³⁶. Osservazione questa che, valida in sede generale, attenendo al modo stesso in cui può trovare attuazione la direttiva di intervento pubblico³⁷, si ripropone oggi con

³³ Per tutti v. A. ARENA, *Le società commerciali pubbliche*, Milano, 1942, p. 175 ss.

³⁴ G. GUARINO, nei vari studi raccolti in *Scritti di diritto pubblico dell'economia*, Milano, 1970, e da ultimo G. ROSSI, *op. cit.*, p. 41 s. Con riguardo alla sentenza della Cassazione, sez. VI pen., 22 novembre 1978, in *Foro it.*, 1979, II, c. 1 (Istituto di Credito delle Casse di Risparmio) una specifica critica a tale criterio è stata formulata, nel corso del convegno di studi svoltosi a Bellagio dal 3 al 4 ottobre 1980 a cura dell'Unione nazionale enti pubblici, e dedicato al tema «Le procedure contrattuali pubbliche» nella relazione di A. CRESPI, *Elementi specifici della tutela penale*.

³⁵ G. FERRI, *Azionariato di Stato e natura giuridica dell'ente*, in *Foro it.*, 1941, I, c. 199, in nota di commento a Cass., sez. un., 7 marzo 1940.

³⁶ G. FERRI, *op. cit.*, p. 206.

³⁷ Per l'esame di una situazione estremamente indicativa delle reali condizioni di operatività cfr. i rilievi formulati dalla Corte dei conti (sezione controllo) nella determinazione n. 1258 del 5 luglio 1975 in merito all'intervento dell'Eni nelle società Mc Queen e Fossati, e per un primo approccio al problema. F. MERUSI, *Il problema delle direttive ai grandi enti pubblici economici nella realtà istituzionale e nella ideologia giuridica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1972, p. 276 ss., e in modo particolare le conclusioni.

estrema attualità come oggetto di riflessione anche oltre il caso della Rai, società di interesse nazionale, destinataria di specifica disciplina nella legge di riforma.

Si è detto, dunque, che ripercorrendo l'*iter*, proprio del filone giurisprudenziale, iniziato a suo tempo dalla Cassazione a sezioni unite del 7 marzo 1940, la sentenza in esame ripropone, ancora una volta, l'accertamento della pubblicità di una società in termini di accertamento dell'esistenza di indici normativi, rivelatori di tale stato. In questa prospettiva sono esaminati per la Rai, sia quale si presentava anteriormente alla legge di riforma, sia per la nuova struttura posta in essere e disciplinata dalla legge 14 aprile 1975, n. 103, il momento genetico della costituzione ad opera di privati³⁸, la mancanza, pur se riconosciuta priva di un valore decisivo, della titolarità di potestà e di eventuali finanziamenti da parte dello Stato, nonché, infine, i limiti rappresentati dalla sottoposizione ad un controllo pubblico. Indici questi, tradizionalmente considerati, pur nella loro limitata efficacia ricostruttiva, quali elementi concorrenti nella ricostruzione di un «tipo» di ente pubblico. Senza soffermarsi ulteriormente su questo aspetto - che, se esaminato nei suoi vari profili, imporrebbe il richiamo all'intera dottrina pubblicistica e commercialistica dedicata in questi ultimi decenni al problema della natura delle società in mano pubblica - l'occasione fornisce lo spunto per rilevare l'esistenza di una frattura, che a volte sembra accentuarsi, fra l'attuale fase di evoluzione della riflessione dottrinaia certamente ben conscia anche della concreta fenomenologia assunta, nel settore delle società in mano pubblica, dalle varie forme di intervento, e la ricostruzione talvolta effettuata in sede giudiziaria.

Il richiamo all'autorità del giudice, invocato sulla base degli spunti e delle situazioni più diversi, appare spesso riconducibile, nella sostanza, ad una diversa valutazione con cui viene considerato il modo stesso di gestire l'istituto delle società a partecipazione pubblica e si conclude frequentemente con un richiamo, nella sostanza, ad una presunta natura pubblica delle società, in una sollecitazione all'eser-

³⁸ Per un'accurata ricostruzione storica delle vicende che hanno portato la concessionaria dei servizi di radiodiffusione circolare al regime giuridico immediatamente anteriore alla legge di riforma, v. E. SANTORO, *L'evoluzione legislativa in materia di radiodiffusioni circolari. Notizie e spunti*, in *Dir. rad. tel.*, 1969, p. 1 ss.

cizio dell'azione penale³⁹.

Situazione che, sotto altro profilo, come è stato osservato nella relazione ad una recente proposta di legge (intesa, tra l'altro, a conferire delega al governo per la riforma del diritto penale delle imprese commerciali), può condurre, in presenza dell'obiettivo stato di pesantezza in cui sono incorse in questi anni, ad esempio, le banche pubbliche e soprattutto gli istituti di credito a medio e lungo termine, ad un risultato di immobilismo e di burocratizzazione, dato che, come si ricorda in detta relazione, richiamando il pensiero di chi ha approfondito nei suoi vari aspetti il problema dell'impresa pubblica: « non si governa un paese e meno che mai l'economia di un paese con i mandati di cattura »⁴⁰.

In effetti, il vero problema era, non tanto di ricercare l'esistenza di veri o presunti indici di pubblicità dell'ente, ma di trovare un'idonea collocazione nella decisione, tra l'affermazione di chi sostiene l'integrale soggezione della società in mano pubblica al diritto comune e l'accertamento, condotto in termini di rigoroso e obiettivo esame del diritto positivo, delle modifiche che la partecipazione pubblica comporta all'ordinamento societario, pur operando nell'ambito di una

³⁹ V. notizie stampa sulla vicenda della Sidercomit su *Il messaggero* e *La repubblica* del 25 ottobre 1980.

⁴⁰ CAMERA DEI DEPUTATI, n. 1785, proposta di legge d'iniziativa dei deputati Minervini e Spaventa, presentata il 10 giugno 1980, p. 4. Cfr. anche il dibattito emerso nel corso della tavola rotonda: « Ecco cosa cambierà per i banchieri privati e di Stato », sul *Corriere della sera* dell'11 agosto 1980, già citato. Lo stesso problema è presente nella Relazione al disegno di legge d'iniziativa del sen. Visentini (SENATO, n. 899) comunicato alla Presidenza il 15 maggio 1980, e dedicato alle « Misure urgenti in materia di disciplina dell'attività bancaria e delle imprese esercitate da enti pubblici », dove si ha cura di precisare che l'attività di impresa « anche quando è svolta da enti pubblici, esclude per gli atti compiuti nello svolgimento di essa, la qualifica di pubblico ufficiale e di incaricato di pubblico servizio ». Tale conclusione trova, ad avviso del proponente, ulteriore motivazione giacché l'uniformità di disciplina, in relazione alla identità dell'attività svolta, si impone, « sia per l'importanza della presenza degli enti pubblici nell'attività economica, sia in considerazione della vasta presenza di società a partecipazione statale che potrebbe dar luogo - come in alcuni casi è già avvenuto - ad ulteriori problemi di qualificazione » e sulla incompatibilità tra reati, quale il peculato «per distrazione» che trovano le proprie ragioni d'essere nei confronti di funzioni che il soggetto deve svolgere per finalità pubbliche con « attività creative basate sull'autonomia negoziale e sull'esercizio di diritti soggettivi, quali sono le attività imprenditoriali dirette al conseguimento di un profitto, né possono essere configurabili in relazione al risultato economico positivo o negativo che sia derivato dalla singola operazione o dal complesso dell'attività ».

struttura soggetta al diritto privato. Il risultato della presenza pubblica, sotto l'aspetto della partecipazione in società di capitali, non pone solo un problema, come è stato rilevato, in termini di dialettica capitalistica collettiva⁴¹, ma porta ad accentuare il diverso profilo di attività di gestione, la cui potestà spetta in definitiva a soggetti pubblici svolta nelle forme di diritto comune⁴².

Ciò che preme rilevare è che, ancora una volta, è stato seguito un criterio interpretativo che rivela oggi il suo limite intrinseco. La contraddittorietà del procedimento per indici rivelatori emerge, come è stato osservato, quando, « attraverso un mutevole e periferico studio di situazioni, intraprende l'elaborazione del concetto o meglio del nucleo centrale di una fattispecie, senza rendersi esattamente conto che forse ciò che manca è proprio la fattispecie stessa o meglio la possibilità di arrivare ad una sua identificazione attraverso sintomi e indici rivelatori »⁴³.

Ora, se la risoluzione del problema, mediante l'adozione di un siffatto metodo interpretativo, si poteva considerare dotata, sotto il profilo del metodo, di una sua validità in una certa fase dell'evoluzione del pensiero pubblicistico, tale premessa può oggi essere fortemente contestata. Mentre in assenza di specifiche norme qualificatrici questo criterio si proponeva come il più penetrante per affermare la natura privatistica dell'azionariato di Stato, la cui presenza « non è il segno infallibile che ogni ente al quale partecipi lo Stato come azionista è subietto di diritto pubblico », oggi ne è palese l'insufficienza. Il ricorso esclusivo a tale tecnica di interpretazione appare infatti superato in presenza di una situazione normativa che già da tempo ha indotto a concludere che l'esistenza di una persona giuridica pubblica può conseguire solo ad una disposizione che attribuisca carattere pubblico ad una determinata categoria di persone giuridiche o ad una singola persona giuridica⁴⁴. Evoluzione ora conclusa con l'affermazione del principio contenu-

⁴¹ F. GALGANO, *Le società per azioni in mano pubblica*, in *Pol. dir.*, 1972, p. 688 ss.; *Le istituzioni dell'economia capitalistica*, Bologna, 1974, p. 48 ss.; *Le società per azioni. Le altre società di capitali. Le cooperative*, Bologna, 1979, p. 226 ss.; F. CAVAZZUTI, *Capitale monopolistico, impresa e istituzioni*, Bologna, 1974, p. 115.

⁴² S. VALENTINI, *op. cit.*, p. 80.

⁴³ G. ROSSI, *op. cit.*, p. 416.

⁴⁴ M.S. GIANNINI, *Possibilità di istituire enti pubblici mediante esercizio di poteri d'ordinanza*, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1950, III, p. 575; C. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, 1968, p. 505; ed *amplius* G. ROSSI, *op. loc. citt.*

to nell'art. 9 della legge 20 marzo 1975, n. 70, che sembra sottrarre ormai definitivamente, all'interpretazione giurisprudenziale ogni nuova individuazione di un ente pubblico allorché precisa «salvo quanto previsto agli artt. 2 e 3 nessun nuovo ente pubblico può essere istituito o riconosciuto se non per legge». Anche se si è osservato che dalla nuova normativa non si ricava il principio radicale che la determinazione della pubblicità non può più avvenire, in sede giurisdizionale o amministrativa o per via di deduzioni, ma spetti solo alla legge, è indubbio che i termini della controversia sull'individuazione della persona giuridica pubblica sono ormai spostati e che il problema si pone in misura molto più ridotta rispetto al passato⁴⁵.

4. Partecipazione pubblica e limiti allo schema societario

Ma anche accettando l'impostazione del procedimento per indici, va rilevato che se già all'epoca in cui tale metodo interpretativo è stato proposto si aveva cura di rilevare, in assenza di espresse disposizioni, che la regola generale era di segno opposto rispetto ad una qualificazione in termini pubblicistici, ancora maggior vigore doveva assumere una conclusione in tale senso, a seguito del regime portato dal codice del '42. La disciplina introdotta in questa occasione e la successiva evoluzione, sia normativa che nella interpretazione, originata dal sistema delle partecipazioni statali, hanno infatti permesso che il problema della società a partecipazione pubblica fosse oggetto di riesame in sede generale proprio sotto l'aspetto del sistema. Era dunque lecito attendersi, anche tenendo presente l'ormai ricco e differenziato dibattito dottrinale, che in più occasioni ha preso in esame, sotto i diversi aspetti, natura e scopo della partecipazione pubblica sotto forma societaria, una impostazione diversa che, riconoscendo un fondamento unitario alla risoluzione del quesito della natura della Rai, la riconducesse, nell'ambito del più generale problema dell'intervento dello Stato nell'economia, ad una più diretta ricognizione della realtà giuridica del fenomeno realizzato con questa forma d'intervento⁴⁶.

⁴⁵ Sul tema V. CERULLI - IRELLI, *Problemi dell'individuazione delle persone giuridiche dopo la legge sul «parastato»*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 1977, p. 615.

⁴⁶ Per una esposizione di sintesi, ma per più aspetti completa dei vari problemi cfr. G. FARJAT, *Droit économique*, Paris, 1971, p. 191 ss.

Basti ricordare il diverso atteggiamento assunto dalla giurisprudenza in sede civile, pur tenendo presente che alla stessa è consentita, forse per tradizione e per impostazione metodologica, una valutazione del problema in termini ricostruttivi più generali. Oltre la giurisprudenza resa nella specifica ottica della Rai - come è avvenuto, da ultimo, con la più recente affermazione della Corte Costituzionale⁴⁷, o di quelle decisioni che hanno negato l'applicabilità dei benefici per gli ex combattenti previsti in favore dei dipendenti dello Stato e degli enti pubblici dalla legge 24 maggio 1970, n. 336⁴⁸ - il problema è stato risolto, ancora una volta, con specifico riguardo alle società partecipate, direttamente o indirettamente, dagli enti di gestione, con l'assorbente richiamo alla struttura privatistica del rapporto societario.

In entrambe le ipotesi è stato riaffermato esplicitamente: « dal punto di vista giuridico l'appartenenza al gruppo delle aziende controllate dall'IRI non produce alcuna conseguenza ed ogni singola impresa, nell'organizzazione interna e nella sua attività, continua ad essere disciplinata esclusivamente dalle norme comuni e ad utilizzare le forme e gli istituti tipici del diritto privato »⁴⁹.

È anche vero che, in queste decisioni sono presenti degli spunti (che tali in realtà sono rimasti) che non possono essere del tutto condivisi, per l'insufficiente approfondimento di alcuni aspetti del problema; aspetti che, pur se rilevanti sotto il profilo in esame, non sono tali da inficiare la validità delle conclusioni cui si è pervenuti per quanto qui interessa. Sembra infatti che debba essere rivista l'affermazione formulata inizialmente allorché si precisa che « il gruppo IRI non è una nozione giuridica, ma un dato di fatto che serve ad indicare il collegamento con l'Istituto in relazione all'attività gestionale esterna di questo e alle finalità perseguite mediante tale attività ». Conclusione che meriterebbe oggi un adeguato approfondimento alla luce di tutta una serie di provvedimenti legislativi, che, anche se in maniera frammentaria e talvolta confusa, indicano una linea di tendenza di segno opposto, intesa a qualificare, proprio sotto l'aspetto normativo, il dato del « gruppo » pubblico, operante sotto forme societarie di diritto comune con

⁴⁷ Corte cost., 28 luglio 1976, n. 194, in *Giur. cost.*, 1976, I, c. 1207.

⁴⁸ Cass., 3 giugno 1976, in *Mass. Foro it.*, 1976, c. 1565; Trib. Roma, 7 novembre 1978, in *Dir. rad.*, 1978, p. 651.

⁴⁹ Cass., sez. un., 17 febbraio 1975, n. 616, in *Foro it.*, 1975, I, c. 1104.

soggezione ad una particolare disciplina.

Diretta conseguenza di questa impostazione è infine l'aver riconosciuto, anche sotto un profilo residuale che poteva, ove non si fosse proceduto alla netta distinzione tra le diverse tipologie dei modelli organizzativi dell'impresa pubblica, dare luogo ad un'area di dubbio, la natura privatistica della società in cui il socio pubblico fosse totalitario⁵⁰. Fattispecie, questa, che rappresenta invece, in mancanza di norme che facciano discendere dal fenomeno conseguenze diverse, come ad esempio lo scioglimento automatico della società⁵¹, non solo manifestazione di autonomia della società dominata da un unico azionista come persona giuridica in presenza dell'art. 2362 c.c., ma il punto di maggiore elasticità causale al quale si presta lo strumento societario nei confronti della partecipazione pubblica.

La presenza, come intermediario ai fini dell'operatività delle decisioni di pubblici poteri, di una società per azioni, mentre sotto l'aspetto della potestà di gestione permette di individuare un concreto punto di riferimento nell'ambito dell'organizzazione della società, d'altro lato rende concreta, grazie ai poteri di indirizzo e di controllo di cui è titolare l'ente azionista, la presenza pubblica esercitando, come è stato osservato con felice sintesi « l'ente (pubblico) di gestione istituzionalmente il controllo (della società) non nel senso pubblicistico ma in quello aziendale di potere di comando (della gestione) »⁵².

Per le società a partecipazione pubblica non si pone dunque oggi un problema di conformità di un modello a determinati schemi, il che equivarrebbe a riproporre il problema stesso in termini di qualificazione, ma solo di identificazione dei limiti entro i quali la partecipazione pubblica può portare ad una deroga alle regole dell'ordinamento societario⁵³.

⁵⁰ Oltre a Cass., 3 giugno 1976, n. 200, cit., cfr. Pret. Torino, 12 dicembre 1978, in *Giur. comm.*, 1980, II, p. 258; App. Catania, 1° dicembre 1978, *ivi*, p. 253, con nota di C. CAMARDI, *Questioni in tema di nomina e revoca degli amministratori nella società dominata da un unico azionista*.

⁵¹ A. PIRAS, *Il problema delle società unipersonali*, Milano, 1964, *passim*.

⁵² S. VALENTINI, *op. cit.*, p. 158.

⁵³ A. ROSSI, *op. cit.*, p. 95 ss., che conduce una approfondita analisi sul rapporto partecipazione pubblica e struttura societaria. Riafferma ora la natura di società private delle società per azioni in mano pubblica, V. APICELLA, nella relazione *Responsabilità degli amministratori degli enti di gestione* presentata nel corso del convegno tenuto il 18-20 gennaio 1980 presso la Fondazione Cini, sul tema « *Pubblico e privato nella grande impresa* » (p. 27 della relazione a stampa). Conseguentemente a tale affermazione, l'A., che opera un ampio e approfondito esame sul concetto e sulla estensio-

Se, dunque, l'ingresso del socio pubblico non produce alcuna variazione giuridico-formale nella società⁵⁴, salvo le particolari deroghe previste, oltre che da singole normative speciali, nell'ambito del sistema degli art. 2458 ss. c.c., il ragionamento deve ormai essere ribaltato: natura privata delle società per azioni sotto controllo pubblico, pur se soggette a una disciplina speciale per quanto attiene elementi esterni, relativi ad esempio alla gestione, alla libertà sindacale, alla libertà di scelta degli investimenti, per quanto quindi ha tratto alla libertà di comportamento della società e alle condizioni di esercizio dell'impresa⁵⁵.

Nella specifica prospettiva nella quale trovano origine le presenti osservazioni, merita di essere ricordato, peraltro, che recentemente è stata riproposta l'identificazione di una diversa alternativa. A fronte delle società con partecipazione pubblica, regolate per ogni aspetto dal diritto comune, e delle società di diritto speciale, nelle quali, in mancanza di principi comuni identificatori atti a delimitarne l'ambito, il criterio per l'efficienza della gestione sociale va colto nell'aderenza degli interventi delle società all'interesse pubblico loro affidato, è stata proposta un'ulteriore contrapposizione.

Si è infatti concluso che a diversa soluzione si deve pervenire per tutte quelle fattispecie in cui il legislatore, nell'autorizzare la costitu-

ne della nozione di responsabilità degli amministratori degli enti di gestione e delle società del gruppo, osserva che quest'ultima si palesa solo come responsabilità di diritto privato, affidata per il suo accertamento al giudice ordinario. Questa conclusione, alla quale si deve aderire pienamente, deve essere peraltro considerata in connessione con l'affermazione formulata, richiamandosi al pensiero di F. A. ROVERSI MONACO, *Gli enti di gestione*, Milano, 1967, p. 16, che identifica come supporto necessario del rapporto di servizio tra amministratore ed ente di gestione l'elemento oggettivo rappresentato dalle azioni delle società inquadrate nel gruppo appartenenti all'ente di gestione che costituiscono « bene pubblico » (p. 53 della relazione). Infatti, il rapporto di servizio che in questa ricostruzione trova la sua premessa, nel concorso dell'elemento soggettivo (ente di gestione quale ente pubblico strumentale) e dell'elemento oggettivo (azioni delle società di cui è, titolare direttamente l'ente di gestione) trova il suo limite invalicabile in presenza della forma societaria che sembra porre, fin dal momento della costituzione della società *holding*, nei confronti degli amministratori di quest'ultima e così via via per le varie società controllate, un diaframma insuperabile alla identificazione di una responsabilità contabile.

⁵⁴ G. SANTINI, *Tramonto dello scopo lucrativo delle società di capitali*, in *Riv. dir. civ.*, 1973, I, p. 168, che osserva come lo scopo di lucro non sia più criterio discriminante, a favore del «privato».

⁵⁵ G. VISENTINI, *op. cit.*, p. 135; di recente v. *amplius* A. PACE, *Iniziativa privata e governo pubblico dell'economia. Considerazioni preliminari*, in *Giur. cost.*, 1980, p. 29 ss.

zione o la partecipazione in una società per azioni, ne configuri la disciplina, non solo in deroga alla normativa comune - aspetto questo che può ricorrere nelle società a partecipazione pubblica - ma in modo tale « da individuare un ente pubblico, secondo i criteri che distinguono gli enti pubblici dagli enti privati e, prima ancora, la disciplina pubblica dalla disciplina privata »⁵⁶.

5. La Rai come società di interesse nazionale

E dunque sviluppando queste ipotesi di ricerca che si è giustificata una diversa qualificazione giuridica per la Rai, quale risulta a seguito della legge di riforma del 14 aprile 1975, n. 103, affermando, sulla base dello stesso criterio metodologico già utilizzato in precedenza per la Gepi s.p.a., la natura di ente pubblico della concessionaria del servizio di radiodiffusione circolare⁵⁷. Non sembra tuttavia di poter condividere tale rappresentazione, anche se va rilevata la persistenza, nell'attuale struttura di società di interesse nazionale, di una iniziale tendenza del legislatore a configurare come ente pubblico il soggetto concessionario dei servizi di radiodiffusione⁵⁸. Il richiamo alla disciplina dell'art. 2461 c.c. e alla qualifica di società di interesse nazionale (art. 4 della legge n. 103 del 1975), va invece interpretato come specifica riaffermazione dell'applicazione della disciplina generale delle società per azioni alla società cui tale qualifica è espressamente riconosciuta dalla normativa; sarà quest'ultima chiamata a dettare nei particolari la disciplina in ordine alla gestione, al trasferimento delle partecipazioni azionarie, al diritto di voto, alla nomina degli amministratori, dei sindaci e dei dirigenti.

Alla qualificazione in chiave pubblicistica si perviene, invece, mettendo in evidenza alcuni indici rilevatori della pubblicità dell'ente, individuati, a somiglianza di quanto era stato fatto con riguardo all'esperienza rappresentata dalla Gepi, nello scopo, inteso per quest'ultima, al sostegno dell'occupazione da perseguire attraverso il recupero dell'efficienza economica dell'impresa, nella soggezione alle

⁵⁶ G. VISENTINI, *op. cit.*, p. 112 ss.

⁵⁷ G. VISENTINI, *op. cit.*, p. 127 ss.

⁵⁸ E. SANTORO, *Il bilancio di previsione della società concessionaria dei servizi radiotelevisivi*, in *Riv. rad. tel.*, 1977, p. 98 ss.

direttive del Cipe; nel divieto, infine, di modificare la composizione sociale, l'oggetto sociale o di aumentare il capitale.

Non si è tuttavia mancato di osservare criticamente che il primo argomento appare, a sua volta, indice di una confusione fra oggetto sociale e scopo sociale, e che in ogni caso il particolare tipo di attività svolta dalla società non era tale da escludere senz'altro la realizzazione astratta di un lucro.

Quanto alla soggezione della Gepi alle direttive del Cipe, tale criterio deve essere inquadrato tenendo presente l'evoluzione in corso del settore della legislazione di sostegno per agevolare la ristrutturazione industriale, e le specifiche disposizioni dettate nell'ambito del sistema delle partecipazioni statali, dato che le direttive debbono essere indirizzate dagli enti pubblici ai soci, ai quali soli spetta l'obbligo di adeguare l'attività della società all'indirizzo tracciato dall'organo di programmazione⁵⁹.

Infine, per quanto concerne i divieti di modificare la composizione sociale, l'oggetto sociale e di aumentare il capitale, essi attengono a previsioni che, pur incidendo sul tessuto societario, non alterano, nella sostanza, la natura della società, di strumento proprio del diritto privato. Sono tuttavia prescrizioni che, oltre a corrispondere ad uno schema di società dettato per imprese costituite per il raggiungimento di fini, cui l'ordinamento ammette particolare importanza, sono proprie del diverso regime che, rispetto alla comune disciplina societaria, caratterizza il tipo di società a prevalente interesse nazionale.

Con diretto riferimento all'ipotesi della Rai, per svalutare di efficacia il criterio nominalistico adottato dal legislatore nel procedere al formale riconoscimento alla società concessionaria dei servizi di radiodiffusione circolare della qualifica di società d'interesse nazionale⁶⁰, si è affermato, in aggiunta ai rilievi già portati a sostegno di una ricostruzione pubblicistica della Gepi, che l'esercizio dell'attività istituzionale è del tutto sottratto all'assemblea e affidato al consiglio di amministrazione sotto la direzione e sorveglianza della commissione parlamentare: che concessionaria non è una qualsiasi società, scelta dal governo, per essere titolare della concessione, bensì « una società

⁵⁹ A. ROSSI, *op. cit.*, p. 240; S. VALENTINI, *op. cit.*, p. 158.

⁶⁰ Sul peso che presenta per l'interprete della indicazione espressa del volersi avvalere della forma privata, v. G. FERRI, *Azionariato*, cit., p. 205, ed ora G. ROSSI, *op. cit.*, p. 415.

dell'IRI e in particolar modo la Rai, società implicitamente ma chiaramente indicata dalla legge », la cui disciplina speciale presenterebbe una serie di elementi che, indici della causa non lucrativa dell'ente, rivelerebbero che la società non gestisce una impresa.

Fra questi elementi sono quindi individuati: la circostanza che la disciplina speciale della legge 14 aprile 1975, n. 103, non presuppone nella società concessionaria il perseguimento di scopo diverso dal profitto; la soggezione alla direzione e vigilanza della commissione parlamentare; la sottrazione all'assemblea della nomina della maggioranza dei consiglieri; la disposizione che indica nell'IRI l'unico azionista; la previsione automatica della decadenza del consiglio al verificarsi di una perdita superiore al 10% delle entrate previste; il sistema contabile basato sul bilancio di previsione e sul bilancio consuntivo; la determinazione per legge delle entrate riservate alla società⁶¹.

Tutte queste sono circostanze che, se indubbiamente individuano l'esistenza di peculiarità nel regime della società concessionaria delle radiodiffusioni circolari, trovano, quando considerate nel contesto del settore, una autonoma ragione d'essere nella particolarità del servizio dato in concessione⁶².

Ed infatti, la circostanza della previa individuazione della Rai, quale società concessionaria, non solo non rappresenta un caso unico, essendo presente tale caratteristica, ormai si può dire per tradizione, anche in altre situazioni nelle quali il legislatore, innovando ad un regime concessorio già affidato in precedenza, fa espresso richiamo ad una ben identificata società concessionaria che gestiva in precedenza, in regime eli concessione l'attività che si intende disciplinare con il provvedimento più recente. È sufficiente ricordare, per rimanere nell'ambito di società a prevalente partecipazione statale, anche se non sempre questo modo di procedere è indice di una corretta forma di legiferazione, i precedenti presenti nel settore autostradale e nella

⁶¹ G. VISENTINI, *op. cit.*, p. 129.

⁶² E. TOSATO, *Sul regime giuridico della televisione*, in *Studi in onore di C. Mortali*, III, Milano, 1978, p. 1053 ss. Sul portato della sentenza della Corte cost. del 15 luglio 1974, n. 225, che viene considerata una buona occasione per riesaminare la figura e i limiti delle sentenze « creative » di accoglimento, v. C. CHIOLA, *I comandamenti della Corte per il settore radiotelevisivo*, in *Giur. cost.*, 1974, p. 2193, che rileva non solo l'eccesso delle precauzioni in ordine alle condizioni di legittimità elci monopolio, ma come la Corte costituzionale si sia spinta fino a dettare la legge quadro dell'organizzazione dei servizi radiotelevisivi.

normativa del sistema aeroportuale della città di Roma.

Nel primo caso, mentre nella legge 24 luglio 1961, n. 729, era previsto che la concessione di costruzione ed esercizio di una rete autostradale potesse avere luogo solo in favore eli società per azioni al cui capitale l'IRI partecipasse direttamente o indirettamente almeno con il 51 %, solo in un secondo momento (con l'art. 2 della legge 28 marzo 1968, n. 385) si precisò che, in aggiunta alle autostrade di cui all'art. 16 della legge n. 729 del 1961, venivano « concesse alla società Autostrade p.a. del gruppo IRI la costruzione e l'esercizio » di altre opere. Anche in questo caso si è quindi passati dalla fase di predeterminazione di un tipo di società (a prevalente partecipazione pubblica, comunque fosse, diretta od indiretta) alla successiva individuazione nominativa della società concessionaria della costruzione e gestione delle autostrade indicate in queste disposizioni, costituita in un secondo momento.

Ancor più significative sono le vicende relative alla società costituita per la gestione unitaria del sistema aeroportuale di Roma. Con legge 10 novembre 1973, n. 755 (art. 2), la gestione del sistema aeroportuale della capitale veniva concesso ad una società con capitale sottoscritto direttamente o indirettamente dall'IRI e alla quale avrebbero partecipato, una volta iniziata la gestione, la Regione Lazio, il Comune di Roma, « altri enti pubblici interessati », nonché gli istituti di credito di interesse nazionale, per una misura complessiva non superiore al 49 % del capitale.

Nella stessa legge veniva altresì prevista la costruzione, in regime di concessione, di una nuova aerostazione a cura della società concessionaria. Rivelatosi con il passare del tempo non realizzabile il procedimento per ottenere il finanziamento di tale opera, si è pervenuti con legge 21 dicembre 1977, n. 985, alla radicale modifica del regime precedente per quanto atteneva la concessione di costruzione: in particolare, all'art. 5, si prevede, con espressa indicazione nominativa del destinatario, che la società Aeroporti di Roma è tenuta a predisporre, senza alcun diritto a compenso, piani di ammodernamento e sviluppo degli impianti in concessione a breve, medio e lungo termine da sottoporre all'esame dell'autorità amministrativa competente⁶³.

Confermando questo modo d'operare, il legislatore, nel curare il

⁶³ Rileva la particolarità dell'indicazione nominativa della società Aeroporti di Roma anche il MASSERA, *op. cit.*, p. 227 *sub* nota 20; per quanto attiene gli aspetti della disciplina autostradale cfr. p. 204 ss.

riassetto del servizio delle radiodiffusioni circolari, allorché ha incardinato la nuova concessione nella Rai, in funzione delle trasformazioni operate sul precedente organismo dalla stessa legge di riforma, si è dunque limitato a porre in essere una previsione specifica. Ha in tal modo indicato che la nuova concessione doveva essere fatta in favore di una società per azioni, anche risultante dalla trasformazione della precedente concessionaria mediante « un disposto eli carattere positivo e particolare, in quanto rivolto a modificare la situazione storica vigente, senza mutarla *in radice* »⁶⁴.

Al rilievo circa la disciplina speciale, «tale da non supporre nella società concessionaria il perseguimento di scopo diverso dal profitto», sembra possa opporsi, pur in presenza di una particolare disciplina (art. 12 della legge n. 103), che non solo è lucrativa la società che astrattamente prevede la realizzazione del guadagno ma che anche il perseguimento di altri scopi non è elemento costitutivo per una qualificazione giuridica in termini diversi. A parte l'intervenuta alterazione, in sede generale, dello scopo di lucro come elemento essenziale nella individuazione della struttura societaria, dall'intero quadro normativa della legge di riforma, si trae conferma che fine di tale disciplina è garantire l'osservanza di quel principio di «economicità», tendente a realizzare, pur in presenza delle ben note controversie sul significato del termine, l'osservanza di un principio di buona amministrazione, piuttosto che l'affermazione del perseguimento di un meccanico equilibrio del bilancio⁶⁵.

Né può trascurarsi di ricordare l'espresso richiamo, contenuto nell'ultimo comma dell'art. 13 della legge di riforma, alle diverse utilizzazioni delle produzioni della Rai e alle attività commerciali ad essa collegate che possono essere sfruttate mediante l'esercizio di attività editoriale, libraria, discografica, di supporti audiovisivi, direttamente o per mezzo di società ad essa collegate, a «totale o prevalente proprietà della concessionaria stessa». Infatti, nell'esaminare la portata di questa disposizione, sotto il profilo della libertà di espressione del pensiero, si è avvertito, come premessa ad una indagine circa la titolarità da parte della Rai del diritto garantito dall'art. 21 Cost., che ogni indagine deve essere condotta considerando il duplice aspetto della libertà di scelta, in ordine agli og-

⁶⁴ M.S. GIANNINI, *op. cit.*, p. 661.

⁶⁵ R. ZACARIA, *op. cit.*, p. 170; E. SANTORO, *Il bilancio*, cit., loc. cit.

getti e ai contenuti, e in rapporto alla forma privatistica della società per azioni che per la sua peculiare disciplina (art. 3 della legge n. 103), fa comprendere che attraverso tale forma si esprime il pubblico potere⁶⁶.

A sua volta, l'elemento rappresentato dalla soggezione alla direzione e vigilanza della commissione parlamentare trova spiegazione nel quadro della normativa speciale eli organizzazione, propria della natura di società di interesse nazionale della concessionaria, mentre, correlativamente, la composizione del consiglio di amministrazione non appare indice sufficiente di una disciplina che, applicandosi direttamente alla società, ne costituisca lo statuto pubblico. Questo vincolo rappresenta solo un onere da osservare per il rilascio della concessione, giacché ove la società non lo avesse realizzato attraverso proprie autonome determinazioni, non sarebbe in grado di assumere la titolarità della concessione⁶⁷.

Non si può altresì concordare con la tesi dell'avvenuta sottrazione all'assemblea di poteri istituzionali, giacché la legge di riforma, riconoscendo al consiglio di amministrazione la gestione della società «salvo le materie riservate per legge all'assemblea sociale», si richiama, ancora una volta, alla disciplina generale delle società di capitali.

Si ripropone, peraltro, con toni di maggiore accentuazione, il problema della identificazione delle caratteristiche e dei limiti che la qualifica di società di interesse nazionale può apportare in concreto allo schema tipico della società per azioni; non solo nella specifica prospettiva del regime proprio della Rai e del servizio dato in concessione, ma in una possibile ricostruzione, da effettuarsi in sede generale, della figura della società di interesse nazionale e dell'incidenza che tale qualifica può esercitare sulla ordinaria disciplina societaria.

Per il primo aspetto si può ricordare, prima ancora della legge di riforma, il decreto-legge 30 novembre 1974, n. 603 (art. 3), che aveva previsto, qualora la diffusione circolare dei programmi radiotelevisivi fosse stata esercitata da una società per azioni a totale partecipazione pubblica, che « la concessione comporta di diritto l'attribuzione alla concessionaria della qualità di società di interesse nazionale ». Successivamente, la legge di riforma, confermando tale principio, si è limitata ad aggiungere « ai

⁶⁶ A. PACE, *Limiti di contenuto delle produzioni radiotelevisive pubbliche? (Spunti dagli artt. 1 e 13 della legge 14 aprile 1975, 11. 103)*, in *Dir. rad. diff. e telecom.*, I, 1980, p. 41 ss.

⁶⁷ F. BENVENUTI, *op. cit.*, p. 671.

sensi dell'art. 2461 del codice civile », mettendosi quindi in particolare rilievo, in entrambe le norme, l'incidenza dell'attività gestita in concessione sul regime giuridico della società concessionaria.

Sotto il secondo profilo, l'incidenza sulla normativa organizzatoria è stata prospettata anche in altri casi. Basti ricordare come dalla qualificazione di società di interesse nazionale⁶⁸ si è cercato, da ultimo, in tema di istituti di credito, di far conseguire l'inapplicabilità della normativa degli artt. 2446 e 2447 c.c.; tesi questa, peraltro, non esaminata nella sede giudiziaria nella quale era stata proposta, solo perché, ai sensi della legge bancaria, le aziende in relazione alle quali era stata formulata questa interpretazione, non rispondevano ai requisiti prescritti dalla legge bancaria per acquisire la qualifica di banche di interesse nazionale.

Sostenere, come possibile indice di pubblicità, che la legge di riforma ha identificato nell'IRI l'unico azionista, non appare infine argomento di obiettivo rilievo. Non solo la presenza nel settore delle partecipazioni statali del fenomeno della società a partecipazione pubblica, diretta e indiretta, va ricondotta a quei problemi propri del regime societario, già considerati nel quadro generale dell'interpretazione dell'art. 2362 c.c.⁶⁹, ma la stessa unicità del socio IRI si appalesa erronea in punto di fatto⁷⁰. A seguito delle vicende intercorre all'atto della riforma del settore, sono state trasferite di diritto all'IRI (art. 47 della legge n. 103) le sole azioni delle società concessionarie già « appartenenti a soggetti privati », sicché la « totale partecipazione pubblica » (art. 3) è garantita, oltre che dalla presenza quasi totalitaria

⁶⁸ Cfr. la sentenza istruttoria del 23 novembre 1978 resa nella vicenda giudiziaria della Banca privata italiana pubblicata, per il punto che qui interessa, su *Il fiorino* del 4 febbraio 1979.

Sulla nozione di società d'interesse nazionale cfr. G. COTTINO, *Diritto commerciale*, I, 1976, p. 767 ss.; G. FRÈ, *Società per azioni*³, in *Comm. del cod. civ.* a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1970, p. 732 ss.; G. FERRI, *Le società*, Torino, 1971, p. 305 ss.; F. GALGANO, *Le società per azioni*, cit., p. 240 ss.; DE MARCO, *Le società d'interesse nazionale*, in *Dir. fall.*, 1950, I, p. 98 ss.; A. ROSSI, *op. cit.*, p. 257 ss.; G. SENA, *Società concessionaria del servizio di diffusione radiofonica televisiva*, cit.; LEONETTI, *Le società d'interesse nazionale nell'attuale sistema legislativo*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1976, I, p. 426. Per una prima valutazione dell'attuale stato di evoluzione della normativa cfr. F. SANTONASTASO, *Le partecipazioni statali nel 1978: vicende e problemi ovvero forma e realtà*, in *Il diritto degli italiani*, 1979, p. 216 ss.

⁶⁹ Cfr. S. SCOTTI CAMUZZI, *Unico azionista, gruppi « lettres de patrenage »*, Milano, 1974, pp. 5 e 27 ss.

⁷⁰ G. SENA, *op. cit.*; cfr. anche LEONETTI, *op. cit.*, p. 426.

dell'IRI, da una residua partecipazione dell'ente pubblico SIAE, à azionista nel regime precedente.

Da ultimo, per quanto attiene l'incidenza, in favore di una ricostruzione in termini pubblicistici della Rai, della previsione automatica della decadenza del consiglio di amministrazione al verificarsi di determinate circostanze, del sistema contabile e della determinazione per legge delle entrate, è stato autorevolmente affermato che tali disposizioni, essendo norme di attività, avrebbero dovuto trovare altra e più idonea collocazione. Era infatti più opportuno che « in sede di politica del diritto (...) fossero state lasciate all'atto di concessione, limitandosi il parlamento a deliberare delle raccomandazioni, che il governo avrebbe dovuto accettare »⁷¹.

Ma, indipendentemente da tali limiti che appaiono essere, del resto, un indice chiaro, anche se non confortante, dei rapporti fra potere esecutivo e potere legislativo, è decisivo il rilievo che, sia le norme di attività che le norme di organizzazione non mutano la soluzione del problema circa la natura giuridica del soggetto concessorio. Le prime, infatti, in quanto neutrali rispetto alla individuazione della specie giuridica dell'ente concessorio, attenendo alla attività, sono in astratto applicabili a qualunque organismo gestorio di un servizio riservato allo Stato; le seconde, ancora una volta, in quanto oggetto dello specifico rinvio effettuato dal legislatore in occasione della previsione normativa dello schema tipico delle società di interesse nazionale e dei condizionamenti che possono essere posti dalla normativa di diritto comune, trovano la propria giustificazione di fondo nella collocazione della concessionaria nell'ambito di questa forma societaria⁷².

6. Conclusioni

Se queste sono dunque le conclusioni alle quali si deve pervenire, si ripropone, ancora una volta, la domanda del perché sorgano procedimenti di questa natura. Una riflessione generale sulle più recenti vicende delle società a prevalente partecipazione pubblica indica che tali vicende, anche se concluse con piena soddisfazione, provocano non solo obiettivi stati di disagio e di incertezza nell'esercizio dell'at-

⁷¹ M. S. GIANNINI, *Sulla natura*, cit., p. 662.

⁷² M. S. GIANNINI, *op. loc. citt.*

tività di impresa, ma realizzano, tramite il processo anche se ha termine con l'assoluzione, lo stesso effetto della pena⁷³.

Probabilmente, lo spunto ad iniziative così particolari nasce anche da una esigenza, avvertita da tempo nelle varie proposte di riforma che puntualizzano la necessità di un controllo diverso nel settore dell'impresa pubblica. Ma se non si vuole pervenire al risultato abnorme e alla confusione di mezzi e fini che si può operare fra la disciplina penale dell'attività pubblica e il diritto penale societario, allorché si tende a trovare nella normativa pubblicistica la regola cui debbono essere assoggettati i gestori delle imprese pubbliche, anche se operanti sotto forma di società di capitali, si deve rispettare la scelta politica di fondo operata dal legislatore, di svolgere attività imprenditoriali, rispettivamente in forma pubblica tramite gli enti pubblici economici, e in forma privata mediante le società a partecipazione pubblica. Si tratta dunque, in via di esempio, di operare, anche se non sembra, di per sé, il tipo di controllo in grado di corrispondere a tutti gli aspetti propri di una gestione di impresa, mediante una estensione dell'intervento nelle varie forme della Corte dei conti⁷⁴, il che peraltro postula una revisione delle strutture organizzative pubbliche che presiedono al settore.

Mentre infatti è ricorrente la richiesta di soppressione del ministero delle partecipazioni statali⁷⁵ cui è demandato il compito di indirizzo

⁷³ Sembra non vi sia niente da aggiungere a quanto detto nella relazione alla proposta di Minervini-Spaventa (p. 2), che proponendo la delega al governo per la riforma del diritto penale delle imprese commerciali, ricorda: « La verità è che non è temibile - s'intende da parte degli onesti - l'esito del processo, ma il processo in sé ». Con molta efficacia Sabino Cassese ha scritto che « nello stato attuale della giustizia, la funzione repressiva tende a spostarsi della pena al processo e dal processo alla fase inquisitiva che dà corpo alle imputazioni. I tempi della giustizia sono così lunghi che non si teme la sentenza, quanto la carcerazione e la pubblicità delle imputazioni prima del giudizio. Se si considera che nella fase del processo le garanzie sono maggiori, mentre in quelle che lo precedono esse sono minori, si può comprendere il timore degli amministratori (delle banche pubbliche) ». Codeste osservazioni possono riassumersi in una formula, che Francesco Carnelutti aveva proposto già in anni lontani: « la pena è il processo; non viene dopo il processo: magari dopo il processo viene l'assoluzione. La presunzione d'innocenza dell'imputato solennemente dichiarata dalla Costituzione è così vanificata ».

⁷⁴ Relazione della Commissione Chiarelli, *Partecipazioni statali (considerazioni e proposte di riforma)*, in *Foro amm.*, 1975, II, p.673; v. anche A. ROSSI, *op. loc. citt.*

⁷⁵ V. sul punto da ultimo S. CASSESE nella relazione (*Stato e partecipazioni statali: il problema dei controlli*) presentata al convegno tenutosi a Pavia nei giorni 17-18 ottobre 1980: « La crisi delle Partecipazioni statali: motivi e prospettive », della quale si è potuto prendere visione all'atto della correzione delle bozze.

politico proprio dei rapporti tra governo ed enti di gestione, non può essere trascurata l'introduzione, con la legge 12 agosto 1977, n. 675, di ulteriori elementi di raccordo fra la sfera pubblica e il settore delle partecipazioni statali⁷⁶. D'altro canto, la sufficienza, ai fini di una tutela sia dei soci privati di minoranza che, in caso di totalità del socio pubblico, della normativa oggi vigente, può ben più correttamente essere raggiunta con la disciplina del fenomeno dei gruppi di società che allo stato, solo incidentalmente, e in certi casi quasi surrettiziamente è stata introdotta, al fine di disciplinare situazioni del tutto particolari⁷⁷.

Il risultato più importante da raggiungere, ove si intendesse seguire questa via, sarà peraltro di permettere un reale controllo, suscettibile di essere raggiunto mediante l'affidamento di compiti di verifica sul corretto funzionamento dello strumento « impresa », evitando tuttavia quella discriminazione nell'ambito delle forme di esercizio di attività economiche, presente, come sembra, in alcune proposte di intervento formulate dalle organizzazioni rappresentative dell'impresa privata⁷⁸.

Ma indipendentemente da futuri profili di riforma, ciò che conta sottolineare è che una volta operata, per lo svolgimento di attività imprenditoriali, la scelta della forma privata mediante lo strumento della partecipazione pubblica, ogni eventuale riflesso penalistico del

⁷⁶ G. ENRICI, in *Commentario alla legge 22 aprile 1977 n. 675* a cura di M. LIBERTINI, in *Nuove leggi civ.*, 1978, p. 719; F. SANTONASTASO, *Le partecipazioni statali*, cit., p. 228. Per un esame dei problemi posti dall'art. 14 della legge 12 agosto 1977, n. 675, con la quale è fatto obbligo alle imprese controllate dagli enti di gestione delle partecipazioni statali o da loro finanziate, di sottoporre a revisione da parte di società autorizzate ai sensi dell'art. 8 d.p.r. 31 marzo 1975, n. 136, i bilanci di esercizio e sui limiti di tale previsione, cfr. A. ROSSI, *Le società di revisione (appunti esegetici e sistematici sulla revisione obbligatoria)*, ed. provv., 1980, p. 136 s.

⁷⁷ Per un aspetto particolare cfr. G. CABRAS, *Casi particolari di certificazione dei bilanci*, in *Legislazione economica*, II (settembre 1977- agosto 1978), p. 19 ss. e *ivi* L. SCIPIONI, *Provvedimenti concernenti le società con partecipazione statale*, p. 75 ss.

⁷⁸ In senso chiaramente restrittivo per tali aspetti, anche rispetto all'attuale disciplina, è lo « Statuto dell'impresa », presentato dalla Confindustria in *Pol. dir.*, 1980, p. 116 s.; sotto il profilo della parità di trattamento (art. 7) più corretto appare il progetto di proposta di legge sul « piano d'impresa », presentato dalla CGIL, *ivi* p. 113 s. I due documenti sono pure pubblicati in *Giur. comm.*, 1980, pp. 861 e 545. Per una chiara impostazione che nega la riferibilità della nozione d'impresa pubblica alle società nelle quali lo Stato o un ente pubblico abbiano una partecipazione maggioritaria, e per il collegamento con la riforma delle società cfr. G. ROSSI, *Impresa pubblica e riforma delle società per azioni*, in *Riv. soc.*, 1971, p. 292 s.

comportamento degli amministratori - al di là delle conseguenze proprie della natura dell'attività espletata - non può essere visto nel quadro dei reati contro la pubblica amministrazione.

Ove si intendesse andare di diverso avviso, si rischierebbe veramente di abbandonare il sistema della fattispecie al libero gioco della opportunità politica contingente e di sostituire nella incriminazione « il principio del *malum quia vetitum* con quell'altro - ancora per il momento, nel novero dei futuribili - del *vetitum quia malum* »⁷⁹.

⁷⁹ A. CRESPI, *op. cit.*, p. 609.

3.

La riforma dell'art. 2449 c.c. e le società con partecipazione degli enti pubblici locali * **

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. Le società partecipate dagli enti locali (dalle società soggette a «controllo analogo» alle società miste) e l'art. 2449 c.c. - 3. Le società per azioni con partecipazione pubblica nella riforma dell'art. 2449 c.c. - 4. Deroga al diritto comune e società che non fanno ricorso al mercato del capitale di rischio. - 4.1. Proporzionalità e principio di maggioranza. - 4.2. Mancanza di una norma transitoria. - 5. L'art. 2449 c.c. e le società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio. - 5.1. Regime transitorio: a) competenza del consiglio di amministrazione. b) Strumenti finanziari e «diritti amministrativi». - 5.2. Regime definitivo. - 5.3. Ambito dei «diritti amministrativi» riconosciuti a regime dall'art. 2449 c.c. - 5.3.1. Strumenti finanziari. - 5.3.2. Creazione di una particolare categoria di azioni. - 5.3.3. Diritti «amministrativi» e regole di mercato. - 6. S.r.l. a partecipazione pubblica. - 7. Conclusioni.

1. Premessa

Nell'esame della disciplina delle società a partecipazione pubblica locale i problemi posti dal nuovo testo dell'art. 2449 c. vanno esaminati,

* Da *Studi in onore di F. di Sabato*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2009, vol. IV, t. II, 345-394.

** Testo della relazione presentata al *Convegno di Studi Servizi ed interventi Pubblici Locali* organizzato dal Consiglio dell'ordine degli avvocati di Salerno, il 21 novembre 2008, nell'ambito della sessione dei lavori presieduta da V. Buonocore.

nell'incertezza che caratterizza l'attuale fase di trasformazione del settore, nel tentativo di individuare «la ratio dichiarata e la valenza sistemica» del sistema¹ nelle regole di una ordinata concorrenza.

Anche se i più recenti interventi normativi sono stati dettati, nei casi di maggior richiamo, al fine di contenere la spesa pubblica non mancano disposizioni di sicuro interesse per valutare l'utilizzazione nel settore dei servizi pubblici locali del modello della società di capitali a partecipazione pubblica.

Sotto il primo profilo diretto è il richiamo alle norme che hanno imposto un tetto al compenso dei componenti del consiglio di amministrazione a seconda che la presenza pubblica nella società sia totalitaria (art. 1, comma 725-726, l. 27 dicembre 2006, n. 296) o riconducibile ad una società c.d. «mista»² e la riduzione del numero complessivo degli amministratori nelle società partecipate «anche in via indiretta dagli enti locali» (comma 729), con l'eccezione delle società quotate in borsa (comma 733)³.

In questo quadro si colloca, prima ancora dell'ultimo intervento in materia, rappresentato dall'art. 23 bis d.l. 25 giugno 2008, n. 112 convertito con modificazioni dalla l. 6 agosto 2008, n.133, oggetto di una «gestazione breve ma travagliata»⁴, l'art. 13 della c.d. riforma Bersani (art. 13 d.l. 4 luglio 2006, n. 233, convertito con sostanziali modificazioni con l. 4 agosto 2006, n. 248 e successive modifiche)⁵. Quest'ultima

¹ È questo il monito di F. DI SABATO, *I fini sociali dell'impresa etica*, in *Riv. soc.*, 2006, p. 641, quando ricorda che compito del giurista non è «indagare sulla dietrologia delle leggi, bensì di coglierne la ratio dichiarata e la valenza sistemica».

Per un'analisi delle formule organizzative adottate nel settore dei servizi pubblici locali (sulle cui peculiarità cfr. A. POLICE, *Sulla nozione di "servizio pubblico locale"*, in *I servizi pubblici locali* a cura di S. Mangiameli, Torino, 2008, p. 74 ss.) e delle implicazioni con la disciplina della concorrenza v. S. VARONE, *Servizi pubblici locali e concorrenza*, Torino, 2004, p. 51 ss. e da ultimo, in uno scrutinio di legittimità sia comunitario che nazionale, F. VESSIA, *Società in house e società miste nei servizi pubblici locali alla luce della disciplina antitrust*, in *Dir. ind.*, 2008, p. 31 ss.

² Una sintesi della situazione in Francia è in J.P. MATTOU, *L'administration ou le conseil d'administration? Compétences et incompétences*, in *Rev. soc.*, 2007, p. 553 ss. a commento della decisione della Corte di Cassazione (com) del 6 febbraio 2007.

³ Sui problemi emersi fin dai primi tempi della riforma del settore per le società quotate in borsa v. le osservazioni di B. LIBONATI, nel Convegno *Le s.p.a. ex legge n. 142/90 quotate in borsa*, a cura del Centro italiano di studi amministrativi, Roma, 2000, p. 43 ss., c le conclusioni *ivi* di P. SALVATORE, *ivi*, p. 54.

⁴ C. VOLPE, *In house providing, Corte di giustizia, Consiglio di stato e legislatore nazionale. Un caso di convergenze parallele?*, in *Urb. e app.*, 2008, p. 1409.

⁵ Per i primi commenti, A. ZIROLDI, *Le società a partecipazione pubblica tra privatizza-*

norma interpretata nella prospettiva di un sistema, anche se non ancora completato nella sua formulazione definitiva, ha permesso alla più recente giurisprudenza di rimarcare la rilevanza della regola dell'esclusività, pur se con una notazione di satura insoddisfazione per le soluzioni offerte dalla prassi, e di individuare nella «differenza tra concorrenza «per» il mercato e concorrenza «nel mercato»⁶, le «*plurime rationes essendi*: tutela dell'imprenditoria privata e della leale concorrenza, repressione della greppia partitica e burocratica»⁷.

La nuova normativa trova la sua integrazione nel riconoscimento della competenza esclusiva del legislatore nazionale effettuato dalla Corte costituzionale quando ha ricondotto le innovazioni della riforma nell'ambito della materia dell'ordinamento civile (art. 117 Cost.)⁸ in

zione formale, privatizzazione sostanziale e resistenze al mercato, in *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, a cura di M. Cammelli e M. Dugaro, Torino, 2008, p. 59 ss.; C. VITALE, *Modelli privatistici di collaborazione stabile tra amministrazioni: le società a partecipazione integralmente pubblica nel sistema locale*, *ivi*, p. 100 ss. e M. CAMMELLI e M. DUGATO, *Le società degli enti territoriali alla luce dell'art. 13 del D.L. n. 223/2006*, *ivi*, p. 347 ss.; D. FLORENZANO, *Le società delle amministrazioni regionali e locali (L'art.13 del D.L. 4 luglio 2006, n. 223)*, Padova, 2008, p. 27 ss.

- ⁶ Nel tempo, A. PACE, *Libertà "del" mercato e "nel" mercato*, in *Pol. dir.*, 1993, p. 328.
- ⁷ Cons. Stato (V sez) 25 agosto 2008, n. 6745.
- ⁸ Sul tema, sempre più ricco di potenziali sviluppi per l'evoluzione della giurisprudenza costituzionale, v. senza pretesa di completezza, P. VITUCCI, *Il diritto privato e la competenza legislativa delle regioni in alcune sentenze della Corte Costituzionale*, in *Giur. it.*, 1998, p. 1301 ss. e dello stesso A. *Gli "ordinamenti territoriali distinti" nella tradizione e nelle prospettive del diritto privato*, in *Giur. cost.*, 2005, p. 3439 ss.; di V. ROPPO, *dopo il primo contributo Diritto privato regionale?*, in *Riv.dir.priv.* 2003, p. 18 ss. il successivo *Diritto dei contratti, ordinamento civile, competenza legislativa delle regioni. Un lavoro complicato per la Corte costituzionale*, in *Poi. dir.*, 2005, p. 401; G. ALPA, *Il limite del diritto privato alla potestà legislativa regionale in AA.Vv. L'ordinamento civile nel nuovo sistema delle fonti legislative*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, *Quaderno*, n. 6, p. 105 ss.; e in *"L'ordinamento civile" nella recente giurisprudenza costituzionale*, in *Contratti*, 2004, p. 186; N. LIPARI, *Il diritto privato tra fonti statali e legislazione regionale*, in *Giur. it.*, 2003, p. 620 ss.; E. LAMARQUE, *Regioni e ordinamento civile*, Padova, 2005, p. 70 ss.; A. M. BENEDETTI, *Ordinamento civile e competenza legislativa delle regioni*, in *Foro it.*, 2005, p. 2960 e poi in *L'"ordinamento civile" come "materia" o come "limite"? Ovvero: il federalismo italiano tra rigidità delle formule e ragionevolezza delle soluzioni*, in *Pol. dir.*, 2005, p. 471; F. S. MARINI, *La Corte costituzionale nel labirinto delle materie "trasversali": dalla sent. 282 alla 407 del 2002*, in *Giur. cost.* 2002, p. 2947 ss. e in *I criteri di interpretazione della materia*, in *Il diritto amministrativo dopo la riforma costituzionale*, a cura di G. Corso e V. Lopilato, Milano, 2006, p. 74 ss.; per un quadro aggiornato della giurisprudenza costituzionale v. ora F. PALMIERI, *Riflessioni in tema di diritto societario regionale*, in *Il diritto privato regionale alla luce del nuovo titolo V della Costituzione* a cura di F. P. TRASCIA, Napoli, 2007, p. 271 ss., specie p. 293 ss., per il profilo che qui interessa.

quanto volte «a definire il regime giuridico di soggetti di diritto privato e a tracciare il confine tra attività amministrativa e attività di persone giuridiche private»⁹, rafforzando il carattere trasversale della concorrenza nella disciplina delle società a partecipazione pubblica¹⁰.

Tuttavia le previsioni dell'art. 13, per le quali le società costituite o partecipate da enti locali per la produzione di beni e servizi strumentali, con esclusione dei servizi pubblici locali, debbono operare esclusivamente con gli enti partecipanti od affidanti, non possono svolgere prestazioni a favore di altri soggetti pubblici o privati o partecipare ad altre società e devono infine avere un oggetto sociale esclusivo, non si esauriscono nel riconoscimento della competenza esclusiva del legislatore nazionale ma si riflettono sulla loro qualificazione in termini di società di diritto speciale.

Nel quadro normativa che si viene delineando le deroghe introdotte al diritto comune societario per garantire il rispetto delle regole di un mercato concorrenziale agevolano il riconoscimento come società di diritto speciale anche di società miste¹¹, superando precedenti

⁹ Corte Cost. sentenza del 1 agosto 2008, n. 326.

¹⁰ La decisione della Corte costituzionale, cit., relatore Cassese, ha motivato la riconduzione delle innovazioni della riforma nella «competenza esclusiva in materia di ordinamento civile, in quanto volte a definire i confini tra l'attività amministrativa e l'attività di impresa, soggetta» quest'ultima «alle regole del mercato e alla competenza legislativa esclusiva in materia di tutela della concorrenza, in quanto volte a eliminare distorsioni della concorrenza stessa».

Significativa della delicatezza dei problemi sollevati dal possibile abuso del modello della società mista se utilizzato come «espediente per aggirare la regola dell'affidamento dei servizi sulla base di una procedura competitiva» (così l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato del 3 marzo 2008, n. 1 (in *Foro it.*, 2008, III, c. 15 ss., sub n. 12) è la recente affermazione del Tar Sardegna (sez. prima) dell'11 luglio 2008, n. 1371 che segnala l'entità del problema quando conclude: «si deve inoltre ritenere che anche le società miste che hanno per oggetto la gestione dei servizi pubblici locali, pur non rientrando *in via diretta* (corsivo aggiunto) nell'ambito di applicazione del secondo comma dell'art. 13, devono avere oggetto sociale esclusivo. Se, infatti, sono assoggettate a tale prescrizione le società di cui al comma primo, ossia le società che svolgono (attività di produzione di beni e) servizi strumentali, le quali pertanto non possono comprendere nel loro oggetto sociale lo svolgimento di servizi pubblici locali, ne deriva come conseguenza che anche le società miste, le quali intendano dedicarsi alla gestione di questi ultimi, devono prevedere quale loro oggetto esclusivo la gestione dei servizi pubblici locali», in quanto «per la presenza di soggetti pubblici nella struttura della partecipazione societaria, sono ritenute in grado di provocare quelle "alterazioni o distorsioni della concorrenza e di (alterare) la parità degli operatori" che le norme di cui all'art. 13, commi 1 e 2, intendono evitare».

¹¹ F. VESSIA, *op. cit.*, p. 43.

perplessità¹², come del resto è avvenuto in passato nei confronti delle società di trasformazione urbana.

Conferma di questa conclusione è stata tratta dalla sanzione della nullità dei «contratti conclusi...in violazione» (art. 13 cit., comma quarto) della legittimazione della società ad operare e della perdita di «efficacia» dei contratti «relativi alle attività non cedute o scorporate» entro un determinato periodo che, se indicano «la sicura peculiarità del quadro societario»¹³, si riflettono sulla stessa capacità di auto-organizzarsi della società.

Il collegamento fra tutela della concorrenza ed intervento del legislatore nelle società a partecipazione pubblica è stato da ultimo riaffermato nella legge finanziaria per il 2008 (art. 3, comma 27 l. 24 dicembre 2007, n. 244) che, sempre al dichiarato «fine di tutelare la concorrenza e il mercato», ha circoscritto ulteriormente la possibilità del ricorso allo strumento societario da parte delle pubbliche amministrazioni stabilendo che «...non possono costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e di servizi non necessariamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali» né assumervi o mantenervi «direttamente o indirettamente partecipazioni anche di minoranza» (art. 3, comma 27 l. 24 dicembre 2007, n. 244).

Nel delimitare l'ambito di applicazione della nozione di «finalità istituzionali» che segna la linea di confine per la costituzione di società è stato osservato, fin dai primi commenti, che non vi va ricondotto solo «il fine specifico dell'ente... connesso agli interessi generali» ma che l'interpretazione della disposizione, se condotta con riferimento alle «attività ...non strettamente necessarie», permette di ammettere le partecipazioni a società che producano beni per l'ente o che svolgano servizi o funzioni ad esso strumentali sì che il divieto si riduce ad operare nei soli confronti delle «società che hanno ad oggetto attività di mercato, le quali, in ragione dell'oggetto, non possono ritenersi

¹² F. GUERRERA, *La società di capitali come formula organizzativa dei servizi pubblici locali dopo la riforma del diritto societario*, in *Società*, 2005, p. 682; I. DE MURO, *La compatibilità del diritto societario con il c.d. modello in house providing per la gestione dei servizi pubblici locali*, in *Giur. comm.*, 2006, II, p. 780.

¹³ Pur dubitando della qualificazione in termini di società speciali D. FLORENZANO, *op.cit.*, p. 123, riconosce che la nullità dei contratti che «opera a prescindere dalla previsione dell'oggetto sociale» indica «la sicura peculiarità del quadro societario» e «la sussistenza di una disciplina certamente speciale, con la quale il legislatore ha inteso conseguire la massima effettività delle norme organizzative».

connesse o correlate ad alcuna attività dell'ente»¹⁴.

A questo rilievo si accompagna la scarsa funzionalità della tecnica adottata per delimitare l'area delle amministrazioni interessate mediante il rinvio alla normativa dettata per l'ordinamento del lavoro «alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche» (d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165)¹⁵.

La ripetizione nella fattispecie di una formula omnicomprensiva, allora giustificata dall'esigenza di una migliore organizzazione complessiva degli uffici in funzione dei rapporti di lavoro, fa perdere di efficacia ad un richiamo che avrebbe avuto maggior significato con una puntuale indicazione delle amministrazioni interessate.

A maggior ragione sarebbe stato opportuno seguire questa diversa tecnica tenendo presente che l'intervento legislativo, nel confermare il tentativo «di ridimensionare l'impresa pubblica di capitali, in specie là dove il "pubblico" sceglie il "privato" senza saperne accettare le regole»¹⁶, ha riproposto ancora una volta l'interrogativo sulla possibile funzionalizzazione pubblicistica delle società a partecipazione pubblica, accentuata dalla conferma che è «*sempre*» ammessa la costituzione «di società che producono servizi di interesse generale e l'assunzione di partecipazioni»¹⁷.

La risposta negativa, fondata sulla distinzione tra causa ed oggetto

¹⁴ D. FLORENZANO, *op.cit.*, p. 132.

¹⁵ V. il rinvio generalizzato effettuato dall'art. 3, comma 27, l. 24 dicembre 2007, n. 244, alle amministrazioni "di cui all'art. 1, comma 2, del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165). La norma dettata in materia di organizzazione degli uffici e dei rapporti di lavoro e di impiego alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche vi ricomprende «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 ed 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».

¹⁶ M. COSSU, *L'amministrazione nelle s.r.l. a partecipazione pubblica*, in *Giur. Comm.*, 2008, I, p. 633.

¹⁷ Così F. GOISIS, *La natura delle società a partecipazione pubblica tra interventi della Corte di giustizia e del legislatore nazionale*, in *Riv.it. dir. pubbl. comun.*, 2008, p. 408. Lo stesso A., in altro contributo, *Nuovi sviluppi comunitari e nazionali in tema di in house providing e suoi confini*, in *Dir. amm.*, 2008, p. 595 ha sottolineato che «in sostanza, il legislatore ha voluto concentrare la stessa costituibilità di società a partecipazione pubblica e così, di conseguenza, il fenomeno dell'in house, alla gestione di servizi pubblici o, comunque, ad attività che difficilmente si possono ridurre ad un ordinario contratto di appalto».

sociale, essendo solo quest'ultimo riconducibile alle finalità istituzionali dell'ente, sarebbe confermata dall'argomento che esclude che l'utilizzo dell'avverbio «sempre» possa consentire una deroga alle regole societarie di diritto comune, ad esempio in deroga allo scopo di lucro¹⁸.

Se quest'ultima affermazione non sembra lasciare margini di dubbio, l'accentuazione dell'inapplicabilità del divieto di costituzione di società da parte della pubblica amministrazione qualora l'attività della società abbia natura di «servizio di interesse generale» richiama l'attenzione sui limiti all'intervento del legislatore speciale sul diritto comune delle società riconosciuti dalla Corte di giustizia, nel necessario rispetto del principio di proporzionalità, quando ha affermato che «la garanzia di un servizio di interesse generale...può rappresentare una ragione imperativa di interesse generale in grado di giustificare una limitazione alla libera circolazione dei capitali»¹⁹.

2. Le società partecipate dagli enti locali (dalle società soggette a «controllo analogo» alle società miste) e l'art. 2449 c.c.

Prima dell'art. 13 l. 25 febbraio 2008, n. 38 il sistema degli artt. 2458- 2450 introdotto dal codice del '42 era stato sostanzialmente con-

¹⁸ F. GOISIS, *La natura delle società a partecipazione pubblica tra interventi della Corte di giustizia e del legislatore nazionale*, cit., p. 409.

¹⁹ Corte giust. 28 settembre 2006, C-282/04 e C-283/04 in *Foro it.* IV, p. 611 ss. sub p.to 38, sia pur negando la legittimità della «golden share» introdotta dal governo olandese. Sul tema in vario senso, E. FRENI, *Golden share, ordinamento comunitario e liberalizzazioni asimmetriche: un conflitto irrisolto*, in *Giorn. dir. amm.*, 2007, p. 145 ss.; T. AJELLO, *Le golden shares nell'ordinamento comunitario: certezza del diritto, tutela dell'affidamento degli investitori e "pregiudiziale" nei confronti dei soggetti pubblici*, in *Dir. un. eur.*, 2007, p. 811, per la conclusione che a seguito delle indicazioni della Corte di giustizia «i diversi stati membristanno progressivamente adeguando le rispettive normative nazionali ai principi emersi in ambito comunitario in tema di *golden shares* e spostano sempre di più il baricentro dell'intervento nell'economia verso la regolazione dell'attività economica privata»; M.C. CORRADI, *La proporzionalità tra partecipazione e "potere di controllo" nell'art. 2449 c.c.*, in *Giur. Comm.*, 2008, II, specie p. 937 ss.; F. SANTONASTASO, *La "saga" della "golden share" tra libertà di movimento di capitali e libertà di stabilimento*, ivi, 2007, I, p. 302 ss.

Per un quadro d'insieme del rapporto tra servizio pubblico ed interesse generale negli stati della Comunità, v. da ultimo i contributi contenuti in *Attività economiche ed attività sociali nei servizi di interesse generale*, a cura di E. FERRARI Torino, 2007, p. 3 ss.

fermato in occasione della riforma delle società di capitali²⁰.

L'inserimento delle sole modifiche di carattere formale rese necessarie dall'adeguamento ai nuovi istituti introdotti dalla riforma (con la successiva abrogazione dell'art. 2450 c.c. operata dall'art. 3, comma primo d.l. 15 febbraio 2007, n.10 conv. con l. 6 aprile 2007, n.46)²¹, aveva permesso di ribadire la soggezione delle società in mano pubblica alla disciplina della «società in mano privata»²², con l'unica eccezione rappresentata dalle conseguenze della nomina diretta sull'organizzazione societaria²³.

Tuttavia, alla prassi statutaria che nel periodo precedente la riforma delle società di capitali aveva permesso, nelle diverse situazioni di fatto, il rispetto di una concreta diversificazione dell'organizzazione e della composizione degli organi sociali²⁴ ha fatto seguito un accentuato ricorso del legislatore, ancor più frequente negli ultimi anni, non solo a società di diritto speciale rispetto alle regole di diritto comune ma anche a società soggette in alcuni casi ad un regime così particolare da far dubitare sulla loro stessa riconduzione nell'ambito societario²⁵.

Si fa riferimento, nell'ambito del sistema delle società partecipate da enti pubblici territoriali per l'esercizio di servizi pubblici locali disciplinato dall'art. 113 d.lgl. 18 agosto 2000 (nel testo modificato dall'art. 35 l. 28 dicembre 2003, n. 448) che delineava per le società miste, secondo la più recente interpretazione del giudice amministrativo, «un completo

²⁰ L'unica modifica sostanziale che aveva dato luogo ad opposte letture era rappresentata dal richiamo contenuto nell'u.c. dell'art.2449 c.c. alle «leggi speciali» che, pur ricco di implicazioni sul piano interpretativo è stato eliminato nel testo attuale.

²¹ Sull'e perplessità sollevate dal ricorso alla decretazione d'urgenza in una materia che coinvolge direttamente gli interessi essenziali dello stato v. ora C. CAVAZZA, *Golden share, giurisprudenza comunitaria ed abrogazione dell'art. 2450 c.c.* in *Le nuove leggi civ. comm.*, 2008, p. 1197.

²² Per tutti F. GALGANO, *Il nuovo diritto societario*, in *Trattato di diritto commerciale*, XXIX, Padova, 2003, p. 439.

²³ B. LIBONATI, *L'intervento dello Stato nell'attività d'impresa*, in *Riv. dir. comm.*, 1988, I, p. 759.

²⁴ Per tutti v. le documentate ricerche di V. DONATIVI, *Esperienze applicative in tema di nomina pubblica "diretta" alle cariche sociali*, in *Riv. soc.*, 1998, p. 1276 ss. e *Rassegna legislativa e statutaria in tema di nomina pubblica alle cariche sociali ex art. t. 2458-2459 nelle società a partecipazione regionale e nel nuovo assetto dell'azionariato provinciale e comunale* in *Riv. dir. impr.*, 1999, p. 309 ss.

²⁵ Da ultimo, V. DOMENICHELLI, *Servizi pubblici e società di capitali in Italia: alla ricerca del giudice*, in *Dir. proc. amm.*, 2007, p. 672 ss.; G. ROMAGNOLI, *Le società degli enti pubblici: problemi e giurisdizioni nel tempo delle riforme*, in *Giur. comm.*, 2006, I, p. 478 ss.

paradigma valido anche al di fuori del settore dei servizi pubblici locali»²⁶ alle società con totalitaria partecipazione pubblica legittimate, in quanto soggette ad un «controllo» da parte del socio «analogo a quello esercitato sui propri servizi», al c.d. affidamento «in house» di determinati servizi²⁷.

Al riguardo l'utilizzazione nella tecnica legislativa nazionale della letterale ripetizione di una formula introdotta dal diritto pretorio della Corte di giustizia, se da un lato ha legittimato il riconoscimento nel diritto nazionale di un istituto «cristallizzato» nel suo riferimento soggettivo al rispetto dei criteri indicati dalla giurisprudenza comunitaria, sembra ora possa aprirsi ad una diversa prospettiva a seguito del più recente orientamento dove ormai «tout l'enjeu... est de trouver l'équilibre entre les objectifs concurrentiels que poursuivent les directives de passation et l'autonomie administrative»²⁸.

Nelle prime interpretazioni che sono state formulate in una revisione critica della nozione e del significato di organismo pubblico, la giurisprudenza comunitaria sarebbe infatti passata²⁹ da una nozione

²⁶ Così Cons, Stato (sez.VI), n.4603 del 23 settembre 2008, in *Dir. serv. pubbl.*, 2008.

²⁷ Per una rassegna di giurisprudenza sul tema prima dell e ultime decisioni nella prospettiva del diritto commerciale, v. R. OCCHILUPO, *Le società in house*, in questa *Rivista*, 2008, II, p. 525 ss.

²⁸ S. CHAVAROCLETTE-BOUFFERET, *Application du droit communautaire des marchés publics et réorganisation administrative des personnes publiques (Vers un second souffle de l'hypothèse particulière du in house?)*, in *AJDA*, 2008, p. 2154.

²⁹ Corte giust. C-295/05 del 19 aprile 2007, in *Riv.it. dir. pubbl. comun.*, 2007, p. 556 ss., commentata da G.F. FERRARI, *Un raro esempio di controllo analogo*, in *Dir. pubbl. comp. ed eur.*, 2007, p. 1374 ss. c da E. FRENI, in *Giorn. dir. aam.*, 2007, p. 1174; e, specialmente Corte giust. C-371/05 del 17 luglio 2008 su cui, oltre a F. GOISIS, *op.cit.*, p. 588 ss. che la considera pur «nella sua sintetica motivazione...elusiva dei limiti dell'in house, come in particolare segnalati dagli stessi giudici comunitari nel 2005», v. in particolare la ricostruzione critica di M. LIBERTINI, *Organismo di diritto pubblico, rischio d'impresa e concorrenza: una relazione ancora incerta*, in *Federalismi, Rivista telematica di diritto pubblico italiano, comunitario e comparato*, n. 16 -2008, p. 7 ss. che la considera espressione del più accentuato «revirement della giurisprudenza comunitaria».

Non si può al riguardo non ricordare la conferma da parte della Corte di giustizia della teoria del c.d. «contagio» anche nei confronti degli enti che, pur avendo realizzato una netta separazione contabile «intesa alla separazione dei settori di attività al fine di evitare i finanziamenti incrociati» tra le attività svolte per soddisfare bisogni di interesse generale e le attività svolte in regime concorrenziale, costituiscono «un'unica persona giuridica, che ha un regime patrimoniale e di proprietà unico e le cui decisioni in materia di direzione e di gestione sono adottate unitariamente» (Corte di giust. 10 aprile 2008, causa C-393/06, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2008, p. 975, con nota

di «controllo analogo» ispirato ad un parallelismo con il controllo gerarchico, proprio dell'organizzazione pubblica della «azienda autonoma» che aveva permesso l'equiparazione della società c.d. in house "ad una struttura interna dell'amministrazione"³⁰, ad «un'idea di controllo molto più elastica... propria dei rapporti fra imprese (in altri termini, ad un'idea di controllo simile a quella dell'art. 2359 c.c. o a quella usata nella disciplina antitrust delle concentrazioni)»³¹.

Se questa ricostruzione sarà confermata in futuro da un più deciso orientamento della Corte di giustizia³² sarebbe agevolata l'introduzione

di B. RINALDI, *Sull'applicazione della "teoria del contagio" alle diverse attività di un organismo di diritto pubblico operante nei settori speciali*, p. 986 ss.

³⁰ Così da ultimo, nella nostra esperienza, Corte dei Conti, Sez. regionali sentenza n. 10/2008 del 2 aprile 2008, in *Federalismi*, cit., 2008, n. 10.

³¹ M. LIBERTINI, *op.loc.cit.* Cfr. anche quanto hanno osservato F. VESSIA, *op.cit.*, p. 31 ss. e da ultimo C. BURATTI, *L'esercizio dei servizi pubblici locali mediante società pubbliche; l'influenza sulla finanza locale*, in *La società "pubblica" tra diritto privato e diritto amministrativo*, a cura di V. Domenichelli, Padova, 2008, p. 63 ss.

Per alcuni spunti v. in precedenza G. DI GASPARE, *L'impresa locale tra riserva e mercato*, in *Jus*, 1998, p. 165 ss. ed ora il quadro di sintesi di M. D'ALBERTI, *Interesse pubblico e concorrenza nel codice dei contratti pubblici*, in *Dir. amm.*, 2008, p. 303 ss.

³² Anche se la decisione ha riconfermato espressamente il precedente orientamento sulla necessità di una «influenza determinante sia sugli obiettivi strategici sia sulle decisioni importanti» della società (p.to 24), al contempo ne ha ravvisato l'esistenza non solo nella nomina dei membri dell'organo di amministrazione della società ma nell'indicazione da parte dell'ente pubblico «di un funzionario comunale incaricato di orientare e controllare» il suo operato, circostanza questa ritenuta sufficiente dalla Corte, pur non avendo approfondito le modalità dell'inserimento del funzionario nell'organizzazione della società, «a dimostrare l'esistenza di un *potere di controllo strutturale e funzionale* (corsivo aggiunto) del Comune analogo a quello esercitato sui propri servizi, così da soddisfare la prima condizione stabilita al punto 50 della sentenza Teckal» (p.ti 25-26).

In una situazione nella quale le altre società che partecipavano al capitale della società a partecipazione pubblica «erano a loro volta imprese comunali» (p.to 28) ha trovato conferma un'interpretazione di controllo analogo adattata alla fattispecie. In un'interpretazione che sarà poi ripresa dalla successiva decisione del 13 novembre 2008, C-324/07, si afferma significativamente non solo che il controllo «sia effettivo, pur non risultando indispensabile che sia individuale» (sempre p.to 28) trattandosi come ha precisato dalla decisione del 13 novembre di un organo collegiale nel «la procedura utilizzata per adottare la decisione, segnatamente il ricorso alla maggioranza non incide» (pro 51) L'elemento di novità è rappresentato dall'ulteriore affermazione nella prima decisione «che la possibilità per i privati di partecipare al capitale della società aggiudicataria non è sufficiente, *in assenza di una loro effettiva partecipazione* (corsivo aggiunto) al momento della stipula della convenzione per concludere che la prima condizione, relativa al controllo dell'autorità pubblica, non sia soddisfatta. Infatti, per

nella disciplina statutaria delle società soggette al «controllo analogo», dei correttivi necessari per realizzare con gli strumenti del diritto comune societario un controllo che, pur se considerato «analogo» a quello esercitato dal socio ente pubblico sui propri servizi, permetta di ritenere rispettate le regole fondamentali dell'organizzazione societaria.

Senza ripercorrere in questa sede le vicende che nella successione delle diverse norme hanno caratterizzato il fenomeno, certamente ambiguo, di un rinnovato «neosocialismo municipale»³³ accentuato dalla sua diffusione³⁴, le contraddizioni della presenza pubblica nelle

ragioni di certezza del diritto, l'eventuale obbligo per l'amministrazione aggiudicatrice di procedere ad una gara d'appalto deve essere valutato in via di principio alla luce delle condizioni esistenti alla dell'aggiudicazione dell'appalto» (p.to 29).

Vero è che la Corte non ha mancato di sottolineare che «circostanze particolari, segnatamente qualora risulti che l'apertura del capitale dell'ente interessato a soci privati era prevista sin dall'assegnazione del suddetto appalto pubblico, possono, di certo, richiedere che sia presa in considerazione la partecipazione effettiva di detti soci intervenuta successivamente a tale assegnazione (v. in tal senso, sentenza Commissione/ Austria causa C-29/04 del 10 novembre 2005, p.to 38). Tuttavia, nella fattispecie, è giocoforza constatare che la Commissione non è riuscita a fornire la prova dell'esistenza di tali circostanze particolari».

In sostanza mentre qualche elemento di novità sembra possa essere ravvisato rispetto alla tesi che i poteri dell'organo amministrativo siano limitati alla mera esecuzione della volontà dell'amministrazione aggiudicatrice, è ribadito l'orientamento - e non sembra potesse essere diverso - che non vi siano operazioni elusive da parte dell'amministrazione aggiudicatrice attraverso la successiva cessione di partecipazioni azionarie a privati, al fine di garantire che i criteri fissati siano soddisfatti «permanentemente» (così Corte giust. cause C-410/04 del 6 aprile 2006 e C-340/04 dell'11 maggio 2006 su cui v. C. LA CAVA, *In house providing e tutela della concorrenza*, in *Giorn. Dir. amm.*, 2006, p. 841 ss. e D.U. GALETTA, *Forme di gestione dei servizi pubblici locali c.d. in house providing nella recente giurisprudenza comunitaria e nazionale*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2007, p. 31 ss.).

³³ Cfr. in moderni diversi ma con notazioni comuni, S. CASSESE, *Il neosocialismo municipale*, in *Il corriere della sera* del 29 ottobre 2003 e F. GIAVAZZI, *La rendita dei comuni*, ivi, 1 settembre 2008, con riferimento al più recente intervento legislativo in materia (art. 23 bis l. 6 agosto 2008, n.133).

³⁴ Sulla rilevanza quantitativa del fenomeno, estremamente significativa è l'articolata deliberazione della Corte dei conti, Sezione delle autonomie n. 13 del 2008, "Stato dei controlli della Corte dei conti sugli organismi partecipati dagli enti locali", in *federalismi. rivista telematica*, n. 19 dell'8 ottobre 2008: per una ricostruzione territoriale (Lombardia) ricca di un approccio contenutistico cfr. anche la deliberazione del 22 gennaio 2008, n. 10 della sezione regionale di controllo in *Giorn. dir. amm.*, 2008, p. 1021 ss. con commento di M. GIORGIO.

Di notevole interesse, per la ricchezza di dati esaminati, sono le ricerche *La partecipazione dei governi locali in Italia* presentata dalla Fondazione Iri il 10 luglio 2007 a Roma al Con-

società locali sembrano riconfermate, sia pur con una diversa rilevanza rispetto alla fase iniziale³⁵, dalle difficoltà incontrate dal legislatore nazionale nel completare la realizzazione di un sistema che sia rispettoso delle regole della concorrenza.

Difficoltà che sono emerse non solo in sede di abrogazione dell'art. 2450 c.c. in una prima parziale riforma, dichiaratamente strumentale³⁶ del sistema degli artt. 2449-2450 c.c.³⁷ per la sua complessiva non con-

vegno *Il governo locale azionista: proprietà controllo, efficienza nei servizi pubblici locali* e le indicazioni di B. BERTOLOTTI, L. PELLIZZOLA e S. SCARPA, *Il comune azionista: un'analisi empirica del capitalismo municipale in Italia*, in *Mercati concorrenza regole*, 2007, p. 535 ss.

³⁵ Per tutti, dopo i contributi iniziali di V. BUONOCORE, *Autonomia degli enti locali e autonomia privata: il caso delle società di capitali a partecipazione comunale*, in *Giur. Comm.*, 1994, I, p. 5 ss.; e di C. F. GIAMPAOLINO, *La costituzione delle società a partecipazione pubblica locale per la gestione dei servizi pubblici e l'autonomia privata degli enti pubblici territoriali*, ivi, 1995, I, p. 1027 ss. e l'analisi di C. IBBA, *Le società a partecipazione pubblica locale fra diritto comune e diritto speciale*, in *Riv. dir. priv.*, 1999, p. 39 ss. v. nel tempo M. LAMANDINI, *La nuova disciplina sui servizi pubblici locali. La gestione dei servizi: profili di diritto commerciale*, in *Riv. trim. app.*, 2003, p. 541 ss.; F. GUERRERA, *op. cit.*, p. 683 ss.; R. WEIGMANN, *Le imprese di servizi pubblici locali dopo la riforma societaria*, in *Scritti in onore di V. Buonocore*, Milano, 2005, vol III, t. III, p. 4071 ss.; M. DE ACUTIS, *La società "pubblica" tra diritto privato e diritto amministrativo: il punto di vista del giuscommercialista*, in *La società "pubblica" tra diritto privato e diritto amministrativo*, a cura di V. DOMENICHELLI, Padova, 2008, p. 51 ss.

³⁶ La relazione (Comm riun. VI e XIII, del 21 marzo 2007, rel. Crisci e Barattelli), dopo un'asserita «complementarità» dell'art. 2450 c.c. con l'art. 2449 c.c. che suscita di per sé notevoli perplessità, dichiara il carattere meramente strumentale dell'abrogazione, senza alcun tentativo di una diversa ricostruzione dell'istituto, in quanto «...consente di dimostrare alle Autorità comunitarie il concreto sforzo del nostro Stato di dare seguito, ancorché parziale, alle contestazioni di inadempimento».

Ricordano motivatamente F. GHEZZI e M. VENTORUZZO, *La nuova disciplina delle partecipazioni dello stato e degli enti pubblici nel capitale delle società per azioni: fine di un privilegio?*, in *Riv. soc.*, 2008, p. 695 che già all'epoca dell'abrogazione dell'art. 2450 c.c. «il nostro legislatore...ben conosceva il procedimento che avrebbe portato la Corte di giustizia a rendere la sentenza nei confronti della compatibilità dei principi comunitari con l'art. 2449 c.c.» si che «già in questa sede si sarebbero potute apportare le modifiche all'art. 2449 c.c. con un intervento più organico e complessivo degli istituti in esame...».

Per un completo riesame della vicenda condotto in parallelo sia per la connessione sistematica delle norme codicistiche che in funzione dei problemi posti dalla «golden share» C. CAVAZZA, *op. cit.*, p.1197 ss.

³⁷ Per le origini del diritto dell'impresa del quale partecipava il sistema costituito dagli artt. 2458-2459 c.c. (con quest'ultima disposizione che ne rappresentava la norma di chiusura) v. V. DONATIVI, *Amministratori e sindaci di nomina pubblica nelle società per azioni* (ed. provv.), Milano, 2000, p. 9 ss. che ricorda sul punto le argomentazioni di G. MINERVINI, *Gli amministratori di società per azioni*, Milano, 1956, p. 40 e già in *Amministratori nominati dallo Stato o da enti pubblici*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1954, I, p. 712 ss. ed

formità alle regole comunitarie³⁸, del resto già rilevata in occasione della riforma delle società di capitali³⁹, ma per l'incapacità del legislatore (si spera solo transitoria) a superare gli ostacoli che si frappongono nel settore dei servizi pubblici locali ad una regolamentazione dell'attività delle società a partecipazione pubblica in funzione dei principi della concorrenza.

Sotto questo secondo aspetto, estremamente indicative sono le più recenti vicende legislative - tuttora in corso - che hanno interessato il settore.

Al primo intervento dalla riforma Bersani, inteso a stabilire pur con alcune incertezze l'impermeabilità tra mercato e autoproduzione di beni e servizio attraverso l'*in house providing*⁴⁰ e i vincoli per le so-

ora la documentata ricerca di C. MONTAGNANI, *Ideologia corporativa e controllo giudiziario sulle società di capitali*, Padova, 2008, p.202 ss.

³⁸ Corte di giustizia 6 dicembre 2007, C-463/04 e C-464/04, in *Giur. Comm.*, 2008, p.592 ss. con nota di I. DEMURO, *L'incompatibilità con il diritto comunitario della nomina diretta ex art. 2449 c.c.*, ivi, p.581 ss.; in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2008, p. 365, con nota di E.M. BARBIERI, *L'art. 2449, comma 1 davanti alla corte di giustizia*; E. PULCINI, *La privatizzazione dell'AEM di Milano ed il principio comunitario di libera circolazione dei capitali. Osservazioni alla sentenza della Corte di Giustizia delle Comunità europee*, 6 dicembre 2007, in *cause riunite C- 463/04 e C-464/04*, ivi, 2008, p. 568 ss.; ed ora ampiamente F. GHEZZI e M. VENTORUZZO, *op. cit.*, p. 686 ss. e C. IBBA, *Sistema dualistico e società a partecipazione pubblica*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, I, p. 578 ss.

Per una ricostruzione delle scelte di «politica del diritto» alla base di diverse decisioni della Corte di giustizia (in particolare, oltre il caso AEM cit. v. le argomentazioni addotte nella causa C-112/05 sulla c.d. legge Volkswagen, in *Riv.it.dir.pubbl. comun.*, 2008, 383, con nota di F. GOISIS, *La natura delle società a partecipazione pubblica tra interventi della Corte europea di giustizia e del legislatore nazionale*) che non sempre hanno seguito le indicazioni dell'Avvocato generale cfr., con ampiezza di argomenti, G. C. SPATTINI, *"Vere" e "false" "golden shares" nella giurisprudenza comunitaria e la "deriva sostanzialista" della Corte di Giustizia, ovvero il "formalismo" del principio" della "natura della cosa": il caso Volkswagen e altro....* in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2008, p. 340 c ss.; P. PIZZA, *Società per azioni di diritto singolare, diritto comune delle società per azioni libera circolazione dei capitali: il caso Volkswagen*, ivi, 2008, p. 1177 ss.; T. AJELLO, *op. cit.*, p. 834.

³⁹ A. PERICU, *La gestione dei servizi pubblici locali in forma societaria: Profili privatistici*, in AA.Vv. *Studi in tema di forma societaria, servizi pubblici locali, circolazione della ricchezza imprenditoriale*, Torino, 2007, p. 195 ss. e già in *Commentario* a cura di G. Niccolini e A. Stagno d'Alcontres, III, Napoli, 2004, p. 1292 ss. e dello stesso A., *Gli organi nelle società "pubbliche"*, in *Il nuovo diritto societario*, a cura di S. Ambrosini, Torino, 2005, P. 281 ss.

⁴⁰ A. ZIROLDI, *op. cit.*, p. 61. Parlano di «rottura» del mercato ottenuta con il regime degli affidamenti in house B. BOSCHETTI, A. D. CORTESI, R. MASARO e I. SEVERINO. *Servizi pubblici locali e tutela della concorrenza in Il diritto amministrativo dei Paesi europei tra omogeneizzazione e diversità culturale*, a cura di G. Falcon, Padova, 2005, p. 213; per un recente, articolato quadro di sintesi E. SCOTTI, *Servizi pubblici locali e ordinamento comunitario, in I servizi pubblici locali, op. cit.*, p. 35 ss.

cietà a partecipazione pubblica locale⁴¹, ha fatto seguito, sempre con il ricorso alla procedura d'urgenza (art. 23 bis l. 6 agosto 2008, n. 133, di conversione del d.l. 25 giugno 2008, n.112), la conferma del preesistente regime di deroga alle regole di affidamento ordinarie inducendo l'Autorità garante della concorrenza e del mercato a riproporre tutte le perplessità già formulate⁴².

Significativo dell'adeguamento alla nuova disciplina è l'art. 2 della legge regionale dell'Emilia Romagna del 30 giugno 2008, n.11 quando subordina la partecipazione della Regione alla società finanziaria Bologna metropolitana s.p.a. (B.U. n. 109 del 30 giugno 2008) alle condizioni «a) che possano essere soci esclusivamente enti pubblici o loro associazioni; b) che la regione eserciti sulle attività della società un controllo analogo a quello esercitato sulle proprie strutture; c) che il consiglio di amministrazione sia costituito da un numero massimo di componenti non superiore a tre ovvero a cinque qualora la società abbia un capitale superiore a 2.000.000.00 di euro interamente versati».

⁴¹ Parlano rispettivamente di norma che appesantisce e irrigidisce la struttura societaria C. VITALE, *op.cit.*, p. 100; del differente futuro che attende i soci privati delle società partecipate, M. CAMMELLI e M. DUGATO, *op. cit.*, p. 347 ss.; di una norma eminentemente organizzativa, D. FLORENZANO, *op. cit.*, p. 122.

⁴² Cfr. sul punto le osservazioni formulate dall'Autorità in data 24 luglio 2008 (AS457) sulle facoltà di deroga al principio dell'ordinario ricorso a «procedure competitive ad evidenza pubblica» che «da un lato riproducono le soluzioni vigenti del c.d. in house e del partenariato pubblico privato....e dall'altro non evitano il determinarsi di quelle situazioni di conflitto di interessi in capo agli enti pubblici controllori/azionisti dei gestori di servizi pubblici, già evidenziate in precedenti segnalazioni» (AS375 del 14 dicembre 2006).

Per un primo inquadramento dei temi richiamati dalla formula del «partenariato pubblico-privato», comprensiva di una molteplicità di situazioni «dalle società miste tra pubblico e privato per la gestione di servizi pubblici, alle società di trasformazione urbana, alle concessioni, alla finanza di progetto» R. DIPACE, *Partenariato pubblico privato e contratti tipici*, Milano, 2006, p. 3 ss.; E. SCOTTI, *Organizzazione pubblica e mercato: società miste, in house providing e partenariato pubblico e privato*, in *Foro amm. -Cons. Stato*, 2003, p. 915 e ss.; in particolare per la disciplina degli appalti cfr. M.A. SANDULLI, *Il partenariato pubblico-privato e il diritto europeo degli appalti e delle concessioni: profili di tutela*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2005, p. 168 ss.; A. MASSERA, *Il partenariato pubblico-privato e il diritto degli appalti*, *ivi*, p. 1220 ss.

Tiene conto dell'evoluzione della giurisprudenza la Comunicazione interpretativa della Commissione del 5 febbraio 2008 sull'applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblico-privati istituzionalizzati (2008/ C-91/02 in G.U. n. C091 del 12 aprile 2008, pubblicata in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2008, p. 166 ss., da cui si cita) quando sottolinea che l'obbligo di trasparenza «implica...che l'amministrazione aggiudicatrice includa nel bando di gara o nel capitolato d'oneri informazioni di base sull'appalto pubblico o sulla concessione da aggiudicare, sullo statuto di tale entità, sul patto tra azionisti e su tutti gli altri elementi che regolano, da un lato, il rapporto contrattuale tra l'amministrazione aggiudicatrice e il partner privato e, dall'altro, il rapporto tra l'amministrazione aggiudicatrice e l'entità a capitale misto da costituire». (corsivo aggiunto).

Più precisamente nel quadro di un complesso di norme dettate «per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica...» (comma terzo, art. 23 bis cit) era stata conferita al Governo la delega per disciplinare in via regolamentare, «l'osservanza da parte delle *società in house* e delle società a partecipazione mista pubblica e privata» dei criteri per l'affidamento dei servizi pubblici locali (art. 23 bis, comma decimo) con una latitudine del regime di deroga talmente ampia da richiamare nella loro interezza i problemi già emersi.

Nella stessa sede è stato altresì abrogato l'art. 113 del testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali che prevedeva la possibilità per gli enti locali di scegliere tra più modelli di gestione, «nelle parti incompatibili» con la nuova disciplina.

Contestualmente all'approvazione del nuovo regime, quasi come riconoscimento della sua insufficienza a risolvere i problemi del settore, era stato presentato, sempre da parte del governo, un disegno di legge (Camera dei deputati n. 1441 bis, 5 agosto 2008) comprensivo della delega per la riforma dei servizi pubblici locali (art. 21) che conteneva norme che potevano avere interesse - se ne fosse stato confermato il carattere innovativo - per il tema delle società a partecipazione pubblica per i servizi locali.

Nella versione iniziale il disegno di legge, dopo aver previsto (art. 21 comma secondo, lett.a) che «l'affidamento delle nuove gestioni e il rinnovo delle gestioni in essere dei servizi pubblici locali di rilevanza economica» doveva avvenire con procedure competitive ad evidenza pubblica nella scelta del gestore, consentiva di derogare con decreto legislativo a questo canone in presenza di situazioni locali che «per le peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche» non permettessero «un efficace e utile ricorso al mercato», stabilendo «l'affidamento a società a capitale interamente pubblico, che abbiano i requisiti richiesti dall'ordinamento comunitario per la gestione *in house*» (lett. b) comma secondo art. 21 cit.).

Anche in questo caso era previsto che le società destinatarie della

Successivamente alla pubblicazione della legge v. la comunicazione della stessa Autorità sull'applicazione dell'art. 23 bis, comma terzo quando conclude, significativamente (pt. 8), in ordine agli effetti del parere reso a seguito della richiesta dell'ente locale, di ritenere «l'ente locale ... chiamato a tenere *nella dovuta considerazione* le valutazioni espresse nel parere rilasciato».

deroga non potessero «svolgere servizi o attività per altri enti pubblici o privati, né direttamente né tramite loro controllanti o altre società ... da esse controllate o partecipate anche in forma diretta, né partecipando a gare» (art. 21, lett. e), comma secondo).

In alternativa, era ammessa (lett. c) la possibilità di disporre eccezionalmente «l'affidamento diretto a società a partecipazione mista pubblica e privata» non solo nei casi indicati dalla lett. b.) ma, «se necessario per particolari situazioni di mercato secondo modalità di selezione e di partecipazione dei soci pubblici e privati direttamente connesse alla gestione e allo sviluppo degli specifici servizi pubblici locali oggetto dell'affidamento, ferma restando la scelta dei soci privati, mediante procedure competitive nelle quali siano già stabilite le condizioni e le modalità di svolgimento del servizio» con la conseguente incidenza sulle regole di diritto comune.

La formula proposta sembrava aver ripreso l'orientamento dell'Adunanza plenaria del Consiglio di stato per evitare che il ricorso allo strumento della società mista potesse dar luogo «ad abusi, avendo spesso costituito un espediente per aggirare la regola dell'affidamento dei servizi sulla base di una procedura competitiva»⁴³.

⁴³ Su questo punto va condiviso l'orientamento del Consiglio di stato espresso prima nel parere n. 456 del 18 aprile 2007 della seconda sezione e poi parzialmente fatto proprio nella dall'Adunanza plenaria n. 1 del 3 marzo 2008 commentata da R. CARANTA, *Ancora in salita per le società miste*, in *Giorn. dir. amm.*, 2008, p. 1120 e da G. PIPERATA, *Modelli societari e compiti pubblici: un connubio all'insegna dell'incertezza*, ivi, p. 1126 ss.; M. CHIAPPETTA, *Società miste e affidamenti in house al vaglio del Consiglio di stato.....aspettando il Legislatore*, in *Mercato concorrenza regole*, 2008, p. 373 e ss.

L'adunanza plenaria esaminando la soluzione della necessità di una gara che, contestualmente alla scelta del socio, fosse in grado di definire a) i criteri per l'affidamento del servizio, b) di prevedere il rinnovo della procedura di selezione «alla scadenza del periodo di affidamento» per evitare un «socio stabile» e la conseguente contrazione del mercato, c) di precisare le modalità per la sua uscita quando al termine del periodo di affidamento non risulti aggiudicatario della successiva gara, ha tuttavia escluso che essa possa rappresentare un modello generale.

L'affermazione della «fungibilità tra contratto di appalto e contratto sociale» per la necessità che la gestione del servizio venga prevista allorché si costituisce la società», oltre ad esprimere «una delle possibili soluzioni» dei problemi connessi «alla costituzione delle società miste e all'affidamento del servizio.....nel rispetto del principio di concorrenza, nonché nella ricerca di contemperare le esigenze di cooperazione tra settore pubblico e privato con quelle di tutela della concorrenza», corrisponde, come è stato subito osservato (R. CARANTA, *op.cit.*, p.1125), per la rilevanza riconosciuta ai principi della trasparenza e della concorrenza, al più recente orientamento della Commissione nella comunicazione interpretativa del 5 febbraio 2008.

La possibilità di acquisire la gestione di servizi diversi o in ambiti territoriali diversi era infine esclusa (lett. f) sia «per i soggetti titolari della gestione di servizi pubblici locali non affidati mediante procedure competitive ad evidenza pubblica» sia nei confronti delle «imprese partecipate da enti locali, affidatarie della gestione di servizi pubblici locali, qualora usufruiscano di forme di finanziamento pubblico diretto o indiretto, fatta eccezione per il ristoro degli oneri connessi all'assolvimento degli obblighi di servizio pubblico derivanti dalla gestione di servizi affidati secondo procedure ad evidenza pubblica, ove evidenziati da sistemi certificati di separazione contabile e gestionale».

L'art. 21, pur presentando nella sua stesura ancora alcune anomalie come la ripetizione letterale non giustificata di norme appena introdotte, poteva rappresentare l'occasione per una discussione volta ad esaltare nella redazione definitiva della norma gli effetti nell'affidamento

Di obiettivo interesse in questa prospettiva sono le indicazioni di carattere pragmatico fornite dalla Commissione sia per evitare il ricorso alla doppia procedura (la prima per la selezione del partner privato, la seconda per l'aggiudicazione dell'appalto pubblico o della concessione) considerata «difficilmente praticabile» che per garantire le procedure di gara «necessarie a seguito di importanti modifiche o proroghe di appalti pubblici o concessioni già aggiudicati all'entità a capitale misto dall'amministrazione aggiudicatrice che l'ha costituita».

Nel primo caso si suggerisce di procedere con la selezione del partner privato «nell'ambito di una procedura trasparente e concorrenziale, che ha per oggetto sia l'appalto o la concessione da aggiudicare all'entità a capitale misto, sia il contributo operativo del partner privato all'esecuzione di tali prestazioni e/o il suo contributo amministrativo alla gestione dell'entità a capitale misto» (p.to 2.2); nel secondo, si sottolinea (p.to 3), dopo aver ricordato che «in diritto comunitario l'entità a capitale misto è libera, come qualsiasi altro operatore economico, di partecipare a gare di appalto pubbliche.....» la «particolare attenzione» che l'amministrazione «deve prestare all'obbligo di trasparenza e di parità di trattamento di tutti gli offerenti», il cui rispetto è reso possibile solo dall'adozione di «misure di salvaguardia specifiche» in grado di «garantire una netta separazione tra le persone che predispongono il bando di gara e decidono l'aggiudicazione dell'appalto in seno all'amministrazione aggiudicatrice e quelle a cui è affidata la gestione del PPPI c per impedire la trasmissione di informazioni riservateall'entità a capitale misto» da parte della stessa amministrazione.

In applicazione dei principi fissati dall'Adunanza plenaria la sez. VI con decisione n. 4603 del 23 settembre 2008 ha ritenuto illegittima una procedura per la «indeterminatezza dei compiti che la nuova società sarà chiamata ad assolvere, in definitiva, *nella mancata identificazione dei concreti compiti operativi collegati all'acquisto della qualità di socio*» (corsivo aggiunto). Per la conferma del carattere «immanente nell'ordinamento del (il) principio dell'evidenza pubblica ogni qualvolta occorre individuare un operatore privato al quale affidare attività per conto e nell'interesse dell'amministrazione», v. da ultimo la decisione del 28 ottobre 2008, sez. V, n. 11174.

dei servizi locali dell'espressa conferma del rispetto della concorrenza.

Tuttavia all'atto dell'approvazione del testo dell'articolato da parte della Camera dei deputati (2 ottobre 2008, Atto Camera 1441.bis A), il riferimento specifico risulta soppresso sì che al momento per la disciplina delle società in house si deve ancora tener conto di una normativa che, pur operando, come era stato osservato, in «un'ottica del legislatore...capovolta rispetto a quella alla base dell'art. 113 d. lgs 267/2000»⁴⁴ appare ancora caratterizzata dall'idea di una piena disponibilità delle società «interne» che giustifica «qualsiasi ingerenza pubblica»⁴⁵, tale da riproporre i dubbi e le riserve sulla sua compatibilità comunitaria⁴⁶.

3. Le società per azioni con partecipazione pubblica nella riforma dell'art. 2449 c.c.

È dunque tenendo presente queste premesse che vanno considerati per le società a partecipazione pubblica locale non soggette ad un controllo «analogo», oltre i profili emersi in occasione della riforma delle società di capitali (ad esempio in materia di competenze gestorie)⁴⁷, i problemi posti dalla riforma dell'art. 2449 c.c.

Se la nuova disciplina conferma il loro assoggettamento alle regole del diritto comune societario⁴⁸ e l'utilizzazione degli strumenti of-

⁴⁴ C. VOLPE, *op.cit.*, p.1409 ed ivi un'ampia illustrazione dell'orientamento del Consiglio di Stato. Si esprime per la coerenza dell'art. 23 bis con l'ordinamento comunitario F. GIGLIONI, *L'accesso al mercato nei servizi di interesse generale (Una prospettiva per riconsiderare liberalizzazioni e servizi pubblici)*, Milano, 2008, p. 106 ss., anche se riconosce che «il quadro normativo si presenta molto complesso e non di facile composizione».

⁴⁵ G. NAPOLITANO, *Le società pubbliche tra vecchie e nuove tipologie*, in *Riv. soc.*, 2006, p.1013.

⁴⁶ Da ultimo I. DEMURO, *op. cit.*, p.791; R. OCCHILUPO, *L'ordinamento comunitario, gli affidamenti in house e il nuovo diritto societario*, in *Giur. comm.*, 2007, II, p. 83 ss.: D. D'ALESSANDRO, *Affidamenti in house in senso ampio: la Corte mette in crisi l'idea della neutralità dello strumento societario*, in *Serv. pubbl. app.*, 2006, p. 103 ss.

In questa chiave di lettura di particolare interesse sono le osservazioni di F. BÉROUJON, *Le recul de l'établissement public comme procédé de gestion des services publics*, e di S. NICINSKI, *La transformation des établissements publics industriels et commerciaux en sociétés*, in *Rev. fr. droit adm.*, 2008, rispettivamente p. 26 ss. e p. 35 ss. nell'ambito di una ricerca dedicata alla trasformazione del servizio pubblico.

⁴⁷ A. GUACCERO, *Alcuni spunti in tema di governance delle società pubbliche dopo la riforma del diritto societario*, in *Riv. soc.*, 2004, p. 843 ss.; C. IBBA, *Società pubbliche e riforma del diritto societario*, in *ivi*, 2005, p. 5 ss.

⁴⁸ Per il precedente regime, con specifico riguardo alle società partecipate dagli enti

ferti dalla riforma delle società di capitali⁴⁹ non si deve trascurare la delicatezza di alcuni dei problemi posti dal nuovo art. 2449 c.c.

La riforma della disposizione, non solo non ha tenuto conto di tutte le indicazioni che si potevano trarre dalla decisione della Corte (v. ad esempio i possibili sviluppi nel giudizio di non conformità dell'art. 2449 c.c. dell'assenza di una qualsiasi «condizione» atta a giustificare la facoltà del socio pubblico)⁵⁰, ma con una normativa per più aspetti disattenta ai problemi del coordinamento nel sistema, ha confermato la tendenza di un legislatore che se «con sempre maggiore frequenza cerca di adeguarsi alla giurisprudenza comunitaria» ex post, lo fa, come in questo caso, con delle disposizioni considerate «fantasiose»⁵¹ o «complesse o poco intelligibili», suscettibili nella loro ambiguità «di molteplici interpretazioni, nessuna delle quali... pienamente soddisfacente»⁵² o comunque espressione di una «legislazione ormai sempre più disastrosa e dissestata»⁵³.

In effetti stupisce la sommarietà dell'art. 2449 c.c. quando la stessa relazione che aveva accompagnato l'abrogazione dell'art. 2450 c.c. (art. 3, comma primo l. 6 aprile 2007, n. 46) aveva sottolineato la rilevanza delle conclusioni dell'Avvocato generale e le ben più vaste implicazioni di una modifica della norma che avrebbe coinvolto, per la presenza di società

pubblici locali, oltre F. GALGANO op.cit., 459 cfr. *ex multis*, senza pretesa di completezza, oltre la dottrina commercialistica già ricordata *op. cit.*, nel tempo prima della riforma del 2003, i contributi di P. PIRAS, *Servizi pubblici locali e società a partecipazione comunale*, Milano, 1994, p. 67 ss.; M. CAMMELLI, *La società per azioni a partecipazione pubblica locale in Servizi pubblici locali e nuove forme di amministrazione*, Milano, 1997, p. 144 ss.; G. DI GIANDOMENICO, *Le s.p.a. miste tra servizi ed opere pubbliche*, in *Le società miste locali per la gestione dei pubblici servizi*, a cura di G. Di Giandomenico, R. Fagnano e G. Ruta, Napoli, 1997, p. 17 ss.; V. OTTAVIANO, *Le società miste per i servizi locali*, in *Atti del convegno di Messina del 22-23 novembre 1996*, a cura di F. TRIMARCHI, Milano, 1999, p. 5 ss. e ivi specialmente le relazioni di G. PERICU, G. F. CAMPOBASSO, P. AABBADESSA, G. MORBIDELLI e R. DI RAIMO, *Diritto comune societario e diritto delle società miste locali: profili generali*, in *Nuovi strumenti giuridici nelle autonomie locali (Le società miste e il lavoro regionale)* a cura di G. LISELLA e L. ZOPPOLI, Napoli, 2000, p. 22 ss.; G. DI GASPARE, *Servizi pubblici locali in trasformazione*, Padova, 2001, p. 45 ss.; M. DUGATO, *Le società per la gestione dei servizi pubblici locali*, Milano, 2001, p. 68 ss.

⁴⁹ M. LAMANDINI, *op. cit.*, p.541 ss.; F. GUERRERA *op.cit.*, p. 684 ss.; R. WEIGMANN, *op.cit.*, p. 4071 ss. ; M. DE ACUTIS, *op.cit.*, p. 51 ss.

⁵⁰ Corte giust. 6 dicembre 2007, causa C. 463/04 cit. sub p.to 42.

⁵¹ I. DEMURO, *op.cit.*, p.592.

⁵² F. GHEZZI e M. VENTORUZZO, *op. cit.*, p. 672 ss.

⁵³ C. IBBA, *op. cit.*, p. 592.

quotate in borsa, «gli assetti di società operanti nel vitale settore dei servizi pubblici locali, con le intuibili ricadute sul mercato....», con un significativo richiamo proprio al contenzioso AEM allora pendente.⁵⁴

Sotto altro profilo l'aver articolato l'art. 2449 c.c. con regimi diversi, a seconda che la partecipazione pubblica ricorra in società chiuse, che non facciano ricorso al mercato dei capitali di rischio, e società aperte, se corrisponde - anche se la distinzione non era contenuta nella decisione della Corte di giustizia -⁵⁵ all'attuale evoluzione del diritto delle società per azioni, conferma l'esclusione delle società a r.l. dall'ambito di applicazione della nuova normativa⁵⁶ in corrispondenza alle diverse articolazioni del suo schema organizzativo rese possibili dalla riforma delle società di capitali⁵⁷.

La s.r.l. infatti, oltre ad essere stata riconosciuta un interessante modello organizzativo per la «società in house» per i particolari diritti che possono essere conferiti ai soci e per la ripartizione di competenze con l'organo amministrativo⁵⁸ era già stata individuata come una formula organizzativa particolarmente appropriata proprio per alcune società pubbliche quali le società operanti nei servizi pubblici locali⁵⁹.

La maggiore flessibilità della sua organizzazione permette infatti di adattare la struttura amministrativa e gestoria alle esigenze del caso concreto e di ricercare le soluzioni più rispondenti ai diversi interessi presenti nelle società a capitale misto come nel caso del conferimento di opere e servizi⁶⁰ la cui soluzione alternativa è rappresentata nelle società per azioni (art. 2346 c.c., sesto comma) dall'emissione

⁵⁴ F. GHEZZI e M. VENTORUZZO, *op. cit.*, p. 695. Per le precedenti vicende della «golden share» comunale presenta spunti di interesse ancora attuale l'indagine su «Evoluzione, arrualità e prospettive del processo normativo» del V Centro studi Nuova ricerca in *Le liberalizzazioni e le privatizzazioni dei servizi pubblici locali* a cura di A. Quadrio Curzio e M. Fortis, Bologna, 2000, p. 117 ss.

⁵⁵ Condivide l'osservazione A. TINA, *L'esonero da responsabilità degli amministratori di s.p.a.*, Milano, 2008, p.119.

⁵⁶ I. DE MURO, *op. cit.*, p. 592; F. GHEZZI e M. VENTORUZZO, *op. cit.*, p. 697.

⁵⁷ M. COSSU, *op. cit.*, p. 627.

⁵⁸ A. CALLEA e V. CARIDI, *Diritto societario e in home providing*, di prossima pubblicazione in *RdS*.

⁵⁹ C. IBBA, *op.cit.*, p. 11 ss.; I. DEMURO, *Le decisioni dei soci sugli argomenti sottoposti alla loro approvazione nella sr.l.*, Milano, 2008, p. 78 ss.

⁶⁰ M. ONZA, *L'apporto d'opera e servizi nelle società di capitali (Struttura e funzioni)*, Padova, 2008, p. 96 ss.

degli strumenti finanziari partecipativi (*infra* sub n.6).

4. Deroa al diritto comune e società che non fanno ricorso al mercato del capitale di rischio

Nel sistema che si viene delineando, ma che con tutta probabilità non è ancora pervenuto ad una formulazione definitiva sia per la necessità di correggere alcune contraddizioni che emergono dalla lettura dell'art. 2449 c.c. non superabili in sede d'interpretazione sia per il possibile intervento della Corte costituzionale e del giudice comunitario sul nuovo regime di responsabilità degli amministratori delle società partecipazione pubbliche (art. 16 bis l. 28 febbraio 2008, n. 31)⁶¹, punto di partenza è la diversa soluzione offerta per la nomina diretta e l'esercizio di diritti amministrativi da parte del socio pubblico a seconda che le società ricorra o meno al mercato del capitale di rischio.

⁶¹ Pur operando in diversa prospettiva è questa la conclusione cui pervengono M. A. SANDULLI, *L'art. 16 bis del decreto mille proroghe sulla responsabilità degli amministratori e dipendenti delle s.p.a. pubbliche: restrizione o ampliamento della giurisdizione della Corte dei conti? (ovvero: l'effetto perverso delle norme last minute) in Federalismi.it*, n. 5/2005, newsletter@federalismi.it che parla di un intervento «a gamba tesa» del legislatore nel dibattito in corso e di E. F. SCHLITZER, *Il regime giuridico della responsabilità degli amministratori e dipendenti delle s.p.a. a partecipazione pubblica e l'art. 16 bis del c.d. mille proroghe (d.l. 31/12/2007 n. 248 convertito in legge 28/02/2008 n.31)*, *ivi*, n. 10/2008.

Osserva anche l'arbitro unico di Torino nel lodo arbitrale del 15 luglio 2008 (arbitro Cagnasso) in *Società* 2008, p. 1276 con commento adesivo di V. SALAFIA che una lettura della norma che, per "il contesto in cui è inserita, rappresenta un segmento tra i tanti della legge cosiddetta «Mille proroghe», non è suscettibile di un'interpretazione sistematica che se fosse intesa «...come diretta a rendere operante la sola responsabilità amministrativa nel caso di società per azioni con partecipazione maggioritaria degli enti pubblici si potrebbe porre in contrasto con i principi stabiliti dalla Costituzione...».

Osserva da ultimo C. IBBA, *op. cit.*, p. 586 - e non si può non convenire con la sua argomentazione - che «se viola l'art. 56 del Trattato CE la previsione statutaria della nomina pubblica di alcuni amministratori, in quanto idonea a disincentivare eventuali investitori, ... pare davvero difficile considerare legittima una disciplina della responsabilità così squilibrata a danno dei soci privati (oltre che dei creditori sociali), tale dunque da scoraggiare ancor più i potenziali investitori; e ciò al di fuori di ogni parametro di necessità, adeguatezza, proporzionalità».

Per una prima panoramica del contrasto di opinioni nella situazione precedente v. per una sintesi G. DELLA CANANEA, *Responsabilità degli amministratori delle società pubbliche e regole di concorrenza*, in *RdS*, 2007, p. 49 ss. e i contributi pubblicati in *Responsabilità amministrativa e giurisdizione contabile (ad un decennio dalle norme)*, *Atti del LI Convegno di studi di scienza dell'amministrazione*, Milano, 2006, *passim*.

Più precisamente, mentre per le società chiuse è stata introdotta una disciplina della nomina extra- assembleare di amministratori e di componenti degli organi di controllo «proporzionale alla partecipazione al capitale sociale» (art. 2449, primo comma), per le società che fanno ricorso al mercato dei capitali di rischio dopo l'affermazione, apparentemente superflua «si applicano le disposizioni del sesto comma dell'art. 2346», viene riconosciuto al consiglio di amministrazione il potere di «proporre all'assemblea che delibera con le maggioranze previste per l'assemblea ordinaria che i diritti amministrativi previsti dallo statuto a favore dello Stato o degli enti pubblici siano rappresentati da una particolare categoria di azioni» (art. 2449, quarto comma).

L'aver omesso di valutare nel nuovo regime l'argomentazione della Corte di giustizia⁶², tenendo conto solo del problema di compatibilità comunitaria considerato in sede di rinvio pregiudiziale, fa sì che non vi sia perfetta corrispondenza fra il contenuto della decisione nei confronti degli ostacoli *comunque* posti dall'art. 2449 c.c. all'azionista che intenda acquisire influenza sulla gestione della società e la previsione, nello statuto delle società chiuse, della facoltà di nomina diretta di amministratori o sindaci in una rappresentanza proporzionale «alla partecipazione al capitale sociale» ma avulsa da una considerazione delle sue conseguenze nell'ambito delle regole del diritto comune delle società.

La scelta, anche se giustificabile con ogni probabilità come un tentativo di salvare la parte centrale della precedente disciplina dato che le società chiuse rappresentano «la quasi totalità delle imprese» a partecipazione pubblica che hanno adottato il regime della nomina diretta⁶³, fa emergere una situazione di estrema delicatezza aggravata dalla mancata previsione di una norma transitoria necessaria per agevolare il passaggio dal vecchio al nuovo sistema.

Quanto a quest'ultimo profilo, a differenza di quanto previsto per le società che ricorrono al mercato del capitale di rischio dove una disciplina transitoria regola, sia pur con ulteriori interrogativi, l'applicazio-

⁶² Per una dimostrazione dell'assunto sia consentito sul punto rinviare a F. SANTONASTASO, *Le società di diritto speciale nel Trattato di diritto commerciale* diretto da V. Buonocore, Torino, 2009, p.502 ss.

⁶³ F. GHEZZI e M. VENTORUZZO, *op. cit.*, p. 697 che, dopo aver formulato per completezza d'indagine l'ipotesi che il legislatore abbia tenuto in considerazione la disciplina di diritto comune delle società aperte di tutela per gli azionisti minoritari con la previsione del voto di lista, osservano che questo sistema «è cosa ben diversa dal garantire un potere, ancorché limitato, di nomina e soprattutto di revoca diretta...».

ne del nuovo regime, l'inserimento nello statuto delle società chiuse della facoltà per la componente pubblica di nominare in via extra-assembleare «un numero» di amministratori, sindaci e componenti del consiglio di sorveglianza «proporzionale alla partecipazione al capitale», non è integrato da alcuna disposizione per agevolare il passaggio delle situazioni pendenti dalla vecchia alla nuova disciplina.

Ciò significa che nell'identificare le conseguenze di tale omissione si deve tener conto non solo della «intima essenza» del principio di proporzionalità⁶⁴ al quale si riferisce il nuovo art. 2449 c.c., primo comma per giustificare il regime della nomina diretta ma anche del suo valore «esponenziale»⁶⁵ per evitare che si ripetano gli effetti stigmatizzati dalla Corte di giustizia nel caso AEM (p.ti 34-37).

4.1. Proporzionalità e principio di maggioranza

In questa prospettiva potrebbe essere superata, con un'interpretazione della norma che tenga conto anche dell'argomentazione della Corte, una prima critica formulata all'art. 2449 c.c, perché permetterebbe ancora di eludere il vincolo comunitario se alla nomina diretta effettuata nel rispetto del principio di proporzionalità facesse seguito l'esercizio del diritto di voto in assemblea del socio pubblico con le azioni di cui è titolare⁶⁶.

Al riguardo, se il timore va condiviso per il contrasto che si realizzerrebbe con le esigenze di una proporzionalità da «analizzare in rapporto alla legittimità dell'esercizio dei poteri speciali nonché all'oppor-

⁶⁴ Per questa espressione v. F. CASUCCI, *Il sistema giuridico "proporzionale" nel diritto privato comunitario*, Napoli, 2001, p. 42 ss.; sul principio di proporzionalità, senza pretesa di completezza, cfr. D. U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, 1989, p.11 ss. in riferimento alle componenti che lo caratterizzano della idoneità, della necessità e della proporzionalità in senso stretto e da ultimo in *Principio di proporzionalità e giudice amministrativo*, in nota a Tar-Lazio 25 gennaio 2007, in *Foro amm.-Tar*, 2007, p. 595 ss. sul mancato scrutinio di proporzionalità di una misura adottata dall'amministrazione; A. SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, 1998, p. 359 ss.; F. TORIELLO, *I principi generali del diritto comunitario*, Milano, 2000, p. 264 ss. In particolare, sulla normativa nazionale in tema di poteri speciali dettati «al fine di garantire la proporzionalità delle misure adottate» v. G.C. SPATTINI, *Poteri pubblici dopo la privatizzazione (Saggio di diritto amministrativo dell'economia)*, Torino, 2006, p. 242 ss.

⁶⁵ F. CASUCCI, *op. cit.*, p.336.

⁶⁶ Ha rilevato I. DEMURO, *op.cit.*, p.593, che «non si è tenuto conto del fatto che in capo al socio pubblico rimarrebbero anche gli ordinari diritti sociali che, sommati a quelli speciali farebbero venir meno la proporzionalità che, in ogni caso, è un qualcosa di diverso rispetto al censurabile ingiustificato controllo sproporzionato».

tunità» del loro utilizzo⁶⁷, non si possono trascurare le incongruità, già messe in evidenza, cui si perverrebbe con un'interpretazione che per evitare un controllo «sproporzionato» del socio pubblico, concludesse che una volta esercitata la facoltà di nomina diretta lo stesso non possa «poi votare in occasione delle delibere di nomina e revoca della parte restante di componenti degli organi di amministrazione e controllo della società partecipata»⁶⁸.

Restringere in questo modo la libertà di operare del socio pubblico significherebbe considerare il principio di proporzionalità non più come la «premessa che adegua l'intervento regolatore dello Stato all'obiettivo perseguito»⁶⁹ rappresentando il necessario limite nell'esercizio dei poteri speciali ma si discriminerebbe il socio pubblico qualora si escludesse il concorso con il regime della nomina diretta dei criteri ordinari, quando siano compatibili, nella loro applicazione complessiva, con il rispetto del principio di proporzionalità.

Impedire l'applicazione del diritto comune delle società in una scelta coordinata con l'esercizio dei poteri speciali condotta nell'osservanza del principio di proporzionalità significherebbe far prevalere una regola intesa a garantire la correttezza di un procedimento di eccezione su una regola sostanziale di diritto comune (ad esempio quando vi sia una maggioranza pubblica) con la conseguenza di non permettere di applicare nelle società chiuse il principio maggioritario⁷⁰.

Vero è che se per questo profilo non va escluso un ulteriore esame della Corte di giustizia in quanto il nuovo art. 2449 c.c. «rende proporzionale rispetto alla partecipazione non il *diritto di voto*, com'è nel diritto comune, bensì il *diritto di nomina*, consentendo al socio pubblico minoritario la no-

⁶⁷ È questa l'argomentazione della Commissione nel ricorso presentato contro l'Italia sull'esercizio dei diritti speciali il 13 luglio 2007 (causa C-326/07) come ricordato nelle conclusioni dell'avvocato generale Dámaso Ruiz -Jarabo Colomer del 6 novembre 2008 (p.to 27).

⁶⁸ Indicative delle diverse soluzioni sono gli esempi utilizzati da F. GHEZZI e M. VENTORUZZO, *op. cit.*, pp. 699 – 702.

⁶⁹ V. le conclusioni dell'avvocato generale cit. *supra* quando, dopo aver ricordato (p.to 42) per dottrina italiana il contributo di D. U. GALETTA (*op.cit.*, p. 103 ss.) non manca di precisare: «quando si tratta di valutare la compatibilità con il Trattato di normative nazionali che interferiscono con le libertà fondamentali, il principio di proporzionalità si fa promotore dell'integrazione dei mercati e la Corte di giustizia lo applica in maniera rigorosa che nel caso delle norme emanate dalle istituzioni comunitarie».

⁷⁰ V. l'esemplificazione utilizzata da F. GHEZZI e M. VENTORUZZO, *op. cit.*, pp. 699-702.

mina di amministratori che altrimenti sarebbe stata appannaggio dell'assemblea e, quindi, dei soci di maggioranza» (corsivi originari)⁷¹, occorre allo stato cercare di dare un contenuto effettivo alla norma riformata nel rispetto dell'indirizzo tracciato dallo stesso giudice comunitario.

Se il criterio di fondo del nuovo art. 2449 c.c è impedire, in applicazione del principio di proporzionalità, che il socio pubblico possa «godere» in un regime di specialità «di un potere di controllo sproporzionato rispetto alla sua partecipazione nel capitale» della società, come ha affermato la Corte di giustizia, sembra più rispettosa delle regole generali un'interpretazione intesa ad evitare l'anomalia di segno opposto che si realizzerebbe negando all'azionista pubblico di integrare l'applicazione del criterio in deroga con altri strumenti (ad esempio voto di lista), utilizzando in modo improprio il principio di proporzionalità il cui fine è diverso: impedire al socio pubblico «ex ante, e cioè a prescindere dall'esito delle votazioni, di nominare la maggioranza degli amministratori»⁷².

Con un'interpretazione forse «ortopedica» ma rispondente alla ratio dell'attuale art. 2449 c.c., la facoltà riconosciuta dallo statuto al socio pubblico di indicare - pur con le accennate riserve - un certo numero di amministratori con la tecnica della nomina diretta non dovrebbe escludere, in presenza di un potere «speciale» di nomina esercitato dal socio pubblico per un numero di consiglieri inferiore a quanto sarebbe ammesso in sede di scrutinio di proporzionalità, che lo stesso socio possa ancora partecipare al procedimento assembleare nei limiti in cui il risultato complessivo della votazione e del regime in deroga corrisponda al principio di proporzionalità stesi.

A diversa conclusione si deve invece pervenire nel caso in cui la clausola dello statuto preveda per la nomina diretta un numero di amministratori già «pari» al quorum complessivo cui si perverrebbe in attuazione del principio di proporzionalità.

Alla tesi che sembra riconoscere anche in questo caso la partecipazione del socio pubblico al procedimento assembleare purché non si realizzi il «controllo sproporzionato» sanzionato dalla Corte di giustizia in quanto «non è detto....che una rappresentanza più che proporzionale dia luogo automaticamente ad un potere di controllo spropor-

⁷¹ C. IBBA, *op. cit.*, p. 579.

⁷² F. GHEZZI e M. VENTORUZZO, *op. cit.* p.701.

zionato»⁷³ si può infatti obiettare, anche concordando sulla correttezza dell'affermazione formulata con riguardo al diritto della concorrenza, che la nomina diretta da parte del socio pubblico «in misura proporzionale alla partecipazione al capitale sociale» ha esaurito la sua possibilità di partecipare al procedimento ordinario di nomina.

Ferma restando l'applicazione del principio maggioritario in caso di maggioranza pubblica il concorso entro questi limiti di un regime di nomina diretta e di un regime di nomina assembleare, sembra rispondere anche alle esigenze sottolineate dalla giurisprudenza comunitaria in tema di «golden share» ricordate - e non sembra a caso - proprio nella decisione AEM (p.to 41) quando sono state sottolineate, ancora una volta, nel corso di un processo di privatizzazione le «preoccupazioni che, a seconda le circostanze, possono giustificare che gli stati membri conservino una certa influenza sulle imprese inizialmente pubbliche e successivamente privatizzate, qualora tali imprese operino nei settori dei servizi di interesse generale o strategici».

4.2. Mancanza di una norma transitoria

L'assenza di una norma transitoria per adeguare gli statuti alla nuova disciplina e garantire la transizione delle situazioni pendenti al momento dell'introduzione della nuova regola⁷⁴ permettendo loro di «saldarsi con la vecchia o con la nuova o a maturare elementi dall'una o dall'altra⁷⁵ ha indotto a ritenere che la mancata modifica dello statuto comporti la «radicale nullità delle clausole» che prevedano un potere di nomina diretta più che proporzionale alla partecipazione sociale pubblica⁷⁶.

Nel valutare questa conclusione va ricordato che la pronuncia della Corte di giustizia resa ai sensi dell'art. 234 del Trattato vincola nel principio di diritto non solo il giudice remittente⁷⁷ ma, per riconosci-

⁷³ F. GHEZZI e M. VENTORUZZO, *op. cit.*, p. 699.

⁷⁴ Ma v. quanto osserva P. DAMIANI, *Le disposizioni transitorie (Studio sulla ragionevolezza dell'efficacia della legge nel tempo)*, Padova, 2008, p.144 ss.

⁷⁵ G. U. RESCIGNO, *Disposizioni transitorie* (voce), in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, p. 228.

⁷⁶ F. GHEZZI e M. VENTORUZZO, *op.cit.*, p. 703.

⁷⁷ Per tutti nella distinzione tra pronunce su questioni di interpretazione di norme comunitarie o di validità degli atti delle istituzioni, v. l'ordinanza 5 marzo 1986, causa 69/85, (Wunsche, sub p.to 13) e già per l'obbligatorietà delle pronuncia della Corte la sentenza 3 febbraio 1977, causa 52/76, (Benedetti), sub p.to 26.

Nel primo caso, pur essendo la decisione dichiarativa (la Corte «dit pour le droit»), essa oltre ad essere obbligatoria per il giudice di rinvio che vi si deve attenere, si

mento costante, «si impone con effetti *erga omnes*, nel senso che il principio o la disposizione di diritto comunitario devono essere da chiunque interpretati ed applicati così come indicati dalla Corte».

In particolare si aggiunge che qualora «dalla decisione risulti l'incompatibilità di una legislazione nazionale con il diritto comunitario, lo Stato membro interessato ha gli stessi obblighi di quelli risultanti a seguito di una sentenza che ne accerti l'inadempimento e quindi deve prendere tutte le misure necessarie a conformare il proprio ordinamento alla decisione, nonché all'occorrenza, a risarcire gli eventuali danni senza che si debba attendere la rimozione della norma da parte del legislatore»⁷⁸.

Se il riconoscimento della funzione «istigatrice»⁷⁹ della Corte di

impone con effetti *erga omnes* nel senso che il principio di diritto comunitario in causa deve essere interpretato ed applicato come indicato dalla Corte, almeno fino a quando, richiamata eventualmente in causa non ne fornisca una diversa interpretazione (Corte.giust. 20 settembre 2001, causa C-184/99).

In effetti, come ha da tempo chiarito la giurisprudenza comunitaria, «l'interpretazione di una norma di diritto comunitario fornita dalla Corte chiarisce e precisa il significato e la portata della norma stessa come deve o avrebbe dovuto essere intesa ed applicata sin dal momento della sua entrata in vigore» (v. tra le più risalenti v. le decisioni del 27 marzo 1980, causa C-61/79, p.to 16, del 2 febbraio 1988, cause C-309/85 e C-24/86 e più recentemente 10 febbraio 2000, causa C-50/96, p.tp 43 e 13 gennaio 2004, causa C-453/00, p.to 21).

Il principio, confermato nel nostro ordinamento dalla Corte costituzionale con le decisioni del 23 aprile 1985, n. 113, in *Foro. it.*, 1985, I, c. 1660 11 luglio 1989, n. 389, ivi, 1991, I, c. 1076, è stato ribadito dalla giurisprudenza della Cassazione che nelle decisioni del 28 marzo 1997, n. 2787, ivi, 1997, I, c. 3275 e del 3 ottobre 1997, n. 9653, in *Riv. dir. internaz.*, 1998, p. 250 ha affermato: «le statuizioni delle sentenze interpretative della Corte di giustizia della CEE, pronunciate in via pregiudiziale ai sensi dell'art. 177 hanno diretta e immediata applicazione nel nostro ordinamento interno e determinano l'effetto della non applicazione della legge nazionale dichiarata incompatibile con l'ordinamento comunitario».

Più in particolare qualora dalla decisione risulti l'incompatibilità di una norma nazionale con l'ordinamento comunitario, lo Stato membro ha gli stessi obblighi di quelli risultanti da una sentenza che ne abbia accertato l'inadempimento e deve adottare le misure necessarie per conformare il proprio ordinamento alla decisione come ha precisato da ultimo la stessa Corte con la sentenza del 21 giugno 2007, (cause riunite C-231 a C -233/06, p.ti 36 ss. e ivi richiami ai precedenti) sull'obbligo dei giudizi nazionali di disapplicare tutte le contrastanti disposizioni nazionali finché non sia stato posto rimedio alla accertata incompatibilità. i giudici nazionali.

⁷⁸ Per tutti R. ADAM e A. TIZZANO, *Lineamenti di diritto dell'Unione europea*, Torino, 2008, p. 313.

⁷⁹ C. JOERGES, *Il ruolo interpretativo della Corte di giustizia e la sua interazione con le corti nazionali nel processo di europeizzazione del diritto privato*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2000, p. 291 ed ora per un esame delle difficoltà incontrate nell'apertura dei sistemi nazionali,

giustizia, nell'assolvimento del suo ruolo di istituzione di garanzia per indurre gli Stati membri ad adottare i più efficaci strumenti normativi necessari per pervenire alla «massima compatibilità reciproca (tra) i diritti nazionali tra loro e tutti questi con quello comunitario»⁸⁰, esclude che le clausole statutarie non modificate possano continuare ad esplicare efficacia, la tesi della nullità si presta ad un'osservazione che, nell'alternativa tra nullità ed inefficacia, tiene conto dei diversi criteri con i quali può essere garantito dal legislatore nazionale l'interesse tutelato dalla normativa comunitaria.

Merita ricordare, sia pure in ambito diverso, ma sempre nel quadro degli interventi dettati per ovviare ad una situazione di conflitto tra condotta degli enti locali ed indirizzo del Patto di stabilità, la dichiarazione di inefficacia dei contratti stipulati per operazioni di ammortamento del debito e in strumenti derivati (comma 737 art. 1 l. 27 dicembre 2006, n. 296) non portati «prima della loro sottoscrizione» a conoscenza dell'amministrazione centrale.

In questo caso l'inefficacia è dettata non a tutela del solo interesse dell'amministrazione locale - che di per sé avrebbe giustificato il ricorso all'inefficacia relativa - ma del più generale interesse pubblico a coordinare «l'accesso al mercato dei capitali» delle amministrazioni locali «per contenere il costo dell'indebitamento e di monitorare gli andamenti della finanza pubblica» (art. 41 l. 28 dicembre 2001 n. 448, nell'ambito degli strumenti di gestione del debito pubblico)⁸¹.

Indicativa del diverso trattamento riservato in relazione alla natura degli interessi tutelati è un'altra fattispecie (art. 13, terzo comma l. 4 agosto 2006, n. 248) che nell'ambito di una normativa intesa alla «riduzione dei costi degli apparati pubblici regionali e locali e a tutela

in *Integrazione attraverso la de - giuridicizzazione? Un intervento interlocutorio*, ivi, 2008, specie p. 173 ss. Sulla funzione svolta dalla Corte cfr. G. TESAURO, *Diritto comunitario*, Padova, 2005, p. 216 ss.; A. TIZZANO, *La Corte di giustizia delle comunità europee e i diritti nazionali*, in *Dir. un. eur.*, 2005, p. 839 che ha ricordato come l'azione della Corte abbia «permesso che il rapporto tra ordinamenti comunitario e nazionale non assumesse carattere di alternatività e ancor meno di opposizione, ma si sviluppasse nel senso della ricerca della compatibilità e dell'osmosi tra i valori giuridici dell'uno e degli altri, in una dialettica che - sia pur in modo non sempre lineare - ha visto e vede quei sistemi adattarsi, integrarsi e condizionarsi a vicenda in uno scambio reciproco».

⁸⁰ A. TIZZANO, *op. cit.*, p. 843.

⁸¹ Su questa normativa F. SANTONASTASO "Patto di stabilità" e legge finanziaria 2007: riorganizzazione della pubblica amministrazione e istituti di diritto privato, in *Studi in onore di N. Lipari*, Milano, 2008, II, p. 2656 ss.

della concorrenza» (così almeno recita la rubrica), mentre prevede la nullità dei contratti stipulati in violazione (quarto comma) precisa che «perdono efficacia» i contratti «relativi alle attività non cedute o scorporate» nel periodo transitorio.

Il diverso trattamento, se conferma nel quadro di trasformazione del sistema le diverse funzioni assolve dalle tecniche della nullità e dell'inefficacia,⁸² appare fondato nel ricorso a quest'ultima nozione, considerata «ambigua, per i tanti significati che le sono stati attribuiti»⁸³, alla tutela di un interesse pubblico condotta nei termini di un'incompatibilità attuale di un comportamento non destinato ad incidere sugli effetti già prodotti,⁸⁴ in contrapposizione alla nullità dei contratti stipulati in violazione della norma.

La conferma, nell'attuale versione dell'art. 2449 c.c. (comma secondo) della regola che gli amministratori e sindaci nominati in sede extra - assembleare «possono essere revocati soltanto dagli enti» che hanno proceduto alla nomina diretta, giustifica in assenza di una norma che concreti la fase della «transizione» con la combinazione «di elementi precettivi ricavati dalla vecchia e/o nuova legge»⁸⁵, l'esercizio del potere di revoca sia in caso di mancato adeguamento allo statuto al principio di proporzionalità ovvero, quando esso sia stato adeguato, nei confronti degli amministratori designati in eccedenza al principio stesso⁸⁶.

5. L'art. 2449 c.c. e le società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio

La nuova disciplina, sia pure con alcune improprietà lessicali («società che fanno ricorso al capitale di rischio») indicative della fretta che

⁸² V. SCALISI, *Contratto e regolamento nel piano d'azione delle nullità di protezione*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, p.459ss. e già in *Invalitità e inefficacia. Modalità assiologiche della negozialità*, *ivi*, 2003, p. 210 ss.

⁸³ G. BENEDETTI, *La rescissione nell'orizzonte della fonte e del rapporto giuridico*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, p. 29 e in *La rescissione, Trattato di diritto privato* diretto da M. BESSONE, tomo VIII, Torino, 2007, p. 53 ss.

⁸⁴ V. SCALISI, *Nullità ed inefficacia nel sistema europeo dei contratti*, in *Il contratto e le tutele (Prospettive di diritto europeo)* a cura di S. MAZZAMUTO, Torino, 2002, p. 200.

⁸⁵ P. DAMIANI, *op. cit.*, p. 145.

⁸⁶ F. GHEZZI e M. VENTORUZZO, *op.cit.*, p.703; per l'operatività della regola dell'art. 2449 anche nei confronti dei componenti dell'organo di gestione cfr. la persuasiva ricostruzione di C. IBBA, *op. cit.*, p. 579.

ha caratterizzato la redazione del provvedimento⁸⁷, richiede un'analisi più articolata e non scevra da notevoli incertezze sia nella sua applicazione che nel coordinamento con la normativa comunitaria alla luce degli argomenti utilizzati dalla Corte di giustizia nella decisione AEM.

Le maggiori difficoltà conseguono al non aver tenuto nel dovuto conto delle potenziali aperture contenute nella sentenza quando la Corte, prima di affermare il contrasto con l'art. 56 del Trattato di una disposizione che consentiva al socio pubblico «di godere di un potere di controllo sproporzionato rispetto alla sua partecipazione nel capitale della società» (p.to 43), aveva sottolineato che «non può essere giustificata» (p.to 42) una norma che «non sottopone l'inserimento nello statuto di un diritto per lo Stato o per un ente pubblico... *a nessuna condizione*» (corsivo aggiunto).

La rilevanza di questo profilo, corrispondente all'impostazione della Corte sui limiti all'istituzione dei c.d. «poteri speciali» suggerisce di anticipare all'esame del nuovo sistema (art. 2449 c.c. quarto comma) alcune considerazioni sulla disposizione transitoria⁸⁸ che, per la sua contingente attualità e per alcune contraddizioni, rappresenta un primo banco di prova per inquadrare, fin dalla sua prima applicazione, la nuova disciplina dei «diritti amministrativi previsti dallo

⁸⁷ Considerano un refuso del testo legislativo, indicativo della fretta con cui il testo è stato redatto il rinvio alle società che «fanno ricorso al capitale di rischio» anziché di ricorso al mercato del capitale di rischio, F. GHEZZI e M. VENTORUZZO, *op. cit.*, p. 704. Conferma la sommarietà della redazione della norma, al di là dei problemi che si avvertono nella sua formazione (sui quali in via esemplificativa, quanto al metodo adottato, è sempre utile la lettura degli interventi in *La crisi della legislazione (studiosi e politici a confronto)*, a cura di C. Mignone, Padova, 1997, *passim*), la circostanza che anche se nel documento che ha accompagnato l'esame dell'art. 13, redatto dall'ufficio studi del Senato era contenuto espressamente il riferimento al «mercato del capitale di rischio» l'emendamento di modifica del Governo (13.50) si è limitato a precisare che al «comma 1, capoverso quarto, prima parte sopprimere le parole "mercato del" e "conseguentemente al comma 2, primo periodo sostituire le parole "fanno ricorso al mercato" con la seguente: ricorrono».

⁸⁸ Il testo della norma transitoria contenuta nell'art. 13 l 25 febbraio 2008, n. 34, comma secondo prevede: «Il consiglio di amministrazione, nelle società che ricorrono al capitale di rischio e nelle quali sia prevista la nomina di amministratori ai sensi dell'art. 2449 c.c., nei testo vigente anteriormente alla data di entrata in vigore della presente legge, adegua lo statuto entro otto mesi da tale data, prevedendo che i diritti amministrativi siano rappresentati da strumenti finanziari, non trasferibili e condizionati alla persistenza dello stato o dell'ente pubblico, ai sensi dell'art. 2346, sesto comma del codice civile. Scaduto il predetto termine di otto mesi, perdono efficacia le disposizioni statutarie non conformi alle disposizioni dell'art. 2449, come sostituito dal comma 1».

statuto a favore dello Stato o degli enti pubblici».

5.1. Regime transitorio: a) competenza del consiglio di amministrazione. b) Strumenti finanziari e «diritti amministrativi»

a) La prima osservazione nasce dall'aver individuato nel consiglio di amministrazione l'organo competente ad adeguare lo statuto «prevedendo che i diritti amministrativi siano rappresentati da strumenti finanziari non trasferibili e condizionati alla persistenza della partecipazione dello stato o dell'ente pubblico» (art. 13 cit., comma secondo).

Anche se la scelta è stata giustificata con la «natura necessaria delle modifiche imposte dalla legge»⁸⁹ essa non sembra andare immune da riserve se si tiene presente che la composizione del consiglio e degli organi di controllo, nominati secondo il precedente procedimento di nomina extra-assembleare, fa emergere l'esistenza di un conflitto d'interessi.

Si aggiunga, pur essendo la norma circoscritta alle sole società «nelle quali sia prevista la nomina di amministratori ai sensi dell'art. 2449 c.c.», ragioni di coerenza del sistema fanno ritenere che debba trovare applicazione anche nei confronti dei sindaci e i componenti il consiglio di sorveglianza nominati con il precedente sistema, con il conseguente intervento dell'assemblea.

Né sembra che l'omesso richiamo ai componenti l'organo sindacale e il consiglio di sorveglianza possa essere giustificato con l'esclusione nella norma transitoria di un intervento dell'assemblea per «adeguare» lo statuto al nuovo regime permanendo, specie ove non fosse stata rispettato il principio di proporzionalità, il vizio indicato dalla Corte di giustizia.

Si è con tutta probabilità di fronte ad un mancato coordinamento, nella loro diversa graduazione, fra il nuovo regime dei diritti amministrativi riconosciuto nelle società aperte in favore del socio pubblico e la previsione dettata per le società chiuse di nominare «amministratori e sindaci, ovvero di componenti del consiglio di sorveglianza» in misura «proporzionale alla partecipazione al capitale sociale» - dotata di valore generale - forse agevolata dalla circostanza che la nomina secondo il vecchio regime di «uno o più sindaci» si limitava nella prassi all'individuazione di un solo membro, destinato ad essere il presidente dell'organo di controllo.

Al mancato adeguamento dello statuto consegue la perdita di «ef-

⁸⁹ F. GHEZZI e M. VENTORUZZO, *op. cit.*, p.704.

ficacia» delle «disposizioni non conformi»⁹⁰ al nuovo art. 2449 confermando la soluzione proposta nei confronti delle società chiuse.

Riconoscere tuttavia la legittimazione dei componenti il consiglio di amministrazione nominati secondo il precedente regime a continuare a far parte dell'organo della società che procede all'adeguamento dello statuto suscita altre perplessità se si considerano sia la decisione AEM che gli effetti propri delle sentenze pregiudiziali della Corte.

Non sembra infatti che la competenza dell'organo di amministrazione si possa giustificare con una presunta ridotta portata della modifica dello statuto, finalizzata nel suo oggetto al solo adeguamento alla nuova disciplina, giacché è proprio nell'esercizio del diritto di nomina (l'unico diritto amministrativo riconosciuto in precedenza al socio pubblico) che oltre a realizzarsi l'espropriazione dell'assemblea si manifesta il conflitto d'interessi dei consiglieri già nominati in sede extra - assembleare e dei componenti l'organo di controllo chiamati a verificare la legittimità della scelta dell'organo di gestione.

Basti ricordare che nel sistema di diritto comune il riconoscimento dell'assemblea straordinaria come l'organo competente a decidere sull'emissione degli strumenti finanziari (u.c. dell'art. 2346 c.c.) è stato giustificato con la necessità di «impedire dislocazioni della sovranità sull'ente dagli azionisti a ...diverse categorie di soggetti»⁹¹, sì che si rafforzano i dubbi sulla legittimità ad operare di un consiglio di amministrazione così composto e sulla stessa tenuta del sistema transitorio in sede di scrutinio comunitario.

Non sarebbe infatti sufficiente osservare che la scelta della norma transitoria trovi un momento di corrispondenza nel caso in cui lo statuto abbia delegato gli amministratori ad emettere strumenti finanziari indicandone i caratteri entro un ammontare e un termine predefiniti, giacché è proprio in base al criterio adottato dalla decisione della Corte di giustizia che sorgono dubbi sia sulla natura dei nuovi «strumenti finanziari» che sul contenuto dei corrispondenti «diritti amministrativi» riconosciuti al socio pubblico.

⁹⁰ Il richiamo alle «disposizioni statutarie non conformi» con il rinvio ad una pluralità di clausole sembra rinviare alle diverse ipotesi della nomina di amministratori e di sindaci e dei componenti il consiglio di sorveglianza, confermando che il riferimento ai soli amministratori contenuto nella norma transitoria è l'effetto di una mancanza di coordinamento nella stesura finale del testo.

⁹¹ M. CIAN, *Strumenti finanziari partecipativi e poteri di voice*, Milano, 2006, p.57.

Gli effetti della precedente nomina extra - assembleare si traducono in una situazione di contrasto con il diritto comunitario dovuta alla composizione del consiglio chiamato ad operare nel conflitto fra amministratori nominati secondo la regola di diritto comune e amministratori nominati in sede extra - assembleare.

Nel consiglio di amministrazione delle società nelle quali, per ripetere testualmente la norma transitoria, «sia prevista la nomina di amministratori ai sensi dell'art. 2449 del codice civile, nel testo vigente anteriormente... in vigore» che intenda realizzare i «diritti amministrativi rappresentati da strumenti finanziari» in favore del socio pubblico con riferimento alla nomina diretta degli amministratori, si manifesta un'ulteriore forma di conflitto sia nell'individuazione dei criteri sulla composizione del collegio che in caso di conferma parziale dei suoi componenti.

Non solo deve essere rispettato il principio di proporzionalità ma si realizza un'ulteriore contrapposizione - all'interno questa volta dei soli componenti di nomina pubblica - se si dovesse operare in termini di «conferma» solo per alcuni di essi.

Al fine di evitare il conflitto tra regime transitorio e indirizzo della Corte di giustizia l'enunciazione delle ragioni che portano ad una obbligata modifica statutaria dovrebbe essere sempre proposta dal consiglio, se si vuole rispettare l'affermazione della sua competenza, ad una delibera assembleare, o forse più correttamente sottoporre ad un suo autonomo intervento di quest'ultima (come si dovrebbe fare per sindaci e componenti dell'organo di sorveglianza) che, oltre ad indicare le caratteristiche dello strumento finanziario richieste dalla norma transitoria («non trasferibilità» e «persistenza della partecipazione pubblica»), individui le condizioni che permettono di considerare rispettato nell'esercizio del «diritto amministrativo» il principio di proporzionalità a conferma della idoneità «delle misure adottate ...a garantire il conseguimento dello scopo perseguito e non (andare)...oltre quanto necessario per il suo raggiungimento» (per tutte v. Corte giust. p.to 40 causa C-463/04).

L'obbligatorietà della modifica dello statuto, oltre a confermare l'esistenza del conflitto di interessi, rende palese la persistenza del contrasto del nuovo sistema con il diritto comunitario ed i suoi limiti quando con l'adozione del nuovo strumento finanziario si tenda alla riconferma dei precedenti consiglieri nominati.

Per ovviare alle difficoltà sulla composizione del consiglio di ammi-

nistrazione e permettere, a seconda i casi, a tutti o parte dei soggetti nominati con il procedimento extra - assembleare di completare il triennio, una soluzione alternativa al rinvio all'assemblea potrebbe essere rappresentata dalle loro dimissioni che dovrebbero aver luogo contestualmente all'indicazione delle caratteristiche dello strumento finanziario (per rispondere in parte alle «condizioni» richieste secondo il linguaggio della Corte) rappresentativo del nuovo «diritto amministrativo» di nomina.

In tal modo si evita alla società le conseguenze dannose di una irregolare composizione dell'organo, essendo il rispetto del nuovo regime non solo la premessa per un corretto esercizio della «facoltà» di nomina ma per la stessa prosecuzione dell'attività di gestione.

Poiché non é immune da incertezze il ricorso in via analogica al principio dettato dall'art. 2382 c.c. per le ipotesi tipiche di ineleggibilità che, in quanto successive alla nomina, si trasformano in causa di decadenza, l'unica alternativa per rispettare nel regime di transizione sia il secondo comma dell'art. 13 l. 25 febbraio 2008, n. 35 che l'indirizzo della Corte di giustizia potrebbe essere rappresentata, in via alternativa alle dimissioni volontarie, da una «revoca» da parte dell'ente pubblico dei soggetti nominati in precedenza in sede extra - assembleare.

La scelta, anche se possibile fonte di responsabilità, potrebbe essere la premessa per un successivo provvedimento di nomina in sede di cooptazione che, preso atto sia della collocazione intertemporale del provvedimento che del concorso fra norme nazionali e disciplina comunitaria ripristinerebbe la piena legittimazione dell'organo di gestione.

b) Nell'esame dei problemi posti dalla norma transitoria per l'esercizio dei «diritti amministrativi» collegati agli «strumenti finanziari» previsti dal secondo comma dell'art. 13 l. 25 febbraio 2008, n. 35 non si può trascurare, oltre al problema se esista l'obbligo di effettuare un apporto a fronte della loro emissione⁹², sia la genericità della sua formulazione rispetto agli «strumenti finanziari» introdotti dalla l. 23 dicembre 2005, n. 266 (comma 381° - 384°) che la diversa funzione svolta rispetto agli «strumenti finanziari partecipativi» di diritto comune, espressione di un'impresa «caratterizzata da una particolare organizzazione del suo esercizio, della relativa responsabilità e del suo finanziamento»⁹³.

⁹² F. GHEZZI e M. VENTORUZZO, *op. cit.*, p.707.

⁹³ P. FERRO-LUZZI, *Riflessioni sulla riforma: la società per azioni come organizzazione del finanziamento di impresa*, in *Riv. dir. comm.*, 2005, I, p. 480.

Sotto il primo profilo, mentre nella norma transitoria dell'art. 2449 c.c. lo strumento finanziario è l'unica tecnica ammessa per il riconoscimento dei diritti amministrativi, in assenza dell'alternativa rappresentata dalla loro incorporazione «..... in una particolare categoria di azioni» che avrebbe richiesto la decisione dell'assemblea, nella l. 23 dicembre 2005, n. 266 (comma 381° - 384°)⁹⁴ la finalità perseguita con il ricorso alla tecnica dello strumento finanziario è diversa in quanto volta a conservare nel processo di privatizzazione, come avviene con il ricorso ai tradizionali «poteri speciali» (art. 2 l. 30 luglio 1994, n. 474), l'influenza pubblica con le criticità messe in evidenza dalla giurisprudenza comunitaria.⁹⁵

La l. 23 dicembre 2005, n. 266, a sua volta, ha giustificato, in modo forse contraddittorio con il fine dichiarato di «favorire i processi di privatizzazione e la diffusione dell'investimento azionario», l'adozione nelle società dove «lo Stato detenga una partecipazione *rilevante*» delle soluzioni alternative dagli «strumenti finanziari partecipativi»⁹⁶ e dalle «categorie» di azioni, «anche a seguito di conversione di parte

⁹⁴ Hanno ricordato che la tecnica normativa di attribuire a strumenti finanziari partecipativi o a categorie di azioni speciali diritti nelle società a partecipazione pubblica non è nel nostro ordinamento una novità assoluta, pur con le riserve che sono state formulate, F. GHEZZI e M. VENTORUZZO, *op. cit.*, p.705.

⁹⁵ Criticità riconfermate da ultimo nelle conclusioni dell'avvocato generale (nt. 62) nella causa C-326/07 con un interessante riconoscimento sul «margine di manovra» conservato dai governi «perfrenare gli investitori stabiliti al di fuori dei confini della Comunità che abbiano intenzioni discuibili, ponendo limiti alle loro operazioni elencate all'art. 4, comma 227, lett. c) della legge finanziaria (nota, si tratta della l. 24 dicembre 2003, n. 350): infatti, poiché tali poteri sono stati inquadrati nell'ambito dell'art. 43 CE, l'incompatibilità con la libertà di stabilimento del potere di opporsi a tali decisioni fondamentali per la vita dell'impresa non impedisce agli Stati membri di mantenere il veto nei confronti dei grandi azionisti extracomunitari che non godono delle libertà fondamentali del diritto di stabilimento». (p.to 92)

⁹⁶ La distinzione tra titoli partecipativi e non partecipativi fondata sulla presenza o l'assenza di diritti amministrativi sostenuta da U. TOMBARI, *La nuova struttura finanziaria della società per azioni (Corporate Governance e categorie rappresentative del fenomeno societari)*, in *Riv. soc.*, 2004, p. 1094 e G. FERRI jr, *Fattispecie societaria e strumenti finanziari*, in *Profili patrimoniali e finanziari della riforma* a cura di C. MONTAGNANI, Milano, 2004, p. 90) è stata criticata da R. COSTI, *Strumenti finanziari partecipativi e non partecipativi in Il nuovo diritto delle società*, Liber amicorum Gian Franco Campobasso diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, Torino, 2006, I, p.733 che sottolinea, dopo aver ricordato «che i diritti amministrativi non sono un "bene" finale, ma uno strumento a tutela degli interessi patrimoniali incorporati nello strumento finanziario» come sia «ragionevole pensare che la distinzione basata sugli interessi abbia un ruolo più importante di quella fondata sui diritti amministrativi». (corsivo aggiunto)

delle azioni esistenti», con un'indicazione che può essere utilmente richiamata nell'interpretazione del novellato art. 2449 c.c.

La funzione unitaria dei due istituti nel nuovo sistema quando a regime sottolinea il diverso compito svolto dagli «strumenti finanziari» previsti dalla norma transitoria rispetto agli strumenti finanziari di diritto comune (art. 2346 c.c., ultimo comma) e di diritto speciale (l. 23 dicembre 2005, n. 266).

L'attribuzione in quest'ultimo caso alle assemblee speciali del diritto di richiedere «l'emissione... di nuove azioni, anche al valore nominale o di nuovi strumenti finanziari partecipativi muniti di voto nell'assemblea ordinaria e straordinaria, nella misura determinata dallo statuto *anche* in relazione alla quota di capitale detenuta all'atto della attribuzione del diritto» (comma 381^o) sembra riproporre in una forma diversa, l'utilizzazione di strumenti di diritto privato da parte di un soggetto pubblico che se attuata, come nel caso AEM, con modalità tali da impedire la libera circolazione dei capitali, può far qualificare in sede di giudizio comunitario i relativi interventi "come «provvedimenti statali» che, se giudicati restrittivi, spostano il problema «sulla conformità all'ordinamento comunitario delle discipline nazionali che tali *strumenti privatistici* (corsivo originario) prevedono»⁹⁷.

Prima di considerare l'atipicità strutturale propria degli «strumenti finanziari» introdotti dall'art. 2449 c.c. per l'esercizio dei «diritti amministrativi» ne va sottolineata una prima differenza rispetto agli strumenti finanziari di diritto comune che si riflette nell'identificazione degli stessi diritti amministrativi.

L'emissione dei nuovi strumenti finanziari, caratterizzati dalla non trasferibilità e dalla necessaria «persistenza» della partecipazione pubblica, per esercitare i «diritti amministrativi» riconosciuti al loro titolare nel rispetto del principio di proporzionalità⁹⁸ ha infatti come premessa la necessaria esistenza di un precedente investimento in capitale di rischio del socio pubblico che gli consente di continuare ad esercitare gli ordinari diritti corporativi (patrimoniali e di controllo) essendo esclusa - tranne l'ipotesi di interventi di altri soggetti di natura pubblica - l'alternativa di un'emissione «a seguito dell'apporto da parte... di terzi» (art. 2346. c.c.c, comma sesto).

⁹⁷ T. AJELLO, *op. cit.*, p.834.

⁹⁸ F. GHEZZI e M. VENTORUZZO *op. cit.*, p.708.

Una parallela riflessione va condotta tenendo presente che mentre il precedente testo dell'art. 2449 c.c. contemplava, come unica eccezione al diritto comune, la nomina extra - assembleare degli amministratori e dei sindaci, il riferimento contenuto nella norma transitoria ma applicabile anche al sistema a regime ai «*diritti amministrativi... rappresentati da strumenti finanziari*» permette di ricondurre nello strumento finanziario di diritto speciale, per usare la terminologia della Corte di giustizia nel caso Volkswagen, la generalità dei «poteri di gestione e di controllo dei soci»⁹⁹.

Se tuttavia fine della formula normativa era consentire al socio pubblico di esercitare nel periodo di transizione facoltà ulteriori rispetto ad una nomina diretta di consiglieri e sindaci, questo risultato non appare perseguibile in assenza di una decisione assembleare la cui necessità è riconfermata, nel sistema a regime dell'art. 2449 c.c., dalla richiesta di una sua delibera per esaminare «con le maggioranze previste per l'assemblea ordinaria» la proposta del consiglio che «i diritti amministrativi previsti dallo statuto a favore dello Stato o degli enti pubblici siano rappresentati da una particolare categoria di azioni...».

Se la funzione dello strumento finanziario nella norma transitoria è di rappresentare la tecnica necessaria per tradurre nel nuovo regime un corretto esercizio della precedente facoltà di nomina diretta, ciò porta ad escludere di poter riconoscere nel consigliere di nomina pubblica un «componente indipendente del consiglio di amministrazione o del consiglio di sorveglianza», (ultimo comma art. 2351 c.c.) come avviene nel caso di nomina da parte dei portatori di strumenti finanziari.

Nella disciplina di diritto comune degli strumenti finanziari diverse sono state le ricostruzioni della nozione di indipendenza interpretata o nel senso di «estraneità... ad attività gestorie», avvicinando l'amministratore nominato dai titolari di strumenti finanziari ad un semplice amministratore non esecutivo¹⁰⁰, o considerata tale da dar

⁹⁹ Un'analisi delle affermazioni contenute nella sentenza del 23 ottobre 2007 (causa C-112/05) è in P. PIZZA, *op. cit.*, p. 1191 ss.

¹⁰⁰ M. STELLA RICHTER JR, *Gli amministratori non esecutivi nell'esperienza italiana*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2005, I, p.169 ss. e per alcune osservazioni critiche nel precedente sistema, *La collegialità del consiglio di amministrazione tra ponderazione dell'interesse sociale e composizione degli interessi sociali*, in *Amministrazione e amministratori di società per azioni*, a cura di B. Libonati, Milano, 1995, p.302 ss., p. 165; D. REGOLI, *Gli amministratori indipendenti*, in *Il nuovo diritto delle società* cit., II, p. 387. dopo aver ricordato la «categoria» degli amministratori nominati dallo Stato sottolinea la diffi-

luogo ad una «posizione rappresentativa in seno al collegio degli interessi della categoria», riproponendo con «l'istituzionalizzazione del suo ruolo di portatore di istanze diverse da quelle dei soci»¹⁰¹, un tema proprio delle società a partecipazione pubblica.

Sviluppando questo profilo si è concluso, nell'esame del ruolo del consigliere nominato dai possessori di strumenti finanziari, che essendo egli vincolato, come l'amministratore nominato dal socio pubblico in sede extra - assembleare, al perseguimento dell'interesse sociale «si profila... all'interno della struttura organizzativa della società per azioni riformata, una nuova dimensione della dialettica collegiale, tutt'affatto diversa da quella che dispiega sui binari del rapporto maggioranza-minoranza o di quello tra categorie di azionisti ed i cui precedenti vanno cercati nella partecipazione agli organi societari di soggetti di nomina pubblica (artt. 2449-2450 c.c.)» anche se manca la componente pubblicistica propria di quest'ultima situazione¹⁰².

La circostanza che lo strumento finanziario «transitorio» sia rappresentativo dei «diritti amministrativi» previsti in precedenza dallo statuto (ma quali al di là della nomina diretta?) in favore della componente pubblica, oltre a riproporre un elemento di novità nell'esame del tema induce a concludere che nell'ipotesi dei consiglieri espressi dal socio pubblico con il nuovo regime si sia realizzato, quasi occasionalmente e in modo parziale, il suggerimento che accertata l'impossibilità di ottenere per la concentrazione del capitale una duratura indipendenza dei soggetti deputati alla vigilanza sull'operato degli amministratori esecutivi, ne aveva proposto la sostituzione «con la nomina da parte dei soggetti (una categoria organizzata di azionisti) nel cui interesse il monitoraggio sull'attività gestoria deve eseguirsi»¹⁰³.

Nella sua precaria transitorietà il nuovo strumento finanziario appare comunque destinato ad operare, pur se tra luci ed ombre, su di un piano diverso sia rispetto agli strumenti finanziari previsti dal re-

coltà di funzionamento del modello nell'applicazione della normativa sulle società privatizzate (394, sub nota 22). Da ultimo sul tema N. SALANITRO, *Nozione e disciplina degli amministratori indipendenti*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2008, I, p. 1 ss.

¹⁰¹ M. CIAN, *Investitori non azionisti e diritti amministrativi nella "nuova" s.p.a.*, in *Il nuovo diritto delle società*, cit., p. 753.

¹⁰² M. CIAN, *op. cit.*, p. 754.

¹⁰³ G. PRESTI e F. F. MACCABRUNI, *Gli amministratori indipendenti: mito e realtà nelle esperienze anglosassoni*, in *Analisi giur. econ.*, 2003, p.112.

gime definitivo dell'art. 2449 c.c. che agli strumenti introdotti dalla l. 23 dicembre 2005, n. 266 in chiave alternativa ai «poteri speciali» tradizionali (art. 2 l. 30 luglio 1994, n. 474).

5.2. Regime definitivo

Piti articolato è l'assetto definitivo dell'art. 2449 c.c. che si dispiega in due distinte previsioni.

Alla conferma, apparentemente di per sé riproductiva della norma di diritto comune, della facoltà per le società con partecipazione pubblica, di emettere gli strumenti finanziari previsti dal sesto comma dell'art. 2346 c.c. («Alle società che fanno ricorso al capitale di rischio si applicano le disposizioni del sesto comma dell'art. 2346») corrisponde l'alternativa per il consiglio di amministrazione di proporre «*altresì* all'assemblea che delibera con le maggioranze previste per l'assemblea ordinaria che i diritti amministrativi previsti dallo statuto a favore dello Stato o degli enti pubblici siano rappresentati da una particolare categoria di azioni».

L'emissione di strumenti finanziari partecipativi previsto dall'art. 2449 c.c. nel regime ordinario delle società a partecipazione pubblica si colloca su di un piano diverso rispetto alla regolamentazione transitoria giacché il rinvio all'art. 2346 ultimo comma, superfluo se inteso come riconoscimento della possibilità di utilizzare la nuova tecnica di finanziamento acquista significato, nella conferma della competenza dell'assemblea, in un'interpretazione della norma speciale condotta in funzione della rilevanza unitaria sotto il profilo organizzativo assunto dai «diritti amministrativi previsti dallo statuto» in favore dei soggetti pubblici, siano essi possessori di strumenti finanziari o titolari di una particolare categoria di azioni¹⁰⁴.

Il comune denominatore dei «diritti amministrativi» si giustifica nell'interesse dell'ente pubblico a vedersi attribuiti in sede assemblea-

¹⁰⁴ F. GHEZZI e M. VENTORUZZO, *op.cit.*, p. 704, precisano che «nel contesto in cui è inserita, la norma...pare dunque assumere un differente significato, ossia quello di precisare che, per le società "aperte" i poteri special i... *devono* (corsivo originario) essere incorporati in strumenti finanziari partecipativi ai sensi dell'art. 2346 c.c. (o in azioni di categoria)». Traendone conferma dalla disciplina transitoria, precisano «che la volontà del legislatore, nelle società quotate e in quelle con azioni diffuse, è quella di ricondurre, per quanto possibile, i poteri speciali ad istituti di diritto comune, quali gli strumenti finanziari partecipativi, soluzione coerente con l'approccio comunitario al tema della *golden share*».

re, a seconda la tecnica adottata (strumento finanziario - categoria speciale di azioni) i poteri amministrativi riconosciuti dallo statuto.

Uno specifico quesito riguarda la caratteristica strutturale degli strumenti finanziari, se cioè essi debbano essere, oltre che non trasferibili, «condizionati alla persistenza della partecipazione dello Stato o dell'ente pubblico» come previsto dalla norma transitoria.

In questo caso il vincolo potrebbe essere giustificato dalla particolarità della situazione nella quale ha avuto luogo l'emissione degli strumenti finanziari (unica tecnica rimessa alla scelta del consiglio di amministrazione in chiave transitoria), sì che la regola troverebbe applicazione solo in questa fattispecie mentre una volta che il sistema sia a regime e sia possibile la scelta fra lo strumento finanziario e la creazione di azioni speciali tornerebbe applicabile, nel rispetto della dialettica assembleare, la regola generale.

La premessa dell'art. 2449 c.c., che rappresenta dopo l'abrogazione dell'art. 2450 c.c. la sola fattispecie di una platea azionaria pubblica - privata soggetta ad una regola speciale induce a ritenere che il socio pubblico, oltre ad utilizzare gli strumenti di diritto comune dell'azionista, possa negoziare «in una forma di contenza economica» - si direbbe secondo un'impostazione ormai classica¹⁰⁵ - l'inserimento nello statuto in occasione dell'emissione di strumenti finanziari o della creazione di una categoria speciale di azioni, dei diritti amministrativi ritenuti maggiormente significativi per il governo societario in funzione dell'interesse pubblico all'attività della società sia nella veste di socio che di titolare di strumenti finanziari partecipativi (anche se per questi ultimi resta sempre da definire la loro effettiva natura).

Nel nuovo sistema le soluzioni dettate dal diritto comune in presenza di un «apporto» da parte di un investitore che può non essere socio e che hanno giustificato sia «l'estensione dei poteri decisionali ordinariamente spettanti agli azionisti in virtù di una potenziale co-gestione» che un'ingerenza caratterizzata per la «occasionalità e per la finalizzazione delle prerogative riconosciute alla tutela dell'interesse di classe»¹⁰⁶, vanno ricostruite con una diversa modulazione dei poteri riconosciuti alla componente pubblica.

Sarà compito dell'autonomia assembleare individuare i diritti ammi-

¹⁰⁵ F. GALGANO, *op. cit.*, p. 452.

¹⁰⁶ M. CIAN, *op. cit.*, p.47.

nistrativi previsti in favore di un titolare degli strumenti finanziari in modo da tener conto dell'interesse perseguito dal sottoscrittore pubblico che, quando sia anche titolare di una particolare categoria di azioni, può continuare ad essere socio per una frazione della precedente partecipazione sociale secondo le regole di diritto comune (indicativa della diversa forma di tutela collegata ai diversi assetti di interessi è, come accennato, la previsione del comma 283° della l. 23 dicembre 2005, n. 266 «anche a seguito di conversione *di parte* delle azioni esistenti»).

Come conseguenza di questa premessa si è posta la domanda se nelle società con la composizione azionaria mista postulata dall'art. 2449 c.c. sussista un obbligo per il socio pubblico di effettuare un apporto a fronte dell'emissione di strumenti finanziari.

La risposta negativa è stata giustificata nei primi commenti - ma sembra con riguardo alla sola situazione regolata dalla norma transitoria - dovendosi «ritenere che, in via eccezionale, l'emissione possa avvenire a titolo gratuito» mentre nel caso di emissione di una particolare categoria di azioni si è concluso, «per la necessità che il capitale sociale risulti coperto...» che l'esercizio dell'opzione «preveda o un conferimento o, più verosimilmente, la conversione di (anche una parte delle) azioni ordinarie o di altra categoria in possesso del socio pubblico in tale categoria di azioni»¹⁰⁷.

Certamente non mancano argomenti a favore di questa soluzione, sia pur se eccezionale, per l'assenza di previsioni dell'ammontare di un apporto minimo o di una regola di proporzionalità tra l'apporto stesso e i diritti attribuiti¹⁰⁸ ma l'emissione gratuita degli strumenti finanziari dovrebbe riflettersi, per la natura del tutto innovativa dell'intervento rispetto alle loro finalità istituzionali, sulle caratteristiche strutturali degli stessi strumenti e sull'intensità dei diritti amministrativi.

Sotto il primo aspetto, come l'emissione di strumenti finanziari nel periodo transitorio è espressamente subordinata alla loro intrasferibilità e alla persistenza della partecipazione sociale pubblica, un'esi-

¹⁰⁷ F. GHEZZI e M. VENTORUZZO, *op. cit.*, p. 708.

¹⁰⁸ F. GHEZZI e M. VENTORUZZO, *op. cit.*, p. 707 mentre di minor efficacia è il rilievo che non sarebbe «ragionevole imporre allo stato o all'ente pubblico partecipante un onere per la conservazione - sebbene con le modifiche (*rectius* le limitazioni) rese necessarie dalla nuova disciplina - di poteri amministrativi dei quali già dispone» giacché è in sede di negoziazione che si delimitano i diritti amministrativi di nuovo conio rispetto alla precisione iniziale nell'art. 2449 c.c. della sola nomina diretta.

genza di equilibrio fra gli interessi in gioco dovrebbe portare nel regime definitivo dell'art. 2449 c.c. a rispettare queste stesse condizioni che legittimano la componente pubblica all'esercizio di funzioni gestorie nella contrapposizione, propria degli strumenti finanziari di diritto comune, tra interesse di categoria ed interesse sociale.¹⁰⁹

5.3. Ambito dei «diritti amministrativi» riconosciuti a regime dall'art. 2449 c.c.

Nella delimitazione della fattispecie dell'art. 2449 c.c. la prima osservazione attiene alla differenza di disciplina rispetto ai poteri speciali che derivando da una clausola statutaria non si è ritenuto partecipino «del contenuto di una "speciale" azione»¹¹⁰ e all'emissione di strumenti finanziari di diritto comune.

5.3.1. Strumenti finanziari

Se per questi ultimi si è riconosciuto nell'esigenza di evitare «una completa parificazione...alla partecipazione sociale...che i diritti amministrativi potranno coincidere in tutto e per tutto, sia per contenuto che per numero, a quelli propri dell'azionista, con la sola esclusione del diritto di voto nell'assemblea generale»¹¹¹, diverso deve essere l'approccio nell'interpretazione dell'art. 2449 c.c.

La storia della norma e le vicende che la hanno caratterizzata, prima nella sua introduzione poi in un'applicazione anche se parziale ed infine nell'attuale evoluzione, indicano come meriti particolare attenzione nella nuova disciplina la tesi che riconosce ai possessori di strumenti finanziari di diritto comune diritti «amministrativi» diversi ed ulteriori rispetto a quelli propri degli azionisti¹¹².

Senza entrare nel merito degli argomenti che individuano i diritti

¹⁰⁹ Sulla istituzionalizzazione del ruolo dell'esponente di nomina extra- assembleare di «portatore di interessi di gruppo (che) non lo legittimano...all'esercizio dei poteri amministrativi in spregio dell'interesse sociale...» v. M. CIAN, *op.cit.*, p. 121.

¹¹⁰ M. NOTARI, *Le categorie speciali di azioni*, in *Il nuovo diritto delle società*, I, cit., p.598, sub nora 14.

¹¹¹ Per tutti M. MIOLA, *I conferimenti in natura*, in *Trattato s.p.a.* diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, I, 3, Torino, 2004, p. 284 ss. e in *Gli strumenti finanziari nella società per azioni e la raccolta del risparmio tra il pubblico*, in *Riv. dir. comm.*, 2005, I, p.433 ss.; U. TOMBARI, *op. cit.*, p. 1 097 ss.

¹¹² U. TOMBARI, *op. cit.*, p. 1095 e ss.; ASSOCIAZIONE DISIANO PREITE, *Il diritto delle società*, Bologna, 2004, p.130.

amministrativi richiamati dall'art. 2346 c.c., u.c. «esclusivamente (in quelli che competono ai soci, individualmente, per partecipazioni di misura predeterminata o in assemblea»¹¹³, o nelle conseguenze riconosciute alla nomina in via esclusiva di un componente dell'organo gestorio o di vigilanza (art. 2351 c.c. terzo comma) che concorre "direttamente..... alla fattispecie costitutiva del rapporto di amministrazione (o di controllo)¹¹⁴, l'identificazione di questi diritti deve essere effettuata in funzione delle caratteristiche atipiche della fattispecie.

L'affermazione che nega per gli strumenti finanziari di diritto comune l'esistenza di una «libertà incondizionata» nel riconoscere determinate prerogative per il rispetto «dei limiti consustanziali alla posizione di primazia che deve essere conservata in ogni caso in testa ai portatori del capitale sociale»¹¹⁵, va collegata, nell'identificazione dei diritti amministrativi «previsti dallo statuto a favore dello Stato o degli enti pubblici», da un lato allo stato di socio dell'investitore pubblico che rende superfluo il ricorso a determinate forme di tutela proprie del titolare di strumenti finanziari e, dall'altro, al rispetto di una garanzia effettiva dell'interesse negoziato in sede assembleare di cui è portatore il socio pubblico, anche quando operi con uno strumento diverso dalla partecipazione azionaria di diritto comune.

Nella scelta del regime convenzionale degli strumenti finanziari introdotti dall'art. 2449 c.c. si deve aver riguardo, specie se si accoglie la tesi della mancanza di un obbligo di apporto più che alla contrapposizione fra diritti di ingerenza c.d. debole nell'attività dell'ente (di discussione e di consultazione) e diritti che attengono all'esercizio dell'attività collettiva, eventualmente superata dal mantenimento di una quota residua della partecipazione sociale pubblica, all'individuazione degli interventi in grado di influire su determinati momenti della gestione della società.

Se si accetta questa impostazione, in grado forse di accentuare i problemi di compatibilità comunitaria dell'art. 2449 c.c., si potrebbe individuare una risposta diversa alla soluzione negativa che è stata data nei confronti di una clausola statutaria che riservi ai portatori di strumenti finanziari di diritto comune il diritto di concedere autoriz-

¹¹³ A. STAGNO D'ALCONTRES, *Commentario* G. NICCOLINI e A. STAGNO D'ALCONTRES, Napoli, 2004, I, p. 265.

¹¹⁴ M. CIAN, *op. cit.*, p. 55 ma in senso diverso per la designazione del candidato al di fuori dell'assemblea generale U. TOMBARI, *op. cit.*, p. 1096.

¹¹⁵ M. CIAN, *op. cit.*, p. 60.

zazioni agli amministratori per il compimento di atti di gestione ex art. 2364 n. 5, primo comma¹¹⁶.

Sempre sul piano di una influenza sulla gestione della società, possibile in quanto previamente contrattata in sede assembleare (e qui si riconferma ancora una volta l'attualità del richiamo ad una forma di «cointeressamento del potere»), dovrebbe operare l'individuazione degli «argomenti specificamente indicati» (art. 2351) per i quali è riconosciuto il diritto di voto ai possessori di strumenti finanziari ma sempre nel rispetto del principio di proporzionalità mentre la natura dell'interesse tutelato dalla norma speciale potrebbe far rivedere la tesi che nega «in linea di principio» il coinvolgimento dei portatori di strumenti finanziari «...nell'attività dell'ente», essendo «la gestione dell'impresa... di competenza esclusiva dell'organo amministrativo...»¹¹⁷.

Il divieto del diritto di voto per i possessori di strumenti finanziari nell'assemblea generale degli azionisti (art. 2436 u.c.), potere che del resto continua ad essere esercitato dal socio pubblico in quanto tale, verrebbe integrato da una selezione degli argomenti sui quali coinvolgere i titolari dei nuovi strumenti finanziari in materie di competenza dell'assemblea, specie legittimando interventi che attengono all'organizzazione della società volti non tanto a tutelare una via d'uscita per l'investitore ma attribuendo (ad esempio in tema di fusioni o di scissioni) una specifica garanzia finalizzata all'interesse «generale» perseguito dalla presenza pubblica nella società e che trova una parziale corrispondenza nella garanzia fornita dall'art. 2376 c.c. alle «diverse categorie di azioni o strumenti finanziari che conferiscono diritti amministrativi» nei confronti delle deliberazioni assembleari «che pregiudicano i diritti di una di esse».

5.3.2. Creazione di una particolare categoria di azioni

Il ricorso all'istituto della categoria di azioni, che non è detto debba essere previsto solo come soluzione alternativa, potrebbe concorrere con l'emissione degli strumenti finanziari per circoscrivere i dubbi che ne condizionano l'esercizio, anche se sarebbe preferibile evitare commistioni nell'esercizio delle diverse facoltà riconosciute al socio pubblico.

In ogni caso la fungibilità della scelta, oltre a confermare la labilità della ripartizione tra strumenti finanziari ed azioni già interpretati

¹¹⁶ M. CIAN, *op. cit.*, p. 64.

¹¹⁷ M. CIAN, *op. cit.*, p. 62.

«come vasi comunicanti»¹¹⁸, permette di apprezzare la maggiore duttilità di uno strumento che «liberamente determinato» dalla società nei limiti imposti dalla legge (art. 2348 c.c., secondo comma) è caratterizzato dalla sua atipicità.¹¹⁹

Conferma questa conclusione l'affermazione che la categoria speciale di azioni «ancor prima della presenza di diritti diversi» è individuata dalla presenza nello «statuto sociale di "regole diverse" dell'organizzazione societaria; ossia di regole che si applicano ad un gruppo di azioni oggettivamente predeterminate, in modo diverso rispetto alle altre azioni»¹²⁰.

All'ampliamento del contenuto «potenziale» della partecipazione azionaria corrisponde il limite nella libertà della determinazione del loro contenuto rappresentato, oltre che dall'esistenza di specifici divieti (come nel caso delle azioni a voto plurimo), dal rispetto dei «tratti inderogabili della disciplina del tipo» come è emerso nell'esame del tentativo di avvalersi delle categorie speciali di azioni «per elevare a rango statutario alcune frequenti pattuizioni parasociali volte a modificare le regole di *governance* della società»¹²¹.

Il rilievo sottolinea come fra le varie funzioni perseguite con l'emissione di categorie speciali di azioni, comprensive dell'aumento dei canali di finanziamento dell'impresa, dell'introduzione nello statuto organizzativo della società di misure antiscalata, della composizione di un diverso equilibrio contrattuale, «consentendo, entro certi limiti, una "personalizzazione" della partecipazione azionaria»¹²², siano queste ultime ad acquistare maggiore visibilità nella disciplina dell'art. 2449 c.c.

Alle nuove figure tipiche di «azioni speciali» che si aggiungono alle azioni privilegiate previste dall'iniziale impianto del codice (art. 2350 c.c. comma primo), rappresentate dalle azioni postergate (art. 2348, comma secondo), dalle azioni correlate (art. 2350, comma se-

¹¹⁸ A. LOLLI, *Gli strumenti finanziari*, in *Il nuovo diritto delle società* a cura di A. MAFFEI ALBERTI, Padova, 2005, p. 213.

¹¹⁹ F. GALGANO, *op.cit.*, p. 128; M. NOTARI, *Azioni e strumenti finanziari: confini della fattispecie e profili di disciplina*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2003, I, p. 544; N. ABRIANI, in *Commentario Cottino*, Bologna, 2005, sub art. 2348, p. 214 ss.; A. STAGNO D'ALCONTRES, in *Commentario G. NICCOLINI e A. STAGNO D'ALCONTRES*, cit., p. 280.

¹²⁰ M. NOTARI, *op. cit.*, p. 605.

¹²¹ M. NOTARI, *op. cit.*, p. 594.

¹²² U. TOMBARI, *Le categorie speciali di azioni nella società quotata*, in *Riv. soc.*, 2007, p. 966.

condo), dalle azioni con diritto di voto subordinato al verificarsi di particolari condizioni non potestative (art. 2351, comma secondo), delle azioni riscattabili (art. 2437 *sexies c.c.*)¹²³ e dalle azioni introdotte dalla prassi, come le azioni a voto contingentato o scaglionato¹²⁴ si è aggiunta la categoria delle azioni speciali previste dall'art. 2449 c.c., tipica per la considerazione legislativa della fattispecie ma atipica nell'identificazione delle regole organizzative idonee a soddisfare l'interesse della presenza pubblica nella società.

La valutazione normativa di questo interesse fa sì che allo spazio riconosciuto a livello statutario, nella ricerca di fonti di finanziamento¹²⁵, alla «creatività degli operatori nell'elaborazione di forme adeguate alla situazione di mercato» (così la relazione illustrativa)¹²⁶ corrisponde nell'art. 2449 c.c. la creazione di categorie di azioni dotate, non tanto di diritti informativi più ampi rispetto a quelli previsti dal legislatore¹²⁷, ma funzionali all'esercizio di ben individuati «diritti amministrativi ulteriori o maggiorati»¹²⁸ in grado di garantire, a seguito della scelta esercitata in sede assembleare, una specifica tutela all'interesse della categoria di soci individuata dalla norma¹²⁹.

Trovano quindi applicazione, in questa fattispecie, le risposte positive date in sede generale dalla dottrina commercialistica o oltre alla creazione nel regime comune di una categoria di azioni dotata del diritto di nominare un certo numero «e comunque una percentuale non

¹²³ U. TOMBARI, *op. cit.*, p. 971.

¹²⁴ Azioni nelle quali la previsione del limite del diritto di voto non ne impedisce la configurazione come «categoria azionaria allorché il contingentamento o lo scaglionamento sia previsto solo per una parte delle azioni», così M. NOTARI, *op. cit.*, p. 594.

¹²⁵ C.F. GIAMPAOLINO, *Le azioni speciali*, Milano, 2004, p. 8 ss.

¹²⁶ N. ABRIANI, *op. cit.*, p. 265.

¹²⁷ A. STAGNO D' ALCONTRES, *op. cit.*, p. 309.

¹²⁸ M. NOTARI, *op. cit.*, 552; U. TOMBARI, *op. cit.*, p. 972.

¹²⁹ Osserva P. FERRO-LUZZI, *Indipendente.....da chi; da cosa?*, in *Riv. soc.*, 2008, p.205 nell'esame della figura dell'amministratore indipendente vista nell'ottica dei rapporti tra maggioranza e minoranza che sta «emergendo una distinzione, non tanto una contrapposizione, basata sulla possibile diversità di interessi perseguiti con la partecipazione societaria.....» e che un «utilizzo della attuale possibilità di creare più categorie di azioni, diverse per poteri e diritti patrimoniali, potrebbe portare a maggiormente adeguata impostazione del problema» dell'indipendenza dell'amministratore il cui valore «è estraneo, diverso qualitativamente.....ai valori che il contrasto maggioranza/minoranza e forse meglio oggi la dialettica investitori/gestori esprime e la relativa normativa disciplina».

maggioritaria degli amministratori»¹³⁰, dei componenti il consiglio di sorveglianza¹³¹ e del collegio sindacale - utilizzata per superare i problemi della disciplina transitorias - si potrebbe far capo a clausole statutarie intese a creare le c.d. azioni a voto determinante con l'attribuzione del "diritto di subordinare... al voto favorevole di tutte o parte delle azioni della speciale categoria, l'approvazione di una o più deliberazioni assembleari («diritto di voto determinante»)¹³² e, in modo particolare, ad azioni titolari del «diritto diverso» di decidere «sull'autorizzazione di un atto gestorio», in caso di competenza statutaria dell'assemblea ordinaria s (ex art. 2364, comma primo, n. 5)¹³³.

Gli «ineliminabili margini di discrezionalità interpretativa»¹³⁴ non sempre di chiara evidenza (come avviene invece nel caso del divieto delle azioni a voto plurimo) nell'individuazione dei limiti impliciti alla creazione di una categoria, trovano un primo criterio di selezione nella premessa, presupposto per l'applicazione del regime speciale, dell'appartenenza delle società a partecipazione pubblica alla categoria delle «società che fanno ricorso al (mercato del) capitale di rischio» che può rappresentare il profilo di maggiore attualità in un futuro scrutinio comunitario.

5.3.3. Diritti «amministrativi» e regole di mercato

Se con riguardo alla regola di diritto comune si è richiamato il divieto di creare categorie di azioni a voto contingentato o scaglionato (art. 2351, terzo comma, c.c.), per quanto riguarda il limite contenuto

¹³⁰ Sull'esperienza francese delle "*actions de préférence*" (art. L 228-11 cod comm.) e del diritto di nominare alcuni consiglieri di amministrazione P. BALZARINI, *La modernizzazione del diritto societario francese*, in *Riv. soc.*, 2005, p. 259 ss.

¹³¹ U. TOMBARI, *op. cit.*, p. 973.

¹³² U. TOMBARI, *op. cit.*, p.973 che ricorda (sub nota 25) la *Massima* n. 99 del Consiglio Notarile di Milano, in *Massime notarili in materia societaria*, Milano, 2007 sulla liceità della clausola con l'esclusione della possibilità del voto determinante nella s.p.a «per le deliberazioni di approvazione del bilancio e di nomina e di revoca delle cariche sociali, ai sensi dell'art. 2369, comma quarto c.c.».

¹³³ M. NOTARI, *op. cit.*, p. 603 che si richiama al rispetto del principio di maggioranza che può trovare applicazione nell'art. 2449 c.c. nel caso di una partecipazione azionaria pubblica suddivisa fra più enti pubblici come può avvenire nelle società per i servizi locali o nella ripartizione di una partecipazione incardinata all'inizio in un unico soggetto pubblico (ad esempio Ministero per l'Economia) trasferita successivamente in parte ad altri soggetti di natura pubblica.

¹³⁴ U. TOMBARI, *op. cit.*, p.975.

nel secondo comma¹³⁵ si è prospettata, in un esame dell'art. 2351 c.c. (secondo comma) coordinato con la norma speciale del T.U.F (art. 145), una particolare ricostruzione per le azioni di risparmio che a seguito della riforma avrebbero assunto un diverso significato «operando non tanto come strumento di apertura dei canali di finanziamento, quanto come *limite* (corsivo originario) a tutela del mercato» dei capitali posto dall'imperatività della disciplina all'autonomia statutaria¹³⁶ mentre non sussisterebbe un divieto di emettere azioni a voto limitato a particolari argomenti ed azioni con diritto di voto subordinato.

L'interpretazione, persuasiva a fronte di norme come l'art. 104 TUF (comma 1-bis)¹³⁷ dettate in tema di emissione di azioni con diritto di voto subordinato all'effettuazione di un'offerta, si deve ora confrontare con il nuovo profilo - messo in rilievo dalle più recenti proposte non solo nazionali formulate a seguito delle vicende dell'economia mondiale¹³⁸ - della linea di confine fra la disciplina delle offerte pubbliche d'acquisto, la tutela del socio e tutela dei diritti amministrativi richiamati dall'art. 2449 c.c. a garanzia di un interesse del socio pubblico nella tutela delle esigenze di mercato.

In connessione alle regole di «neutralità» («passivity rule» o «board neutrality») e della c.d. «breakthrough rule», intese a depotenziare la portata delle misure e delle strategie di difesa preventiva in caso di opa, regole oggi messe in discussione dall'art. 13 del d.l. 29 novembre 2008, n. 185 nell'ambito delle misure anticrisi con la modifica degli artt. 104, 104 bis e 104 ter¹³⁹, la direttiva 2004/25 del 21 aprile 2004 aveva

¹³⁵ «Salvo quanto previsto dalle leggi speciali, lo statuto può prevedere la creazione di azioni senza diritto di voto, con diritto di voto limitato a particolari argomenti, con diritto di voto subordinato al verificarsi di particolari condizioni non meramente potestative».

¹³⁶ U. TOMBARI, *op. cit.*, p.979 e i vi richiami per le diverse interpretazioni.

¹³⁷ Sul precedente sistema dell'art. 104 «ermeticocon riferimento alle conseguenze della violazione del divieto», F. REGALDO, *Le tecniche difensive nelle opa ostili (riflessioni comparatistiche)*, Torino, 2004, p. 121 ss.

¹³⁸ Illustra con attenzione la situazione generale e nazionale la ricerca del Servizio studi-documentazione e ricerche della Camera dei deputati del 27 ottobre 2008, n. 25, "La crisi dei mercati finanziari", mentre presenta anche un interesse retrospettivo lo *Special report* del *Financial Times* del 16 dicembre intitolato "How gamblers broke the banks" con una rassegna dei vari interventi e commenti apparsi in «a year of turmoil through the FT's pages».

¹³⁹ Per i primi commenti M. VENTORUZZO, *Le nuove norme sull'Opa e gli assetti di controllo*, in *Il sole/24* ore del 13 dicembre 2008, l'intervento estremamente critico di G. ROSSI, riporta ivi, in data 16 dicembre sotto il titolo "Nuova Opa a difesa di potentati", e per un quadro

offerto un'alternativa in sede generale agli Stati membri.

Oltre alla possibilità della non recezione (art.12)¹⁴⁰, la norma comunitaria aveva optato per la scelta di non applicare la regola della neutralizzazione (art.11, comma settimo) quando gli Stati membri «detengono titoli nella società emittente che conferiscono... speciali diritti compatibili con il Trattato, ai diritti speciali previsti dagli ordinamenti nazionali, che sono compatibili con il trattato, e alle cooperative».

Mentre nell'opzione generale si riflettono le difficoltà emerse nel corso della redazione della direttiva che avevano dato luogo ad una soluzione di mediazione al fine di non rendere vincolanti le regole di difesa¹⁴¹, il richiamo ai «diritti speciali», sia se dettati in favore del solo Stato membro quale socio (e non di ogni ente pubblico) in collegamento alla partecipazione azionaria sia più genericamente ai diritti speciali «previsti dagli ordinamenti nazionali» rinvia, con il ripetuto richiamo alla loro compatibilità con il Trattato, all'interpretazione della Corte di giustizia in tema di «golden shares»¹⁴².

L'attenzione che era stata dedicata al tema era fra l'altro comprovata da un documento di lavoro redatto per il Parlamento europeo a cura della Direzione generale degli studi (serie giuridica) nel dicembre 2002¹⁴³ a seguito della proposta della Commissione di accantonare

di sintesi G. VISENTINI, *Intrecci perenni tra politica ed economia*, ivi, 7 dicembre oltre che ampiamente nella ricerca a cura del Ceradi "Società per azioni e mercato finanziario", presentata dallo stesso G. VISENTINI ad Orvieto il 13 dicembre 2008.

¹⁴⁰ Da ultimo A. ANGELILIS e C. MOSCA, *Considerazioni sul recepimento della tredicesima direttiva in materia di offerte pubbliche di acquisto e sulla posizione espressa nel documento della Commissione europea*, in *Riv. soc.*, 2007, p. 1130 ss.

¹⁴¹ Per una ricostruzione del travagliato iter della Direttiva, G. DI MARCO, *Opa comunitaria e processo di integrazione dei mercati: un'occasione mancata*, in *Società*, 2001, p. 1127; M. TOLA, *La Direttiva europea in materia di Opa: prime riflessioni*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2005, I, p. 490 ss.; F.M. MUCCIARELLI, *Il principio di reciprocità nella Direttiva comunitaria sull'opa*, in *Giur. comm.*, 2005, I, p. 830 ss.; R. MAGLIANO, *I nodi irrisolti della tredicesima direttiva società: dall'armonizzazione alla concorrenza tra sistemi normativi*, in *Dir. comm. internaz.*, 2005, II, p. 28.3 ss.

¹⁴² Il punto 20 dei «Considerando» precisa infatti «Tutti i diritti speciali detenuti nelle società dagli stati membri dovrebbero essere considerati nel quadro della libera circolazione dei capitali e delle pertinenti disposizioni del trattato. I diritti speciali, *previsti dal diritto nazionale, privato o pubblico*, detenuti nelle società da stati membri dovrebbero essere esclusi dalla regola di neutralizzazione qualora siano compatibili con il trattato». V - anche quanto osserva in relazione alla decisione Volkswagen, P. PIZZA, *op. cit.*, p. 1196 ss.

¹⁴³ Documento di lavoro del dicembre 2002 redatto da B. DAUNER e M. LAMANDINI su richiesta della commissione giuridica per il mercato interno del parlamento europeo (L.

questo aspetto in quanto «la direttiva dovrebbe occuparsi specificamente delle restrizioni di diritto privato sul trasferimento di titolo e sull'esercizio del diritto di voto».

A questa impostazione era stato contrapposto il suggerimento, dopo il riconoscimento delle «forti implicazioni politiche ed organizzative.....» del tema, di considerare sia le «golden shares» che le «altre restrizioni di diritto pubblico al trasferimento di azioni o all'esercizio di diritto di voto come impedimento alla libertà di stabilimento a norma dell'art. 43, in quanto...ostacolo alla gestione della società ai sensi dell'art. 44, lett. g)....per costringere gli stati membri a giustificare anticipatamente le ragioni di interesse pubblico chepotrebbero giustificare la misura di diritto pubblico...».

Anche se la Corte di giustizia ha privilegiato, almeno ad oggi, il diverso aspetto della difesa della libertà di movimento dei capitali nei confronti di misure nazionali non conformi al diritto comunitario, il profilo della libertà di stabilimento sul cui rispetto la Corte ha sempre richiamato gli stati membri¹⁴⁴ non ha perso la sua attualità sia per i rilievi che sono stati formulati per aver limitato il giudizio solo a questo principio¹⁴⁵ sia per l'osservazione che «...dans certaines occurrences, qui sont autant d'aberration de comportement, le pouvoir politique n'hésite pas à se fonder sur cette réglementation pour intimider un attaquant indésirable, généralement étranger»¹⁴⁶.

L'interpretazione fornita prima della direttiva intesa ad escludere che i poteri speciali permettano di ravvisare l'esistenza di una categoria ex art. 2348 c.c. in quanto «connessi alla particolare qualificazione giuridica del socio detentore, non alle azioni che egli possiede»¹⁴⁷, anche se allora corretta, va ora rivista per le modalità con cui ha trovato applicazione nel nostro sistema (art. 2 d.lgl. 19 novembre 2007, n. 229)

2929), intitolato *La nuova proposta di direttiva in materia di diritto delle società concernente le offerte pubbliche d'acquisto e il conseguimento di condizioni e regole uniformi con particolare riferimento alle raccomandazioni del gruppo ad alto livello di esperti in materia di diritto societario istituito dalla commissione europea* (serie giuridica, Iuris,12 -2002).

¹⁴⁴ Da ultimo R. TORINO, *Diritto comunitario e diritto cumpeo delle società* in *Digesto Disc. Priv, sez. Commerciale*, Aggiornamento, 2007, p. 12 dell'estratto.

¹⁴⁵ Per tutti T. BALLARINO e L. BELLodi, *La Golden Share nel diritto comunitario. A proposito delle recenti sentenze della Corte comunitaria*, in *Riv. soc.*, 2004, p. 12 ss.

¹⁴⁶ A. VIANDIER, *OPA OPE et autres offers publiques*, Paris, 2006, p. 112.

¹⁴⁷ P. GROSSO, *Categorie di azioni ed assemblee speciali. Il diritto italiano nel contesto comunitario*, Milano, 1999, p. 96.

la deroga prevista dall'u.c. dell'art. 11 della direttiva¹⁴⁸.

L'art. 104 bis inserito nel t.u.f. dopo aver stabilito (comma quinto) l'inefficacia nei confronti dell'offerente delle limitazioni statutarie al trasferimento e al diritto di voto anche dei patti parasociali, ha specificato (comma settimo) che «restano ferme le disposizioni in materia di poteri speciali di cui all'art. 2 d.l. 31 maggio 1994, n. 322, convertito con modificazioni dalla legge 30 luglio 1994, n. 474 e successive modificazioni e in materia di limiti di possesso azionario di cui all'art. 3 del medesimo decreto legge»¹⁴⁹.

L'affermazione della salvezza degli attuali poteri speciali, sia pur in attesa della decisione della Corte, oltre a sottolineare ancora una volta il mancato coordinamento con il regime dei comma 381 ° - 384° l. 23 dicembre 2005 n. 266 ripropone, unitamente alla previsione in funzione antisalata (gli «speciali diritti») delle categorie speciali di azioni introdotte dall'art. 2449 c.c., il tema della compatibilità di queste forme di difesa con le regole che presiedono al mercato del controllo societario e alla contendibilità delle società, applicandosi l'esenzione dalla regola di neutralizzazione solo quando i relativi diritti speciali siano «compatibili con il trattato» (u. c. art. 11 della direttiva).

Non si è mancato di rilevare che se il «gradimento» del Ministro per l'economia all'acquisto di partecipazioni rilevanti portava ad escludere l'applicazione della regola di neutralizzazione - del resto in aderenza ad un fenomeno ormai generalizzato nell'ambito degli stati comunitari - il decreto è intervenuto pesantemente nella disciplina dei tetti azionari la cui «inefficacia scatta solo se l'opa ottiene la soglia del 75% dei diritti di voto su nomina e revoca di amministratori e membri del consiglio di sorveglianza», rendendo alcune delle società privatizzate più significative meno contendibili¹⁵⁰.

Mentre sotto questo profilo l'eventuale contrasto tra la norma nazionale e la disciplina della libertà di movimento dei capitali o della libertà di stabilimento potrà essere risolto dalla Corte di giustizia, il mancato coordinamento fra il nuovo art. 104 bis del tuf e il regime speciale introdotto dal comma 381° l. 266/05 quando «si utilizzano

¹⁴⁸ Sul tema F. M. MUCCIARELLI, *L'attuazione della Direttiva opa nell'ordinamento italiano*, in *Giur. comm.*, 2008, I, p. 448 ss.

¹⁴⁹ Per una considerazione dell'adozione di queste due tecniche di difesa nelle società privatizzate, E. DESANA, *Opa e tecniche di difesa (dalle misure difensive "successive" a quelle "preventive")*, Milano, 2003, p. 226 ss.

¹⁵⁰ F. M. MUCCIARELLI, *op.ult.cit.*, p. 465.

strumenti finanziari partecipativi e azioni di categoria quale "veicolo" per l'assegnazione di diritti speciali»¹⁵¹ suscita, pur nella diversità di fattispecie, alcuni problemi nell'interpretazione dell'art. 2449 c.c.

Se il ricorso indifferenziato della tecnica introdotta dai comma 381° ss. nei confronti delle società a partecipazione pubblica trovava la sua giustificazione nell'applicazione della norma speciale a tutte le società «nelle quali lo Stato detenga una partecipazione rilevante» (primo periodo comma 381°), l'individuazione nei confronti delle «società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio»¹⁵² delle condizioni di efficacia (comma 384°) per le delibere di modifica delle clausole statutarie previste dall'art. 3 l. 30 luglio 1994, n. 474 (limite massimo del possesso azionario) va coordinata con il regime dell'art. 2449 c.c.

La stessa norma, dopo aver subordinato - una volta decorso un triennio «dall'iscrizione della delibera assembleare» (comma terzo art. 3 cit) - l'efficacia delle modifiche delle clausole «all'approvazione.. dell'assemblea speciale dei titolari delle azioni o degli strumenti finanziari di cui al comma 381°» stabilisce (comma 384°) che «in tal caso non si applica il secondo periodo del (citato)comma 3», disposizione che prevedeva «comunque» la decadenza della clausola relativa al limite di possesso azionario «allorché il limite sia superato per effetto di una offerta pubblica di acquisto promossa ai sensi degli articoli 106 e 107 del testo unico delle disposizioni in materia di mercati finanziari...»¹⁵³.

L'inserimento nell'art. 104 bis (comma settimo) della deroga alla regola della neutralizzazione per i poteri speciali e i limiti di possesso azionario (artt. 2 e 3 l. 30 luglio 1994, n.474) poteva essere l'occasione per sistemare in un contesto unitario le diverse alternative di difesa preventiva specie per il caso in cui in presenza di una partecipazione «prevalente» dello Stato in società privatizzate «la decisione di emette-

¹⁵¹ F. GHEZZI e M. VENTORUZZO, *op. cit.*, p.705.

¹⁵² La formula aggiorna con riferimento alla caratteristiche che deve presentare la società con partecipazione pubblica per rispondere ai requisiti previsti dalla riforma per le «società aperte e con titolo quotati» la versione precedente che giustificava l'applicazione dei «poteri speciali» alle "società operanti nei settori di cui all'art. 2 (cioè difesa, trasporti, telecomunicazioni, fonti di energia e pubblici servizi individuati dal Presidente del consiglio già oggetto di modifiche rispetto alla versione iniziale rappresentata dagli «obiettivi nazionali di politica economica e industriale), nonché (al)le banche e (al)le imprese assicuratrici...».

¹⁵³ Sulla funzione di queste norme dettate a tutela del diritto alla valorizzazione dell'investimento, M. TOLA, *Opa e tutela delle minoranze*, Napoli, 2008, p. 162 ss.

re questa "poison pill" influisce anche sull'efficacia dei tetti statutari»¹⁵⁴.

Resta comunque il dubbio sull'esito di un giudizio di legittimità comunitaria, indipendentemente dalla circostanza che per il decreto, nel quadro complessivo delle tecniche di difesa adottate a difesa della partecipazione pubblica disciplinata dall'art. 2449 c.c., "l'inefficacia della norma sui tetti azionari viene slegata dalla futura "approvazione comunitaria" già prevista dalla legge finanziaria del 2006 (art. 1, comma 384°)¹⁵⁵ essendo più trasparente, nella sua rispondenza all'evoluzione dell'attuale fase economica, una disciplina dettata «per i soli settori di effettiva rilevanza strategica per l'interesse nazionale»¹⁵⁶.

Sotto questo profilo la riforma dell'art. 2449, oltre ad esercitare un'incidenza diretta sui problemi ora considerati, influenza in modo diverso, a seconda si sia in presenza o meno di società che fanno appello al mercato del capitale di rischio, la disciplina delle società con partecipazione pubblica.

6. S.r.l. a partecipazione pubblica

All'applicabilità dell'art. 2449 c.c. nei confronti della sola società per azioni corrisponde, a seguito della riforma delle società di capitali, il rinnovato interesse per l'esercizio dell'impresa pubblica nella forma di s.r.l., già espressamente individuata dalla legislazione dei servizi pubblici locali (art. 113 ss. d.lgs 18 agosto 2000, n. 267) quale forma organizzativa alternativa alla s.p.a.¹⁵⁷.

Le novità introdotte dalla riforma alla disciplina della s.r.l. presentano infatti una «particolare congruenza con specifiche esigenze di regolamentazione proprie delle società a capitale misto»¹⁵⁸ ed evidenziando l'eventuale «disparità di peso tra i soci - disparità tra misura della partecipazione e diritti sociali» attribuiti¹⁵⁹, possono agevolare il perseguimento di quella sostanziale fungibilità tra lo schema funzionale della società mista e il ricorso all'appalto riconosciuta pur nei limiti ricordati dalla più recente giurisprudenza amministrativa.

¹⁵⁴ F. M. MUCCIARELLI, *op. cit.*, p. 465.

¹⁵⁵ F. M. MUCCIARELLI, *op. cit.*, pp. 465 e 466.

¹⁵⁶ M. LAMANDINI, *Legiferare "per illusione ottica"? OPA e reciprocità "italiana"*, in *Giur. Comm.*, 2008, I, p. 243.

¹⁵⁷ C. IBBA *op. cit.*, p. 12; M. COSSU, *op. cit.*, p. 630.

¹⁵⁸ C. IBBA *op. cit.*, p. 13 ss.

¹⁵⁹ M. COSSU, *op. cit.*, p. 633.

In una delle prime decisioni chiamate ad applicare le condizioni che, ad avviso dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, permettono di considerare legittima la scelta del socio ai fini della costituzione di una società che divenga affidataria dell'opera o del servizio senza necessità di gara è stato riconfermata la necessità che attraverso questa «procedura non si realizzi un affidamento diretto alla società mista, ma piuttosto un affidamento con procedura di evidenza pubblica dell'attività operativa della società mista al partner privato, tramite la stessa gara volta all'individuazione di quest'ultimo».

Si è aggiunto, significativamente, che il «modello, in altre parole, trae la propria legittimità dalla circostanza che la gara ad evidenza pubblica *per la scelta del socio privato abbia ad oggetto al tempo stesso, l'attribuzione dei compiti operativi e quella della qualità di socio*» (corsivo aggiunto)¹⁶⁰, realizzando una sostanziale «equiparazione tra la gara per l'affidamento del servizio e quella della scelta del socio.....» ove quest'ultimo si configuri come socio «industriale od operativo» (socio di lavoro) concorrendo materialmente all'erogazione del servizio pubblico in contrapposizione al «socio finanziario»¹⁶¹.

Questa impostazione, certamente attenta oltre che alle caratteristiche di fatto al necessario rispetto delle regole di mercato che condizionano la legittimità di una scelta non concorsuale, conferma, fornendo una concreta risposta sulle regole che devono presiedere all'affidamento in favore della società mista, la conclusione dell'Adunanza plenaria circa l'impossibilità di elaborare una soluzione univoca o un modello definitivo.¹⁶²

Si ripropongono dunque, nella loro capacità a dare una risposta ai diversi interessi coinvolti nella scelta del socio, le soluzioni rimesse nella varietà delle situazioni di fatto all'autonomia statutaria che consentono alla struttura organizzativa della s.r.l. di rispondere concretamente, per sua flessibilità, alle esigenze della singola fattispecie e ad identificare, ai fini della selezione concorsuale, «i compiti operativi collegati all'acquisto della qualità di socio»¹⁶³.

Non vi sono dubbi in questa prospettiva, sulla possibilità di introdurre nella disciplina statutaria della società mista a r.l. previsioni

¹⁶⁰ Così Cons. Stato (sez. VI) n. 4603 del 23 settembre 2008 cit.

¹⁶¹ M. CHIAPPETTA, *op. cit.*, p. 382.

¹⁶² Adunanza plenaria 3 marzo 2008, n.1 cit.

¹⁶³ Cfr. ancora Cons. stato (sez. VI) n. 4603 del 23 settembre 2008 cit.

che, accompagnandosi alla disparità tra misura della partecipazione e diritti sociali¹⁶⁴ prevedano la conferibilità di servizi da parte di soggetti con specifiche competenze tecnico imprenditoriali (art. 2464 c.c.) - in alternativa alla tecnica degli strumenti finanziari utilizzabile nella s.p.a. -, l'esclusione del socio «per giusta causa» (art. 2473 *bis* c.c.) e la ricerca di un diverso equilibrio dei diritti sociali fra diritti amministrativi e diritti patrimoniali¹⁶⁵, per realizzare soluzioni che corrispondano, almeno in parte, al nuovo regime dell'art. 2449 c.c.

L'incertezza di maggior respiro in grado di tradursi in un'utilizzazione della società mista in termini diversi da quelli perseguiti con la scelta del tipo sociaie¹⁶⁶ è stata tuttavia ravvisata nell'esclusione di un'ingerenza dei soci nella gestione resa possibile da una clausola che stabilisca, in parallelo a quanto avviene nelle società per azioni, ad esempio «la gestione dell'impresa spetta esclusivamente agli amministratori».

Varie e motivate sono le ragioni addotte a favore dell'introduzione di una clausola del genere che permetterebbe, nell'accentuazione di una regola organizzativa propria della società per azioni anche nella forma «chiusa», da un lato, a tutela del socio pubblico «di evitare interventi in materia dell'assemblea...nella quale chi rappresenta il socio pubblico spesso non ha le necessarie informazioni e competenza» e dall'altro di impedire o l'esautorazione del privato dalla gestione «demandando le relative decisioni alla collettività dei soci» o, di contro agevolerebbe la possibilità per il «socio di minoranza in possesso di un terzo del capitaledi investire di decisioni gestorie la collettività dei soci, con ciò scaricando sulla maggioranza pubblica oneri che possono trovarla del tutto impreparata e responsabilità che i soci pubblici - quando hanno optato per quel modello di società mista - certamente non intendevano assumere».¹⁶⁷

Tuttavia la scelta di una regola di organizzazione aziendale così intesa sembra in conflitto con la disciplina della riforma (art. 2479 c.c.) quando, dopo aver stabilito la competenza dei soci a decidere «sulle materie»

¹⁶⁴ M. COSSU, *op. cit.*, p. 633.

¹⁶⁵ Nel richiamare queste norme C. IBBA, *op. cit.*, pp. 12-15, esamina analiticamente una serie di soluzioni intese a garantire la gestione dell'attività sociale da parte del socio di minoranza.

¹⁶⁶ C. IBBA, *op. cit.*, p.16.

¹⁶⁷ C. IBBA *op. cit.*, pp. 13-15; riprende il tema dell'opportunità di escludere nelle società pubbliche ogni potere gestorio dei soci in quanto tali M. COSSU, *op. cit.*, p. 641.

loro riservate dall'atto costitutivo" (individuate quindi dalle parti nella loro dialettica contrattuale), amplia l'ambito della previsione anche agli «argomenti che uno o più amministratori o tanti soci che rappresentano almeno un terzo del capitale sottopongono alla loro approvazione».

Nonostante non manchino argomenti sotto il profilo sistematico a favore della derogabilità del potere del socio o dell'amministratore a sollecitare un intervento dei soci per concentrare la gestione nei soli amministratori¹⁶⁸ sembra, indipendentemente dalla rilevanza «politica» che può assumere nella società mista la facoltà di sottoporre ai soci argomenti propri della gestione¹⁶⁹, che un momento di mediazione fra le opposte letture del diritto di impulso inteso come strumento di tutela dei soci di minoranza e del rispetto dell'elasticità organizzativa del modello s.r.l., possa essere rappresentato da una rigorosa individuazione nello statuto, in funzione dell'attività della società, delle «materie» riservate alla competenza dei soci che potrebbe permettere di qualificare come oggetto di abuso un uso sistematico del meccanismo di avocazione condotto in violazione del principio di correttezza¹⁷⁰.

7. Conclusioni

Al termine di un primo, anche se provvisorio, bilancio della riforma dell'art. 2449 c.c. si deve solo auspicare, in attesa dell'ormai prossimo intervento della Corte di giustizia nella causa C-326/07 e di un eventuale rinvio al giudice comunitario della nuova normativa¹⁷¹, non solo il completamento della riforma nel settore delle società locali a partecipazione pubblica per l'esercizio di pubblici servizi con una disciplina rispettosa delle regole di mercato ma evitare, nel rispetto dei diversi ruoli della so-

¹⁶⁸ Per le opposte tesi v. C. IBBA, *op. cit.*, p. 18; M. COSSU, *op. cit.*, p. 640 e in senso contrario da ultimo I. DEMURO *Distribuzione e spostamento di competenza tra amministratori e (decisioni) dei soci nella s.r.l.*, in *Scritti in onore di V. Buonocore*, III, t. I, Milano, 2005, p. 2319 ss. e ivi cit.

¹⁶⁹ I. DEMURO, *op. cit.*, p. 2338.

¹⁷⁰ S. SANZO, *Le decisioni dei soci in Le nuove s.r.l.* diretta da M. Sarale, Bologna, 2008, p. 352. V. anche quanto osserva R. VIGO, *Decisioni dei soci: competenze*, in *Il nuovo diritto delle società*, III, p. 473 quando osserva come «in un contesto di valorizzazione dell'autonomia statutaria, è plausibile, comunque che questo potere di approvazione possa essere ridotto o escluso dall'atto costitutivo».

¹⁷¹ I. DEMURO *op. cit.*, p. 594; F. GHEZZI e M. VENTORUZZO, *op. cit.*, p. 704.

cietà a partecipazione totalitaria e della società mista¹⁷², «interventi legislativi singolari alle cui spalle nessuno sappia rinvenire giustificazioni serie»¹⁷³ tali da confermare la sensazione per l'interprete, nel disordine dei temi e nell'eterogeneità del materiale normativo¹⁷⁴, come recentemente è stato scritto, nell'esame di un particolare aspetto dell'art. 2449 c.c., di compiere «una sorta di viaggio fra le macerie della nostra legislazione, ormai sempre più disastrosa e dissestata»¹⁷⁵.

¹⁷² Da ultimo, con la consueta chiarezza, S. SCOTTI CAMUZZI, *Rileggendo "Recenti mutamenti nella struttura e nella gerarchia dell'impresa" di Luigi Mengoni*, in *Riv. soc.*, 2008, p. 368 e in questi Studi.

¹⁷³ V. DI CATALDO, *Interporti e diritto delle società*, in *Riv. soc.*, 1991, p. 866 che nell'esame della l. 4 agosto 1990, n. 240 aveva osservato come spetti «all'interprete...cercare un equilibrio tra il rispetto della nuova legge, che è ricerca in essa di un qualche, sia pur minimo, valore e la fedeltà ad un sistema che è frutto della riflessione collettiva dell'ordinamento giuridico nella sua totalità ed indica degli assetti d'interesse sui quali si formato un consenso forte. Ma non può certo prevedere, rispetto a tale secondo polo di attenzione, la fedeltà ad interventi legislativi singolari alle cui spalle nessuno sappia rinvenire giustificazioni serie».

¹⁷⁴ Sul fenomeno dell'aggravamento «costante e progressivo della nostra situazione legislativa» (per tutti v. V. BUONOCORE, *Il diritto commerciale "nascosto" ovvero dell'etica del legislatore e della certezza del diritto* in *Giur. Comm.*, 1998, I, p. 5 ss.) che ha richiamato l'attenzione degli studiosi di linguistica v. B. MORTARA GARAVELLI, *Le parole e la giustizia*, Torino, 2001, p. 144 ss. e P. CHIASSONI, *Le parole e la giustizia (Direttive di politica linguistica per operatori giuridici non illuministi)*, in *Riv. trim. dir. proc. cit.*, 2002, p. 215.

¹⁷⁵ C. IBBA, *op. cit.*, p. 592.

4.

Alberto Asquini Commissario straordinario IRI e Sergio Paronetto responsabile della sede di Roma. Dal trasferimento dell'IRI a Milano (9 ottobre-12 novembre 1943) alla critica della "socializzazione delle imprese" (d.lgs. 12 febbraio 1944, n. 251) * **

SOMMARIO: 1. Il tema - 2. Trasferimento dell'Iri al Nord e i protagonisti delle successive vicende. - 3. Azioni a difesa dell'Iri e delle sue aziende. - 4. Le critiche di Asquini e di Paronetto al programma di "socializzazione delle imprese" condotte nella tutela del sistema del codice del '42 e nella difesa degli interessi del corpo sociale. - 5. Conclusioni su: a) Sergio Paronetto b) Alberto Asquini. - 6. Postilla.

1. Il tema

Nel breve periodo in cui Alberto Asquini¹ è stato Commissario

* Da *Riv. dir. comm.*, 2013, I, 1-46.

** Il presente lavoro riproduce, integrata dalle note e dai necessari aggiornamenti, la relazione al Convegno tenuto, a cura di S. Baietti e G. Farese, presso la sala delle Colonne della Luiss Guido Carli il 18 febbraio 2011, sul tema "Sergio Paronetto e il formarsi della costituzione economica italiana".

¹ Merita di essere sottolineato, prima di ricordare l'attività di Asquini come Commissario dell'Iri, il suo impegno di giurista, di politico e di tenace difensore del ruolo dell'imprenditore. Sulla figura di A. Asquini v. fin d'ora l'appassionata biografia di R. Meneghetti, *Alberto Asquini (1988-1972). Ristrutturazione dell'economia. Riorganizzazione dello Stato*, Udine, IFSML, 1995, *passim*).

L'incarico di commissario lo porterà rapidamente ad un conflitto con il vertice della Repubblica sociale, dovuto alle sue riserve sulla c.d. "socializzazione delle imprese" che sarà realizzata con il d.lgs. 12 febbraio 1944, n. 251 e alla coerenza, manifestata in questa occasione dal giurista, a difesa dello statuto dell'imprenditore introdotto dalla codificazione del '42 e della funzione delle imprese pubbliche (N. Rondinone, *Storia inedita della codificazione civile*, Milano, 2003, p. 678, intitola significativamente un paragrafo ad "Alberto Asquini, ovvero della coerenza").

In questa sede non c'è nulla da aggiungere a quanto detto da R. TETI, *Codice civile e*

straordinario dell'Iri (5 ottobre 1943-7 febbraio 1944) e Sergio Paronetto², già capo della segreteria tecnica di Donato MenicHELLA³, responsa-

regime fascista. Sull'unificazione del diritto privato, Milano, 1990, p. 95: "La figura di Alberto Asquini è di grande importanza, non soltanto come giurista e presidente della commissione per la riforma del codice di commercio, ma anche come "tecnico" vicino al regime (tra gli incarichi affidatogli quello di sottosegretario al ministero delle corporazioni). Un giudizio su Asquini che ci sembra molto rispondente al vero in E. Cianci, *La nascita dello stato imprenditore in Italia*, Milano, 1975, pp. 216-217 per il quale Asquini rappresenta l'ala più moderata e liberista del fascismo, fedele al regime non nascondeva la sua simpatia per i liberi ordinamenti economici e per i sistemi industriali aperti alla competitività ed alla concorrenza. La stessa idea di Asquini si ha leggendo la sua produzione giuridica ed in particolare i suoi scritti sulla riforma del diritto commerciale e valutando la sua opera di codificatore. E che Asquini, ancorché molto vicino al regime, e spesso con posti di responsabilità politica, non fosse entusiasta di quelle che venivano sbandierate come le innovazioni "rivoluzionarie" del fascismo, è testimoniato da G. BOTTAI, *Diario 1935-1944*, a cura di G.B. Guerri, Milano, 1983, p.149 che ne fa, insieme a Bruno Biagi, altro sottosegretario del ministero delle corporazioni, uno degli artefici del "clima di vaga reazione anticorporativa degli anni '33-'34".

- ² Sulla figura di S. Paronetto, fondamentale l'appassionata ricostruzione di M. L. Paronetto Valier, *Sergio Paronetto. Libertà d'iniziativa e giustizia sociale*, Roma, 1991, *passim* che ne illustra il costante impegno nello studio e nel lavoro di formazione dedicati ad un contributo quotidiano per una cultura sociale ed eticamente impegnata nella ricostruzione nel Paese.

Sull'impegno di Paronetto e del suo contributo con Saraceno e Sebgondini all'esame del rapporto tra economia, società e sistema, ricordato ancor oggi da G. DE RITA, *La trappola della semplicità*, nel *Corriere della sera* del 20 giugno 2011, v., nell'ottica qui considerata, oltre gli spunti presenti in *Storia del capitalismo italiano dal dopoguerra a oggi*; a cura di F. Barca, Roma, 1997, p. 18, p. 191 *sub nota* 3, pp. 594-596, p. 604, i lavori di G. LA BELLA *L'Iri nel dopoguerra*, Roma, 1983, specie p. 112 ss. e, ampiamente, M. Casella, *L'Azione cattolica alla caduta del fascismo. Attività e progetti per il dopoguerra (1942-'45)*, Roma, 1984, specie pp. 47 ss. e 223-233.

Fra gli studi più recenti è sempre utile la consultazione di S. Baietti-G. Farese, *Sergio Paronetto. La forma dell'economia italiana*, in corso di pubblicazione, e la voce dell'*Enciclopedia della Banca, della Borsa e della Finanza* dedicata a *Sergio Paronetto (1911-1945), economista, manager industriale, scienziato sociale*.

- ³ Dopo aver sottolineato la delicatezza dell'incarico svolto da Paronetto, G. Carli, in *Guido Carli senatore e ministro del Tesoro, 1982-1992*, Scritti e discorsi a cura di P. Craveri, Milano, 2009, p. 316 ricorda di essergli stato presentato, prima di essere assunto in Iri, da un sacerdote originario della val Trompia, amico della famiglia Montini e il dialogo continuo mantenuto anche dopo essere uscito dall'Istituto. Questa esperienza permette a Carli di concludere il ricordo richiamando uno scritto di Paronetto del '41 che sembra prefigurare quanto avverrà di lì a pochi anni: "Se tu, o Signore, mi chiami, vuol dire che quello che a me pare incompiuto è già concluso; quello che a me sembra un dovere era uno scrupolo; quello che credo appena avviato è già in porto; che la mia vita è tutta lì, che ha una sua unità e una sua completezza, così com'è: guardiamola. Così sia".

bile con Moses Chinigò della sede distaccata di Roma, il principale avvenimento organizzativo è rappresentato dal trasferimento dell'Istituto a Milano, deliberato il 27 settembre⁴ "per assicurare il miglior funzionamento degli uffici dell'Istituto nelle attuali contingenze", da un "renitente" Presidente, Francesco Giordani che, succeduto nel 1939 ad Alberto Beneduce, era in procinto di dimettersi⁵.

Dopo la Liberazione, Paronetto verrà denunciato da alcuni funzionari dell'Istituto, per aver concorso al trasferimento dell'Iri sollecitato dal Commissario Asquini, in una "oscura" vicenda in cui confluirono "manovre e speculazioni politiche e vendette di piccoli e squalidi personaggi"⁶ e sarà riabilitato pienamente, ma solo dopo la sua prematura morte, dalla Corte d'Appello di Roma.

Gli saranno compagni in questa dolorosa vicenda altri dirigenti dell'Iri, fra i quali spiccano i nomi di Donato Menichella e Pasquale Saraceno.

Il primo, direttore generale dell'Istituto dimessosi dalla carica il 22

Ricorda, ora, l'apprezzamento di Paronetto per Carli, G. NICOLOSI, *"Risorgimento liberale". Il giornale del nuovo liberalismo. Dalla caduta del fascismo alla Repubblica (1943-1948)*, Soveria Mannelli, 2012, p. 79.

⁴ Nel ricordare la delibera basata sul distacco del personale specializzato "per assicurare il servizio di ispezione e controllo delle aziende dipendenti", che sarà uno dei motivi della denuncia all'Alto commissario per l'epurazione dopo la Liberazione di vari dirigenti Iri fra i quali anche Paronetto, corre l'obbligo di ringraziare la Fondazione Iri per aver reso possibile la consultazione sul punto, del dattiloscritto del primo volume, *Storia dell'Iri. Dalle origini al dopoguerra*, a cura di V. CASTRONOVO, Bari, 2012 e le dott.sse, Elisa Bonocore responsabile della biblioteca del Dipartimento Diritto ed economia delle Attività produttive, Facoltà di Economia de "La Sapienza", Michela Ghera dell'Istituto Luigi Sturzo e Ilaria Mandolesi che ha curato il trasferimento dell'archivio Iri presso l'Archivio centrale dello Stato, per l'intelligente e paziente disponibilità con cui mi hanno guidato nella ricerca delle fonti e del relativo materiale.

Nello stesso periodo avrà luogo anche il trasferimento a Milano dell'Assonime che, dopo il suo scioglimento nel febbraio 1945, dovrà affrontare notevoli problemi organizzativi, con il conseguente mancato coinvolgimento dei suoi maggiori rappresentanti nelle scelte di politica economica del Paese (così, F. DANDOLO, *L'Assonime nella storia d'Italia*, in *Bancaria*, 2011, fase. 9, 92).

⁵ Nel giugno 1944 Paronetto in una lettera - programma sui gravi problemi economico-finanziari indirizzata a De Gasperi (pubblicata in *De Gasperi scrive Corrispondenza con capi di stato cardinali uomini politici giornalisti diplomatici* a cura di M.R. De Gasperi, I, Morcelliana, 1974, p. 349 ss.) difende la figura e l'impegno di Giordani sottolineando l'opportunità di "evitare che l'eventuale sua sostituzione alla presidenza dell'Id (provvedimento per sé non necessario, ma che potrebbe anche essere giustificato, nel momento attuale) non suonasse condanna per lui".

⁶ Così, M. L. Paronetto Valier, (nt. 2), p.55.

settembre del 1943 per "aver fatto il suo tempo",⁷ sarà riassunto nel dopoguerra ancora come direttore generale⁸ per essere poi nominato Governatore della Banca d'Italia succedendo a Luigi Einaudi; il secondo, protagonista e ispiratore, come consulente dell'Iri, della politica della ricostruzione del Paese sarà Presidente, fino alla sua morte (1991), della Svimez che aveva contribuito a fondare, per lo studio dei problemi dell'economia del Mezzogiorno.

Nella sentenza istruttoria del 23 febbraio 1946 che dichiarava di non doversi procedere per non esser stato commesso il fatto (nel frattempo, come ricordato, Paronetto era deceduto nel marzo 1945), la Corte d'Appello di Roma⁹ ha giudicato severamente il contenuto dell'esposto, seguendo del resto la stessa impostazione del rappresentante dell'accusa quando, dopo aver sottolineato il "legittimo sospetto sulla serenità inquirente" dei denunciati ne aveva tratto "l'amara constatazione che non amore di patria o fede di giustizia li ha ispirati, ma forse il peso di malcelate ambizioni, di remote rivalità, di rinascenti pretenziose speranze"¹⁰.

La Corte, al termine di una ricca attività istruttoria nella quale ha valutato, in occasione e a seguito del trasferimento dell'Iri al Nord, sia il comportamento di Asquini che le attività svolte da Paronetto e dagli altri dirigenti dell'Iri durante l'occupazione di Roma, conclude il proprio esame¹¹ esprimendo il senso di "doloroso stupore nel con-

⁷ Sul punto v. M. FERRARI AGGRADI, *Donato Menichella: i momenti più difficili, premessa di un grande impegno a servizio dello Stato*, in *Donato Menichella. Testimonianze e studi raccolti dalla Banca d'Italia*, Bari, 1986, p. 103 ss.

La corrispondenza fra Menichella e Giordano del 13, 20 e 22 settembre 1943 viene anche ricordata in *Donato Menichella. Stabilità e sviluppo*, Bari, 1997, I, pp. X- XI.

⁸ F. BARCA - S. TRENTO, *La parabola delle partecipazioni statali: una missione tradita*, in *Storia del capitalismo italiano* (nt. 2), p. 189.

Ricorda G. Carli (nt. 3), 164, che Einaudi propose Menichella, da poco reimmesso nella carica di direttore generale dell'Iri, a direttore generale della Banca d'Italia, pur conoscendolo poco, "in seguito alle informazioni apprese da persone in cui riponeva fiducia e che avevano avuto rapporti diretti o indiretti con lui, negli anni nei quali, con Beneduce prima, con Giordani poi, aveva guidato l'Iri. Cito fra esse: Agostino Rocca e Sergio Paronetto".

⁹ App. Roma-Sez. istruttoria del 23 gennaio-23 febbraio 1946. consultata in dattiloscritto, unitamente alla requisitoria del Procuratore generale del 19 dicembre 1945 nel testo conservato presso ASIRI, II, Archivio storico, Miscellanea, "Sentenza processo Iri." Entrambi i documenti sono ora pubblicati in *Sergio Paronetto e il formarsi della costituzione economica italiana*, a cura di S. BAIETTI e G. FARESE, Soverla Mannelli, 2012, pp. 381 ss.

¹⁰ App. Roma, (nt.9), p. 5-6.

¹¹ Va anche ricordato, per una migliore comprensione del quadro complessivo della vi-

statare che un'accusa del genere siasi potuto formare per sì lunghi mesi sul capo di cittadini e funzionari degnissimi, cui molto si deve se l'Istituto è oggi in piena efficienza oggi." (per una maggiore informativa sulle vicende all'origine del processo v. *infra*)¹².

2. Trasferimento dell'Iri al Nord e i protagonisti delle successive vicende

"L'Iri mi permette di riprendere a circolare sulle quattro ruote di una Topolino"¹³: è con questa battuta, nella quale si riflette, per chi lo ha conosciuto, il ricordo della "sorridente ironia"¹⁴ di Asquini¹⁵ che lo

ceda processuale che dopo la denuncia iniziale del 26 ottobre 1944 lo stesso Alto Commissario per l'epurazione aveva informato il giudice istruttore, in data 28 settembre 1945, "essere risultato conforme a verità quanto aveva riferito il dott. Giovanni Malvezzi, che aveva diretto l'Iri al nord, che cioè tutto il patrimonio e l'attività dell'Iri fossero stati salvati per effetto di una linea di azione *la quale era stata concertata a Roma prima che fosse attuato il trasferimento*" (dal dattiloscritto (nt. 10), p. 5, corsivo aggiunto).

Lo stesso Commissario Picardi, nominato all'Iri dopo la Liberazione in sostituzione di due commissari provvisori, nella sua Relazione sul periodo 8 settembre 1943-12 marzo 1946 ricorda di aver accertato, dopo una campagna di stampa iniziata con l'articolo "70 miliardi trafugati all'Iri" su *L'Unità* del 24 ottobre 1944 che "l'apparente acquiescenza a tali ordini (il trasferimento), prestata con manifesta cattiva volontà e non senza tentativi di ostruzionismo, faceva comunque parte di un piano tendente a salvaguardare gli interessi dell'istituto e di impedire che questo divenisse comodo strumento dei fascisti e dei tedeschi nel loro disegno di sfruttare tutte le risorse del Paese, ai fini della loro disperata e inutile resistenza alle forze alleate; che in queste condizioni il trasferimento del portafoglio titoli non avrebbe potuto portare alcun pregiudizio all'istituto, sia perché la natura dei titoli stessi non consentiva alle illegittime autorità fasciste alcuna effettiva possibilità di smobilizzo del patrimonio dell'Istituto sia perché la presenza presso la direzione generale di Milano di funzionari fedeli ed animati da indubbi sentimenti di patriottismo (nota, si richiama la figura e il ruolo di Malvezzi direttore generale) valse a tutelare efficacemente gli interessi dell'Istituto".

¹² App. Roma, (nt. 10), p.46.

¹³ Dal diario di Alberto Asquini, XXX, *Tricesimo, Ragionamenti e Udienze 1894-1946, Almanacco e Archivio anastatico*, Roma, 1995, p. 53. Su questi diari "apparentemente semplici...in realtà complessi, ricchi di spunti, come è ricca la personalità dell'Autore" v. la recensione di R. MENEGHETTI, *I diari di Alberto Asquini*, in *Storia contemporanea in Friuli*, XXV, 1995, p. 153.

¹⁴ G. OPPO, *Alberto Asquini, Necrologio*, in *Riv.dir. civ.*, 1973, I, p. 78, ripubblicato in G. OPPO, *Diritto dell'impresa, Scritti giuridici*, I, Padova, 1992, p. 10.

¹⁵ Su Asquini giurista e sul suo contributo alla codificazione del '42 basti ricordare, oltre al lavoro di Teti (nt. 1), G. OPPO, *Ricordo di Alberto Asquini*, *Per gli allievi (in oc-*

stesso Asquini commenta la nomina a Commissario straordinario (decreto del 5 ottobre 1943), ben conscio che "l'accettazione di qualunque carica oggi ai più sembri una pericolosa avventura"¹⁶.

La nomina faceva seguito, oltre ad una precedente indicazione per il Ministero delle corporazioni, considerata dallo stesso interessato senza alcun fondamento¹⁷, alle voci, indice del caos allora esistente, della nomina al Ministero degli Scambi e Valute, anche se già "per fortuna ... abolito"¹⁸.

Nel breve periodo di tempo in cui Alberto Asquini ha svolto le funzioni di Commissario dell'Iri non sono mancate, sia nel corso del trasferimento al Nord che nella gestione delle imprese partecipate, le occasioni in cui si sarebbe manifestato, nella tutela del patrimonio aziendale e dei rappresentanti delle società, quell' "equilibrio culturale ed umano....oltre che di protagonista concreto" che gli è stato generalmente riconosciuto¹⁹.

Nell'esame delle vicende di maggior rilievo che hanno interessato in quel periodo l'Istituto e le sue maggiori società partecipate appare significativo considerare, per una valutazione d'insieme, non tanto il rapporto gerarchico fra il Commissario dell'Iri e Paronetto, Vice direttore generale, indicato al primo dallo stesso Menichella, ma le ragioni di questa proposta e il comportamento complessivo tenuto da Paronetto.

In questo quadro sono significative le loro diverse reazioni alla proposta di socializzazione delle imprese (d. lgs. 12 febbraio 1944, n. 251), che, redatta dal regime della Repubblica sociale "probabilmente con la voluttà dell'après moi le déluge"²⁰ sarebbe stata totalmente di-

casione della consegna degli scritti in Suo onore), in *Diritto dell'impresa* cit. p. 1 ss.; G. COTTINO, *L'impresa nel pensiero dei Maestri degli anni Quaranta*, in *Giur. comm.*, 2005, I, p. 5 ss. che ne sottolinea, anche (p. 17) la "corrosiva causticità e l'acuto scetticismo", oltre al lavoro di ampio respiro di N. RONDINONE, (nt.1), passim: v. da ultimo sul percorso dell'unificazione del codice di commercio la sintesi di F. MACARIO - M. LOBUONO, *Il diritto civile nel pensiero dei giuristi. Un itinerario storico e metodologico per l'insegnamento*, Padova, 2010, p. 49 ss.

¹⁶ A. ASQUINI (nt. 13), p. 52; N. RONDINONE, (nt. 1), p. 620 ss.

¹⁷ A. ASQUINI (nt. 13), p. 51.

¹⁸ A. ASQUINI, op.loc. ult. cit. che indica come proponente Buffarini, allora Ministro degli Interni.

¹⁹ Sul punto v. l'attenta e documentata ricostruzione di C. MONTAGNANI, *Ideologia corporativa e controllo giudiziario sulle società di capitali* Padova, 2008, specie p. 234; per un quadro d'insieme sulla figura di Asquini v. in particolar modo ancora R. Meneghetti, (nt.1), p. 119.

²⁰ M. NIGRO, *Democrazia nell'azienda*, Roma, 1946, p. 25.

sattesa dal CLNAI (Comitato di liberazione Alta Italia) che con decreto del 25 aprile²¹ avrebbe confermato ai Consigli di gestione i poteri di direzione delle imprese, affidando la rappresentanza dei lavoratori fino a regolari elezioni, ai Comitati di Liberazione Nazionale Aziendali, costituiti nella fase della lotta clandestina²².

I comportamenti di Asquini e di Paronetto a tutela del patrimonio aziendale dell'Iri dalle vicende belliche appaiono coerenti, nella prospettiva dei futuri assetti sociali ed economici del Paese, al loro diverso profilo, culturale e sociale, che non si esauriva nella sola formazione scientifica-economista, del Paronetto, di giurista, attento da sempre anche al dato economico, dell'Asquini - ma presentavano significativi momenti di contatto, pur nella diversità di posizione e nella coerenza dei rispettivi ruoli, in un giudizio critico su singole iniziative del regime.

Mentre Asquini, che fin dai primi anni'30 si era occupato, unitamente a Cesare Vivante dei principali temi del diritto commerciale instaurando "un colloquio interessante e abbastanza nuovo con economisti e aziendalisti" ²³, motiva la sua critica alla proposta socializzazione delle imprese con una coerente difesa dei principi del diritto dell'impresa introdotti dalla codificazione del '42, Paronetto sottolinea come una proposta di collettivizzazione dei maggiori strumenti produttivi debba essere "considerata realisticamente al di fuori delle forme utopistiche di tipo cooperativistico e di proprietà collettiva operaia"²⁴.

È dunque in un quadro di riferimento che tenga conto della diversa impostazione di metodo di Asquini e di Paronetto che vanno analizzati i loro comportamenti in occasione del trasferimento a Milano dell'Iri.

Contestualmente alla nomina da parte del commissario di Malvezzi a direttore generale dell'Istituto, ma sempre in adesione alle proposte dei suoi predecessori (Giordano e Menichella che, "cortesemente diffi-

²¹ Ampiamente e con ricchezza di significativi particolari, R. BONINI, *La Repubblica sociale italiana e la socializzazione delle imprese (Dopo il codice civile del 1942)*, Torino, 1993 p. 236.

²² Così M. NIGRO (nt. 20), p. 26 che, nell'immediato ricorda le esperienze, diverse da industria a industria, e l'accordo tra i partiti del CLN del 25 maggio dove si affermava che il governo dovesse "predisporre gradualmente il controllo e la partecipazione dei rappresentanti delle maggiori categorie del lavoro agli organi direttivi delle aziende, evitando ogni soluzione che turbi nella sua essenziale struttura l'organismo produttivo del Paese e la libertà dell'iniziativa privata".

²³ P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico 1860-1950*, Milano, 2000, p. 238.

²⁴ Da M. L. PARONETTO VALIER, (nt.2), p. 80.

denti ...e non persuasi"²⁵, avevano dovuto accettare il trasferimento al Nord), Paronetto e Chinigò vengono preposti, contestualmente alla partenza il 9 ottobre per Milano del nuovo direttore generale, alla vice direzione generale dell'Iri con competenza sulla sede di Roma.

Interessanti sono le circostanze che hanno portato alla nomina di Paronetto che, comunicata all'interessato dal Commissario il 10 novembre con l'affidamento dell'ufficio "stralcio" di Roma, sono illustrate, con vivezza di accenti sul rapporto, di stima e di fiducia, che intercorreva fra Paronetto e Menichella nel corso di un'intervista rilasciata da M. L. Paronetto Valier su una visita personale dello stesso Menichella, riservata e non priva di "simpatici" equivoci, avvenuta dopo l'8 settembre²⁶.

Già in occasione della nomina emerge un significativo momento di contatto fra i comportamenti di Asquini, di Menichella e di Paronetto sul come adempiere ad un dovere di servizio, in un momento così privo di certezze e di sicurezza per le sorti dell'Italia.

All'atto della nomina a commissario dell'Iri, Asquini, quale docente universitario di diritto commerciale aveva richiesto al Ministero dell'Educazione Nazionale il "comando dall'Università al Ministero delle finanze"²⁷, comunicando successivamente, con lettera del 31 dicembre 1943, di rinunciare, come Commissario dell'Iri e "... funzionario dello Stato....ad ogni assegno....,salvo il trattamento di trasferta secondo le disposizioni vigenti per il trasferimento delle pubbliche Amministrazioni nel nord Italia."

Nel rivolgersi a Menichella, che si era dimesso da Direttore generale dell'Iri per "condizioni di salute" e per ringraziarlo di "aver accettato di continuare a darmi disinteressatamente l'ausilio della Vostra opera nel trasferimento dell'amministrazione dell'Istituto da Roma a Milano" (lettera del 15 novembre 1943) Asquini gli chiede di accettare un incarico temporaneo di "assistenza e consulenza" in favore dell'Iri, in previsione che la sede centrale dell'Istituto non potesse per le vicende belliche "comunicare con le società dell'Italia centrale".

Sottolinea al riguardo il neo Commissario che "...la vastità degli

²⁵ Ricorda Asquini, con breve notazione non priva di humour (nt. 13), p. 52 che all'atto della presa in consegna dell'Iri "la lettera di nomina lascia insoddisfatto il mio predecessore che vorrebbe vedere un decreto...reale. Desiderio pericoloso."

²⁶ Intervista a cura di R. BALDUZZI e L. ROLANDI, *Casa Paronetto, dove è passata la Storia. Intervista a Maria Luisa Paronetto Valier*, in "Coscienza", 62, 1-2010, pp. 53-58.

²⁷ ASQUINI, op.loc. ult. cit.

interessi in questione, che sono interessi dello Stato, e la molteplicità dei problemi, ora non prevedibili, a cui la tutela di tali interessi può dar luogo, richiedono che tanto i dirigenti dell'ufficio distaccato di Roma dell'Iri, quanto gli amministratori e i dirigenti delle aziende da esso controllate, possano giovare del consiglio di persona che per specifica conoscenza della materia e per consuetudine di rapporti, sia meglio in grado di indirizzarli con prontezza e con efficacia nelle mutevoli situazioni che potranno presentarsi".

A questa richiesta Menichella risponde il 16 novembre, con lettera manoscritta, nella quale, sottolinea, dopo aver ricordato "la necessità di tutelare gli interessi pubblici" connessi alle aziende dell'Iri "alle quali, per causa di guerra non possa giungere, nei prossimi tempi, l'azione diretta dell'amministrazione centrale dell'Istituto che si trasferisce a Milano", come i motivi indicati dal Commissario "sono prevalenti su tutte le altre considerazioni di carattere personale".

Nell'aderire all'invito di Asquini, Menichella precisa che non intende percepire "alcun compenso, sia perché il compito di cui si tratta non impegnerà in modo esclusivo la mia attività, sia perché esso non mi richiederà alcun particolare sforzo di studio delle varie situazioni che ho invece imparato a conoscere durante il tempo nel quale sono rimasto al servizio dell'Iri".

Nella stessa data Asquini, dopo aver ringraziato Menichella per il suo impegno a "dare all'Ufficio staccato di Roma dell'Iri e indirettamente alle aziende dipendenti con le quali esso sarà in contatto" opera di assistenza e consulenza e "per la rinuncia degli emolumenti", comunica ufficialmente ai responsabili dell'ufficio di Roma (nella specie Chinigò) che, "quando si verificassero circostanze che rendessero non possibile il contatto" con l'Amministrazione centrale, essi devono prendere contatto con Menichella per chiedere non solo "il suo avviso per quanto riguarda le istruzioni da impartire ai rappresentanti dell'istituto che interverranno nelle assemblee societarie" ma per "indirizzare a lui gli amministratori o i dirigenti delle aziende dipendenti...per consiglio o assistenza in problemi importanti ed anche gli amministratori ed i dirigenti di aziende per le quali riteneste utile che fossero prese iniziative dirette alla migliore tutela del patrimonio sociale, e quindi degli interessi dell'Iri"²⁸.

²⁸ Per contestualizzare gli avvenimenti va sottolineato che il 17 novembre, Asquini, avuta notizia della nomina da parte del governo Badoglio di Jung a Ministro delle finanze, ricorda (n. t. 13, p. 55) "dieci anni fa Jung, Ministro delle Finanze di Musso-

Anche per Paronetto, all'atto dell'accettazione dell'incarico si stabiliva, su sua richiesta, non solo che il trattamento economico non avrebbe avuto variazioni in aumento ma che sarebbe stato ridotto di un terzo, non avendo l'interessato l'obbligo di una presenza continuativa in ufficio.

Ancor di più, fra le carte dell'archivio Paronetto è conservata la minuta della lettera di nomina, con due correzioni di mano di Menichella, l'una con l'inciso "come sarebbe pur giusto" riferibile sembra al peso del nuovo incarico, l'altra che limita ad un terzo invece che alla metà, come richiesto dallo stesso Paronetto, la riduzione dello stipendio²⁹.

La prima conclusione che sembra legittimo trarre da questi comportamenti conferma il senso delle istituzioni di tutti i protagonisti e la necessità, da loro avvertita, di tutelare l'interesse pubblico rappresentato dall'Iri e dalle società sue partecipate, non solo per impedire che dalla separazione del Paese potessero derivare pericolosi momenti di vuoto nella gestione delle imprese a partecipazione pubblica ma anche per garantire, indipendentemente dall'ingresso degli Alleati in Roma, in quei giorni considerato prossimo, il mantenimento nella gestione dell'istituto dell'impostazione data da Menichella³⁰.

Illustra le motivazioni che hanno indotto Paronetto ad accettare la nomina è la lettera indirizzata a Menichella l'8 giugno 1944³¹, nella quale, rimettendo la carica, ricorda di averla accettata "con la esplicita riserva.....che avesse carattere transitorio.....e non [lo] avvantaggiasse in alcun modo rispetto ai colleghi dimessi dall'ufficio", operando "nello spirito di rendere, secondo le mie modeste responsabilità, un servizio al mio Paese e all'Istituto e di adempiere, anche nella mia

lini, fondava l'Iri d'accordo con me. Che cosa dirà oggi sapendomi commissario all'Iri per conto del governo repubblicano di Mussolini?".

²⁹ M. L. PARONETTO VALIER, (nt. 2), p. 50 e *ivi*, sub nota 89.

³⁰ Indicativa di questo indirizzo, non esplicitato ma chiaro nei fatti, è, ad esempio, una lettera di Malvezzi del 18 marzo 1944 (in Archivio Iri) che in risposta ad una critica sulle scelte di Menichella chiarisce al suo interlocutore, respingendo una proposta di collaborazione, di non condividere "ad evitare malintesi...i suoi apprezzamenti sulle direttive e sui sistemi del dott. Menichella che io ho condiviso in pieno e che - per il tempo nel quale conserverò questa carica - cercherò con ogni sforzo di mantenere."

Esempio invece dell'attività di coordinamento, svolta sempre per garantire la continuità di gestione, è la lettera di Menichella a Malvezzi del 26 novembre 1943 (*ivi*) sulle modalità con cui trasferire al nord "d'ordine superiore" parte delle strutture della "Saivo".

³¹ Ricordata con la pubblicazione di ampi estratti da M. L. Paronetto Valier, *op. loc. ult. cit.*

qualità di funzionario, il mio dovere di cittadino".

A questa lettera Menichella ha risposto, con un appunto manoscritto dell'11 giugno³² dove ricorda di aver avuto ragione "a non volere che Lei perdesse i contatti con gli uomini e con le aziende dell'Istituto quando, vincendo la sua strenua opposizione, Le imposi di rimanere funzionario dell'Iri e per giustificare tale qualifica le feci accettare la nomina a Vice Direttore, sia pure, come Lei volle....a tariffa ridotta".

Prima tuttavia di ricordare l'attività di Menichella e di Paronetto quale risulta dal complesso delle testimonianze rese nel corso del processo avanti la Corte d'appello di Roma, alcune delle quali (Einaudi, Carbone, Picardi) estremamente autorevoli e significative, appare chiaro, come l'intesa tra Menichella ed Asquini, abbia posto le premesse per permettere, dopo il trasferimento al nord del Commissario, ai dirigenti rimasti a Roma (oltre, a Paronetto e Saraceno, hanno continuato ad operare in questa sede anche Serangeli, Chinigò, Chialvo, Torchiani, Tavolato) di operare seguendo gli indirizzi di Menichella per salvare, pur nella difficoltà del momento e con i rischi dovuti all'occupazione, il patrimonio aziendale e consentire una più pronta ripresa dell'attività dell'Istituto e delle sue società³³.

Un particolare, minimo nel quadro dei problemi del momento, ma che certamente illustra lo spirito di servizio con cui i protagonisti hanno affrontato la loro partecipazione alle vicende dell'Iri è rappresentato dalla loro comune rinuncia per l'attività svolta ad ogni forma di compenso o, come nel caso di Paronetto, alla riduzione della remunerazione.

Circostanza questa che obbliga a ricordare, per chi rifletta oggi su queste vicende e sia al contempo attento agli attuali problemi delle società a partecipazione pubblica, con un certo senso di malinconia, la situazione odierna, generalizzata nel segno opposto, tanto da obbligare il legislatore nelle ultime leggi finanziarie a ridurre fra l'altro, in funzione del contenimento della spesa pubblica, non solo il numero dei consiglieri di nomina pubblica nelle c.d. società miste a carattere locale (art. 1, comma 729 l. 27 dicembre 2006, n. 296) ma a fissare un tetto al loro compenso a

³² Riprodotta in parte da M. L. Paronetto Valier (nt 2), p. 51.

³³ In questo senso la requisitoria della Procura generale presso la Corte d'appello di Roma (nota 9) quando conclude, nel procedimento a carico di Pasquale Saraceno, che si fece in modo «di trasferire al nord, in un programma preordinato, solo pochi funzionari e di raccogliere a Roma tutti gli atti interessanti l'Istituto nel suo complesso per garantire la ripresa dell'attività da parte delle sue aziende». (v. *infra*)

seconda che vi sia una partecipazione pubblica, totalitaria o meno (comma 725-726 art 1 cit.), e a ridurre, nell'ambito dei tagli al costo delle strutture, la remunerazione prevista dall'art. 389 c.c. (art. 3, comma 44° l. 24 dicembre 2007, n. 244)³⁴.

3. Azioni a difesa dell'Iri e delle sue aziende

Può essere utile ripercorrere, nell'esame della condotta di Asquini e di Paronetto che avrebbe portato, il primo a scontrarsi "con i colpi di coda della socializzazione mussoliniana"³⁵, e il secondo ad operare in modo tale da far considerare l'ufficio Iri di Roma dal Comitato Centrale di liberazione "un punto di recapito e di appoggio" per il movimento di resistenza³⁶, alcuni momenti del trasferimento dell'Istituto a Milano.

Quanto ad Asquini, si è già ricordata la riluttanza di Giordani (che manterrà tuttavia i rapporti con il commissario come dimostra una colazione di lavoro con Faina della Montecatini del 16 ottobre) a dare esecuzione alla propria direttiva del 27 settembre sul trasferimento a Milano.

È indubbio che l'impegno del commissario fu decisivo per realizzarlo, come rende manifesto fin dal 9 ottobre, la prima annotazione di Asquini: "All'Iri dò le disposizioni per il trasferimento a Milano. Malvezzi con il primo nucleo, parte oggi"³⁷, anche se come sembra, il trasferimento sarà realizzato solo in modo parziale.

Contestualmente ai contatti necessari per ripristinare le condizioni per una ripresa dell'attività produttiva delle aziende (v. ad esempio incontri del 23 e 26-27 ottobre³⁸, per la liquidazione delle commesse belliche presso lo Stato Maggiore e il Ministero delle Forze Armate dove si parla anche di un "trasferimento, digerito di mala voglia", e del 24 mattina - si sottolinea, di domenica - con il ministro Tarchi, Malvezzi e

³⁴ Su questi interventi v. M. CLARICH, *Società di mercato e quasi amministrazione*, in *Dir. amm.*, 2009, p. 260 e I. DEMURO, *Introduzione alla disciplina della società in mano pubblica*, in *Il nuovo diritto societario nella dottrina e nella giurisprudenza: 2003.2009*, in *Commentario Cottino*, Bologna, 2009, p. 863.

³⁵ G. COTTINO, (nt. 15) p. 10 e, con la consueta ricchezza di informazioni, N. RONDINONE, (nt.1), p. 620 ss.

³⁶ App. Roma (nt.9), p. 43. Sulla Resistenza cattolica, v. E. PISCICELLI, *Storia della Resistenza Romana*, con premessa di N. VALERI, Bari, 1965, specie p. 88 ss.

³⁷ A. ASQUINI, (nt. 13), p. 52.

³⁸ A. ASQUINI, (nt. 13), p. 52 ss.

l'Ansaldo "per esaminare la posizione dell'industria di fronte al finanziamento"), Asquini svolge un'intensa attività per rendere operativo il trasferimento al nord.

Dopo una serie di colloqui con gli uffici dell'Istituto (a partire dai primi di ottobre)³⁹ e con i rappresentanti delle società controllate, quali la Finmare (Lojacono, 10 ottobre), Italstrade (Cobolli Gigli dell'8 novembre per un intervento in favore della società senza più cantieri all'estero, per lavorare con l'organizzazione Todt) e Ansaldo (31 ottobre, Rocca, nel fare il "quadro retrospettivo della nostra disorganizzazione industriale che ha accompagnato la guerra fin dall'inizio" descrive "la situazione delle aziende nella stretta fra le masse comunisteggianti e la nuova gerarchia fascista"), particolare attenzione viene dedicata al settore bancario.

Per il Banco di Roma, la decisione di trasferirsi sarà presa il 13 novembre dopo una serie di incontri (con Veroi, dell'11, 12 e 14 ottobre) nel corso dei quali Asquini⁴⁰ rileva che il lavoro procede "con fatica per convogliare a Nord i valori" mentre Guarneri "che ha rifiutato il governatorato della Banca d'Italia, ha poca voglia di muoversi"⁴¹.

Con riguardo alla Banca Commerciale, il 6 novembre Asquini, dopo aver ricordato che anche Mattioli "insediato a Roma... non vuole saperne di ritornare a Milano"⁴² segnala la richiesta – del 16 ottobre del direttore della *Reichsbank*, Bernhüber di dar seguito al "trasferimento delle banche".

³⁹ A. ASQUINI, (nt. 13), p. 52 ss.

⁴⁰ Nella stessa data Asquini sottolinea "Di sera continuo a bruciare vecchie carte e mi passano sotto gli occhi eventi che sono lontani di pochi anni, sembrano lontani di secoli".

⁴¹ Sul ruolo di F. Guarneri, presidente del Banco di Roma dal '40 al '44, nell'illustrare al governo nel novembre del 1935, quale sovrintendente all'epoca per gli Scambi e le Valute le obiezioni di Mattioli al c.d. decreto di moratoria nei confronti dei Paesi che avevano adottato le sanzioni, v. ora S. GERBI, *Mattioli e Cuccia. Due banchieri del novecento*, Torino, 2011, p. 60 ss.

⁴² Indicativo dei caratteri dei personaggi il commento A. Asquini (nt.13), p. 54 che così commenta la battuta di Mattioli nei suoi confronti: "Chissà se farai in tempo ad andarci anche tu? Me lo saprai dire tra quattro o cinque giorni". Parole di un iniziato e perciò meritevoli di considerazione. Ma probabilmente egli crede solo in quello che spera. Spero a mia volta che si sbagli". Come noto R. Mattioli parteciperà, quale amministratore delegato della Banca commerciale italiana, dal novembre 1944 al marzo 1945 alla missione a New York e Washington di Q. Quintieri, già ministro delle Finanze con il governo Badoglio, assistiti da M. Morelli ed E. Cuccia, sulla situazione finanziaria ed economica dell'Italia (sull'inquadramento della missione, sia nell'ambito dei precedenti contatti che in rapporto al tentativo, non riuscito, di tenerlo nascosto agli inglesi v., con ampia documentazione, E. DI NOLFO-M. SERRA, *La gabbia infranta. Gli Alleati e l'Italia dal 1943 al 1945*, Bari, 2010, 162-165).

Quanto agli impianti industriali, la richiesta del 14 ottobre da parte del col. Leick dello "smontaggio delle miniere dell'Italia centrale" sarà seguita, il 13 novembre, da "una conferenza con i rappresentanti dell'I.G. per ... gli impianti chimici di Terni", bombardati nei giorni precedenti. Conferma l'intensità della pressione tedesca il ministro Bocciardo, prima con l'indicazione (24 novembre) "di smontare anche gli impianti della Terni a Nera Montoro", seguita dalla precisazione che le forze d'occupazione "non vogliono far chiudere Terni, ma non rinunciano a portare in Germania taluni impianti, per surrogare i loro impianti distrutti con i bombardamenti".

Nell'eseguire le direttive governative Asquini svolge anche attività materiale, come quando, forse per dare visibilità all'attuazione della direttiva del 27 settembre, compie (10 ottobre) un "sopralluogo al Centro per controllare l'imballaggio dell'amministrazione".

Al termine di questa fase, la partenza del "treno finanziario che doveva caricare i valori dell'Iri" fissata per il 29 ottobre è rinviata, per effetto dei bombardamenti sulla linea ferroviaria", al 1 o novembre.

In realtà il treno partirà solo il mercoledì successivo per un viaggio, non solo difficoltoso ma anche caratterizzato all'arrivo da alcuni interrogativi che dimostrano un rapporto di diffidenza con le forze di occupazione.

Il 6 novembre, dopo aver ricordato l'allarme dell'Istituto "per le notizie che il nostro treno è stato colpito da un bombardamento a Orte", quindi ancora alle porte di Roma, Asquini nel confermare la notizia del recupero del personale la accompagna con la segnalazione che sulla situazione "interferisce l'ansia del delegato delle ferrovie germaniche, che si preoccupa delle Azioni Vagoni letto formanti parte del carico"⁴³. Ripartito il treno con "una nuova scorta germanica" il suo arrivo al nord il 10 novembre è accompagnato dall'annotazione che, nella sua incertezza, illustra la cupa atmosfera del momento; "Il treno dell'Iri minaccia di divenire un capitolo di romanzo. I nostri vagoni arrivati a Milano sono stati staccati e mandati a Verona. Errore o caccia alle azioni dei Vagoni Letto?".

Il dubbio sarà superato solo dalla successiva notizia (12 novembre)

⁴³ A Asquini, op.loc. ult., cit. Dall'elenco delle partecipazioni dell'Iri richiesto da Asquini all'atto del suo ingresso, consultabile presso l'archivio Iri, risulta una presenza nel capitale della Compagnie Internationale des Wagons Lits et des Grands Expresse Européens dell'11, 7%.

che "il carico dell'Iri è finalmente arrivato a Milano sano e salvo"⁴⁴.

Nella stessa occasione Asquini viene a sapere, ma sembra in modo molto generico e casuale, di una nuova prospettiva all'orizzonte: "Malvezzi, ritornato da Milano, porta le primizie di un piano di azionariato operaio che sarebbe in studio."

Asquini, infine, nel dare notizia di alcuni problemi di diritto societario esaminati con De Gregorio il 20 ottobre per un eventuale provvedimento legislativo che avrebbe dovuto facilitare il trasferimento al nord della sede legale delle società dell'Iri⁴⁵, provvedimento mai ve-

⁴⁴ In conseguenza del trasferimento dell'amministrazione dell'Istituto a Milano e dell'interesse del governo di Salò ad avere ai vertici della Compagnia internazionale dei vagoni letto persone di fiducia, Asquini deve chiedere (lettere del 18 gennaio 1944) ai consiglieri della società. prof. Amedeo Giannini e ing. Luigi Velani, direttore generale delle Ferrovie dello stato, già nominato il 24 settembre dal Comandante della Città aperta di Roma, Calvi di Bergolo, commissario per il ministero delle Comunicazioni (v. su quest'ultimo aspetto, E. LODOLINI, *Dal Governo Badoglio alla repubblica italiana*, ed. Associazione culturale, Genova, 2010, 104), "di voler mettere a disposizione... il mandato", avendo il Ministro delle Finanze "designato i nuovi rappresentanti del gruppo italiano nel Consiglio di amministrazione della Compagnia".

⁴⁵ Di estremo interesse sul punto è la testimonianza di De Gregorio riportata nelle sentenze di proscioglimento (p. 25): "Infine il teste De Gregorio, professore ordinario di diritto nell'università di Roma e consulente esterno dell'Iri, mentre non sa tacere la sua ammirazione per l'illimitata devozione all'Istituto del Direttore Generale Menichella e dei suoi più vicini collaboratori, Torchiani, Saraceno, Chinigò, Chialvo, Tavolato, riferisce che, avvenuta la nomina a Commissario dell'Id dell'Asquini, suo collega dell'Università di Roma e suo vecchio amico, il dott. Menichella lo chiamò e, esponeggiando la linea di condotta che si proponeva di seguire per salvare il salvabile (sottolineatura aggiunta), lo esortò a svolgere opera di persuasione presso l'Asquini onde essere agevolato nell'attuazione del suo programma e perché l'Asquini si astenesse dal seguire l'esempio di altri commissari fascisti di altri Istituti, che esercitavano pressioni di ogni genere per il trasferimento al nord del maggior numero di impiegati e consentisse di lasciare a Roma un numero di funzionari dell'Iri. Aggiunge il teste che, invitato dall'Asquini, che a sua volta ne aveva avuto incarico dal ministro della Giustizia del governo fascista, di studiare uno schema di disegno di legge, che permettesse di tenere al nord le assemblee delle società per azioni con minima presenza di azionisti, sostituire amministratori e sindaci, sciogliere i consigli ecc. il dott. Menichella, sempre in relazione a quella che era la sua prefissa linea di condotta, ebbe ancora a pregarlo, perché dissuadesse l'Asquini dall'interessarsi per conto suo della cosa, come in effetti avvenne, in base all'argomento che, per quanto concerneva l'Iri, non vi era alcun bisogno di quei provvedimenti eccezionali, dal momento che l'Istituto si traslocava al Nord con tutti i suoi titoli."

Sul rapporto che legava Asquini e De Gregorio nell'insegnamento del diritto commerciale (doppia cattedre dovuta a "ragioni contingenti" come sottolineerà lo stesso Asquini in occasione del collocamento fuori ruolo del De Gregorio) v. ora M. Stella Richter jr, *Filippo Vassalli preside e la chiamata di Tullio Ascarelli alla facoltà giuridica ro-*

nuto alla luce, arricchisce l'annotazione della giornata con la battuta che nell'occasione l'avv. Galamini, evidentemente intervenuto nella qualità di direttore generale dell'Associazione delle società per azioni, lo "informa che anche Fré si è imboscato a Perugia".

Quanto a Paronetto, il suo contributo, sintetizzato al momento della liberazione di Roma nella lettera a Menichella dell'8 giugno 1944, non si era esaurito nelle sola attività di vicedirettore dell'Iri ma questo impegno, testimoniato fra l'altro da un primo appunto sulla "socializzazione" delle imprese, era stato accompagnato da un'attività quotidiana di carattere politico-sociale (presso la sua casa si riunivano regolarmente, come noto, i redattori del codice di Camaldoli)⁴⁶ e

mana, in questa *Rivista*, 2010, I, p. 704 sub nota 24 quando ricorda "Le ragioni contingenti erano - giova ricordarlo - queste: quando nel 1944 Asquini fu, con provvedimento di epurazione, rimosso dalla cattedra di diritto commerciale, la Facoltà deliberò di coprirlo trasferendovi De Gregorio, che fino ad allora aveva ricoperto la cattedra di diritto industriale. Più tardi, quando nell'aprile del 1948 il Ministro della pubblica amministrazione aveva disposto la riassunzione in servizio di Asquini (in conformità alla decisione del consiglio di stato con la quale era stato annullato il decreto di dispensa dal servizio), la facoltà decise di sdoppiare la cattedra di diritto commerciale (cfr. verbale del 4 maggio 1948)".

⁴⁶ M. L. PARONETTO VALIER (nt. 2), p. 51 e, ora, F. DE GIORGI, *Mons. Montini. Chiesa cattolica e scontri di civiltà nella prima metà del Novecento*, Bologna, 2012, 241 che sottolinea come "nel periodo della guerra di liberazione, tali ideali. (nota di "elaborazione culturale" nel valorizzare le forme di antifascismo cattolico), soprattutto nel loro versante sociale (ma sempre con una forte base spirituale, quasi direi "eucaristica", cioè pienamente sacrificabile), resosi più urgente, furono rielaborati collettivamente da quello che potrebbe essere chiamato quasi lo "stato maggiore" dei montiniani (Ludovico Montini e Sergio Paronetto, sopra tutti, ma anche Bernareggi, Guano, Gonella, La Pira, Moro, Andreotti, Antonio Lanza e altri) e raggiunsero una formulazione compatta nel cosiddetto *Codice di Camaldoli*".

Per una riflessione sugli enunciati del Codice di Camaldoli, indicazione di un modello non solo ideale ma anche operativo dell'economia, v. di recente R. Faucci, *Dall'economia programmatica'' corporativa alla programmazione economica: il dibattito fra gli economisti, in Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno, Continuità e trasformazione: la scienza giuridica italiana tra fascismo e repubblica*, t. I, Milano, 2000, p. 34 ss. e, per una loro valutazione nel periodo costituente dell'azione economica pubblica come "volano di realizzazione di "una maggiore giustizia sociale" e di promozione di "una equa ripartizione dei beni" con la conseguente affermazione di un necessario controllo sociale delle attività economiche, B. SORDI, *La resistibile ascesa del diritto pubblico dell'economia*, ivi t. II, p. 1062 ss. con ampi richiami all'impegno dei redattori del Codice di Camaldoli e alla successiva attività di E. Vanoni e P. Saraceno.

Alcuni estratti del Codice di Camaldoli - pubblicato integralmente nel fascicolo n. 4 della rivista *Civitas* del 1984 - su aspetti sui quali è stato determinante, come ricorda M. L. Paronetto-Valier, il contributo di G. Capograssi, sono pubblicati in *Opere*

da una serie di contatti, riservati e rischiosi, con i membri del Comitato di liberazione nazionale⁴⁷.

In queste occasioni erano state fornite agli esponenti della Resistenza informazioni sugli impianti industriali dell'Italia centrale ed erogati aiuti concreti, attività che consentivano al Paronetto di concludere, con serena decisione al fine di evitare malintese interpretazioni, "debbo ag-

di Giuseppe Capograssi, Milano, VII, 1990, p. 245 ss.

Ricorda R. VOMMARO, *La resistenza dei cattolici a Roma (1943-1944)*, Odradek, Roma, 2009, p. 58, riprendendo il più ampio contributo di E. Piscitelli, op. cit., pp. 88 ss., come all'origine del Codice di Camaldoli ci sia stato il contributo dell'ufficio direttivo, di studio e di coordinamento per promuovere studi sociali, costituito il 12 dicembre 1942 dalla Commissione cardinalizia istituita per la riforma dell'Azione cattolica e del quale facevano parte Giordani, Fanfani, L. Montini, Paronetto, Saraceno, Veronese. Sul lavoro preparatorio del gruppo di studiosi che "poterono assiduamente riunirsi a Roma" a cominciare dal settembre 1943 anche presso l'abitazione di G. Capograssi, v. ora, M. D'Addio, *Giuseppe Capograssi (1889-1956). Lineamenti di una biografia, "La vita non c'è, bisogna farsela"*, Milano, 2011, p. 123 ss.

Sottolinea la circostanza che Capograssi, pur non partecipando agli incontri a casa di Paronetto, era solito discuterne i risultati con Saraceno e Vanoni che ne curavano una sintesi che sarebbe poi confluita nel primo e nell'ultimo capitolo del Codice di Camaldoli, A. CIERVO, *Giuseppe Capograssi. Dubbi sulla Costituente*, in *Costituenti ombra*, a cura di A. BURATTI e M. FIORAVANTI, Roma, 2010, p. 287.

Sulla possibilità di coinvolgere G. Dossetti, dopo la prematura scomparsa di Paronetto, nel progetto di aggiornamento del Codice di Camaldoli (lettera di A. Moro del 27 settembre 1947 a F. Piazza) v., ora, E. GALLAVOTTI, *Il professorino. Giuseppe Dossetti tra crisi del fascismo e costruzione della democrazia 1940-1948*, Bologna, 2013, p. 129.

⁴⁷ Per un quadro recente delle attività svolte dalle diverse componenti del mondo cattolico nel periodo dell'occupazione di Roma v. il recente numero monografico di *Ricerche per la storia religiosa di Roma*, dedicato (n. 12) al tema *Chiesa, mondo cattolico e società civile durante la resistenza*, Roma, 2009.

Fra i diversi contributi è particolarmente utile consultare, nella prospettiva di una più completa ricostruzione dell'attività di Paronetto, le relazioni di G. DE ROSA, M. CANCELANI, S. QUARANTA, *Chiesa, mondo cattolico e società civile durante la Resistenza* p. 12 ss.; A. OSSICINI, *Il fascismo al di là del ponte*, p. 133 ss.; T. RAPONE, *Una pagina della storia della Sinistra cristiana (8 settembre 1944)*, p. 439 ss.; ed infine l'intervento di G. MIRA, *Per una ricostruzione storica della Sinistra Cristiana. Intervento al Convegno di Firenze del 1976 (con annessa lettera all'on. Segreteria della "Democrazia Cristiana", piazza del Gesù; lettera a Giuseppe Togni; lettera di Mario Scelba a Giuseppe Mira)*, p. 453 ss.

Il lavoro collettaneo è aperto da una significativa premessa dove viene ricordato l'invito di Ernesto Buonaiuti che in quei mesi scriveva "Non spegnere lo Spirito non è soltanto una consegna religiosa è anche una consegna imposta dalla carità di Patria, in certe ore drammatiche, specialmente" (sulle vicende di Buonaiuti negli anni 1942-1944 v. ora G. VERUCCI, *L'eresia del novecento*, Torino, 2010, p. 128 ss. e per la ricostruzione della sua figura, anche accademica, F. MARGIOTTA BROGLIO, *Italia e Santa Sede dalla grande guerra alla conciliazione. Aspetti politici e giuridici*, Bari, 1966, p. 32 ss.

giungere che di tale attività non ho parlato con alcuno in passato, né ritengo farlo ora...", per evitare di danneggiare chi era rimasto ad operare al nord, in esecuzione del progetto di Menichella.

Paronetto, coinvolto ingiustamente nella vicenda giudiziaria non potrà vederne la conclusione ma il riconoscimento del suo ruolo nell'attuazione del piano preordinato da Menichella e Malvezzi per la salvezza dell'IRI è presente sia nelle conclusioni del rappresentante dell' accusa che della Corte d'appello che ne segnala l'impegno, essendo "doveroso dirlo come un omaggio alla sua memoria"⁴⁸.

Alla base della sentenza di non doversi procedere sono sostanzialmente gli accertamenti sulla sostanziale irrilevanza, per l'impossibilità di utilizzarle, di molte delle partecipazioni trasferite a Milano e l'esame delle attività svolte dal gruppo romano dei dirigenti Iri nel corso dell'occupazione tedesca della capitale.

Sotto il primo aspetto la Corte d'Appello ha negato che il trasferimento dei titoli nominativi potesse configurare un'ipotesi di collaborazione con il nemico, in quanto "privi del loro valore di mercato" per mancanza di acquirenti e per "l'illegalità della negoziazione...da parte di autorità illegittime."

Riprendendo testualmente la parte centrale della testimonianza di Einaudi, all'epoca Governatore della Banca d'Italia, la sentenza specifica: "Dire che col trapasso al Nord delle azioni siasi potuto favorire il tedesco...è opinione infantilmente grossolana, la quale può spiegarsi soltanto con la facilità con cui nelle materie economiche si usa scambiare l'ombra con la realtà. Nel nostro caso la realtà era costituita dalla sostanza del patrimonio dell'Istituto (stabilimenti, terreni, macchine, crediti, ecc.); l'ombra dalle azioni rappresentative del valore di tale patrimonio" (sottolineature originarie)⁴⁹.

⁴⁸ App. Roma (nt.9), p. 28. La requisitoria del Procuratore generale presso la Corte d'Appello di Roma così sintetizza il modo in cui era stato preservato il patrimonio aziendale dell'Iri; "assecondare in apparenza il commissario, trasferire parte dell'Iri e tutti i titoli di guisa che l'istituto si presentasse nel suo normale aspetto, nel completo suo assetto funzionale e gli desse modo di continuare a tenere le redini di banche e industrie".

⁴⁹ Sottolinea ancora la decisione (p. 20), facendo propria l'argomentazione di Einaudi alla quale viene riconosciuto "il valore di un vero e proprio giudizio peritale", che "se anche queste azioni fossero rimaste a Roma, l'ombra (azioni), rimasta al Sud non avrebbe in niente menomato la possibilità per il nemico di giovare della sostanza situata al Nord", conclusioni confermate dai testi Bonomi, Soleri e Siglienti che, quali ministri, avevano predisposto due comunicati il 16 e il 26 ottobre 1944 in risposta alla campagna stampa intesa a delegittimare la dirigenza Iri, "per assicura-

Quanto ai titoli al portatore la Corte d'Appello nel far proprie le "spiegazioni" del Commissario dell'Iri, Picardi, dell'Avvocatura di stato (Beltrame Quattrocchi, sostituto avvocato generale), del teste Masi, già direttore generale del Ministero scambi e valute, conclude per il "trascurabile o niun valore dei titoli stessi"⁵⁰.

Al termine dell'iter istruttorio⁵¹, l'assoluzione dell'intero gruppo dirigente di Roma confermava l'esistenza e l'attuazione del piano per la salvezza dell'IRI, predisposto a suo tempo da Menichella e Malvezzi che avrebbe portato all'arresto a Milano di quest'ultimo, piano al quale Paronetto ha preso parte attiva⁵² facilitato dall'incarico affidato da Asquini a Menichella⁵³.

4. Le critiche di Asquini e di Paronetto al programma di "socializzazione delle imprese" condotte nella tutela del

re che nessun danno poteva derivare al patrimonio dell'Iri dal trasferimento dei titoli azionari nominativi dei quali i fascisti non potevano validamente disporre".

⁵⁰ La sentenza prosegue sul punto ricordando come l'attività istruttorie avesse confermato "l'aderenza alla realtà" dei comunicati del governo nazionale, in quanto "si trattava di azioni di società estere che, a prescindere dalla diffida delle Nazioni unite, ripetutamente trasmesse fin dall'autunno '42 da Radio Londra e comminante l'inefficacia giuridica degli acquisti di beni di spettanza diretta o indiretta di enti pubblici dei paesi occupati dall'Asse...erano di pressoché impossibile negoziabilità sul mercato italiano e sui mercati esteri, o perché di valore quasi nullo o perché riflettenti società, per le quali o esistevano speciali accordi di sindacato o si erano verificati gravi perturbamenti, essendo le relative attività o già danneggiate o distrutte per fatti di guerra o già in mano dei tedeschi o degli alleati".

⁵¹ Va ancora ricordato che nel corso dell'istruzione avevano testimoniato in favore degli imputati, sia esponenti del Cln che membri del nuovo Governo quali il Presidente del consiglio Bonomi, il ministro delle Finanze Siglienti, del Tesoro Soleri, lo stesso Governatore della banca d'Italia Einaudi, oltre a Canevari, Brosio, Visconti Venosta, Spataro e ad autorevoli personaggi, quali il prof. Alfredo De Gregorio e Ferdinando Carbone, rappresentante allora dell'Avvocatura di stato e futuro presidente della Corte dei conti.

⁵² La requisitoria del Procuratore generale presso la Corte d'Appello di Roma, cit.

⁵³ Fra i diversi testi a favore, di particolare rilevanza è quanto testimonia per l'Avvocatura dello Stato, Ferdinando Carbone che precisa di essere stato messo al corrente, a suo tempo, "degli accordi esistenti per la tutela dei reali interessi dell'Iri, e presi all'epoca del trasferimento dei titoli, ... nell'ambiente dell'Iri e particolarmente da persone che allora operavano al Nord e delle quali non poteva fare il nome per non comprometterle" (presumibilmente il Malvezzi), a somiglianza di quanto fatto da Paronetto nella lettera a Menichella dell' 8 giugno 1944 più volte ricordata.

Sul punto è molto chiara anche la testimonianza di Canevari, Sottosegretario al Ministero degli interni e già esponente della lotta clandestina (ivi, p. 40).

sistema del codice del '42 e nella difesa degli interessi del corpo sociale

a) Il motivo della improvvisa sostituzione di Asquini, con "la formula convenzionale della ...destinazione ad altro incarico" (comunicata all'interessato il 7 febbraio 1944) dopo un incontro con Mussolini (22 gennaio) va collegato, con tutta probabilità, alle critiche formulate in questa occasione dal Commissario dell'Iri sul programma di socializzazione delle imprese presentato al Consiglio dei Ministri dell'11 gennaio 1944⁵⁴.

Nel corso dell'incontro Asquini aveva motivato le sue riserve sull'iniziativa⁵⁵ sia come "tenace assertore dell'economia di mercato" che di "teorico dell'impresa istituzione e costruttore del corporativismo"⁵⁶ nei confronti di un'iniziativa destinata, nelle intenzioni dei suoi promotori, a realizzare, con la "socializzazione" della gestione dell'impresa sia pubblica che privata, "un'economia programmatica corporativa"⁵⁷.

Prima di ripercorrere le sue critiche caratterizzate, nel rispetto dell'impianto della codificazione del '42, dal consueto rigore scientifico e dalla coerenza dell'argomentazione, la presente ricostruzione, oltre a richiamare, nella vivezza quotidiana della memoria autobiografica, il rapporto, continuo ed affettuoso, mantenuto da Asquini in quel drammatico periodo con i suoi allievi più vicini, Giorgio Oppo e Pietro Sette⁵⁸, suggerisce di soffermarsi, anche se in breve, sul suo

⁵⁴ R. MENEGHETTI (n t. 1), p. 107, *sub* nota 203 rileva indirettamente la netta differenza con quanto avvenuto in occasione della conclusione della precedente esperienza di Asquini quale sottosegretario delle Corporazioni (anni trenta) quando, come segno di alta considerazione da parte del capo del governo, la sua sostituzione era avvenuta con la diretta presentazione del suo successore nell'anticamera di Mussolini.

⁵⁵ A. ASQUINI (nt. 13), p. 58. L'interesse a ricordare nei particolari le vicende della c.d. socializzazione è accentuato dal richiamo a questa esperienza effettuato anche in questi giorni in sede di informazione giornalistica (v. ad esempio in Lettere al Corriere del 24 gennaio e 7 febbraio 2011) con l'intervento chiarificatore di S. Romano, *Le imprese socializzate nella repubblica fascista*.

⁵⁶ G. COTTINO (nt. 15), p. 10 ss.

⁵⁷ Per le premesse di questa scelta contenute nel Manifesto di Verona v., ampiamente, R. BONINI, (nt. 21), p. 223 ss. Per una recente sintesi dell'ordine corporativo, v. ora S. CASSESE, *Lo Stato fascista*, Bologna, 2010, p. 72 ss.

⁵⁸ La comunanza di affetti in momenti così difficili con questi due allievi, il primo che succederà nel tempo a Roma nella cattedra di diritto commerciale del suo Maestro, il secondo, che dopo essere stato presidente dell'Efim sarà anche presidente dell'Iri alla fine degli anni '70, è testimoniata dal ricordo, apparentemente minimale ma ricco di significato, della ospitalità loro offerta dai coniugi Asquini alla vigilia del

impegno universitario a Milano⁵⁹.

Sotto il primo aspetto meritano particolare ricordo, alla vigilia della partenza per il nord, sia l'incontro con Oppo, il 23 novembre, che - annota Asquini - "mi consegna i suoi "contratti di durata" che "per lui contano più della guerra" sia con Pietro Sette - 26 novembre - quando Asquini osserva che "le visite di saluto degli amici rendono il distacco ancor più penoso. Pietro mi abbraccia quasi piangente. Sono io che lo devo confortare. *Ma mi accorgo che è più facile partire per la guerra che per il fronte di una rivoluzione tanto incerta come la nostra nei suoi sbocchi finali*". (corsivo aggiunto)

Nei limiti consentiti dagli avvenimenti l'impegno didattico sarà sempre proseguito regolarmente.

Basti ricordare che l'ultima lezione sarà tenuta a Milano il 24 aprile 1945 ("*Faccio lezione all'Università dove tutto sembra normale*"), anche se qualche giorno prima Asquini (16 aprile) aveva osservato "*Gli studenti si domandano se a maggio ci saranno gli esami o la guerra civile*"⁶⁰ e sarà accompagnato da significativi interventi di carattere scientifico⁶¹,

primo Natale di guerra (1940), accompagnata da un regalo, piccolo nella sua dimensione ma utile in quel periodo (una piccola lampada a pila a forma di accendi sigaro), "ai due allievi più giovani, a quelli che dovevano credere i più soli e smarriti in quei tristi momenti". (G. Oppo, (nt. 14), p. 5-6.

Ricorda ora quest'episodio G. C. M. RIVOLTA, in *Diritto e valori nella vita e nell'opera di Giorgio Oppo*, in *Banca borsa tit.cred.*, 2009, I, p. 608, che sottolinea la conclusione di Oppo: "Quando ripenso a quel momento non posso non avvertire il significato quasi simbolico di ciò che Alberto Asquini è stato ed è per i suoi discepoli: una luce penetrata quasi inavvertitamente in loro, una luce, soprattutto, non per abbagliare ma per illuminare la strada".

⁵⁹ Fino all'ultimo Asquini ha esercitato l'attività professionale sia Roma che a Milano: basti pensare che il 23 novembre 1943 discute vittoriosamente in Cassazione "il ricorso della "Banca d'Italia", ricordando, dopo brevi parole di commemorazione di D'Amelio che, "*Umiliate le armi: la toga è un sollievo per lo spirito.*" (corsivo aggiunto).

Nell'annotazione del diario che accompagna la notizia della morte di D'Amelio (20 novembre) si coglie ancora una volta lo spirito di servizio con cui Asquini ha accettato le nomina a commissario dell'Iri: "È morto D'Amelio. È triste morire lasciando il proprio paese nell'abisso", sarebbero state le sue ultime parole. D'Amelio lascia il posto di presidente dell'Istituto già Villa Aldobrandini, un posto che sarebbe forse stato preferibile a quello dell'IRI. Ma cosa fatta capo ha".

⁶⁰ A. Asquini, (nt. 13), p. 74. Già all'atto della ripresa delle lezioni, il 30 gennaio Asquini si era posto la domanda "...vedo che gli esami sono fissati per il 16 febbraio. Chissà se il maresciallo Stalin mi permetterà di fare gli esami?".

⁶¹ Ricorda G. COTTINO (nt. 15), p. 19, fra le manifestazioni di autonomia di Asquini "nella

e da un impegno professionale, i cui successi sembrano dargli un momentaneo conforto.

Anche se Asquini ha cura di sottolineare al Ministro dell' economia corporativa Tarchi (29 febbraio)⁶², alla vigilia delle consegne al successore designato, di non considerare le sue osservazioni, già affidate a Mussolini⁶³ "con qualche variante in tema di società per azioni...come le osservazioni di un professore - che ha purtroppo dietro le spalle trent'anni di insegnamento e di esperienza della materia - ma come le osservazioni di un camerata che si (*pre*) [cancellato a penna] occupa dell'esito di una legge tanto importante per le sorti della nostra econo-

livia *Götterdämmerung* della Milano del 1944" la commemorazione di Cesare Vivante (*Riv. dir. comm.* 1944, I, p. 110 ss.) che confermava "l'assenza in lui di qualsiasi pregiudizio o discriminazione di ordine ideologico o personale". Sottolinea il significato del "commosso necrologio" al quale "la "forza politica" di Asquini nulla toglie al valore morale e civile di un atto controcorrente nell'atmosfera cupa della Repubblica di Salò" G. ACERBI, *Le leggi antiebraiche e razziali italiane ed il ceto dei giuristi*, Milano, 2011, p. 185.

In questa occasione Asquini aveva sottolineato, fra l'altro, come Vivante non avesse mai considerato il diritto commerciale "come un sistema chiuso in sé stesso e costretto nei confini convenzionali di un codice, ma come una parte del tutto, "l'ala marcante" del sistema del sistema generale del diritto privato, traente da questo le sue linfe vitali" e che con il suo metodo di ricerca egli "pur sempre rispettoso della legge positiva, ha saputo far parlare attraverso la legge positiva la "natura delle cose", dettando per i diversi istituti sintesi semplici e chiare...".

Conclude Asquini che Vivante "malgrado certe oscillazioni del suo pensiero, è certamente uno dei precursori della recente riforma legislativa che portò all'unificazione del diritto delle obbligazioni, senza per ciò sopprimere il diritto commerciale dell'impresa".

⁶² La lettera, reperita in Acta dell'istituto storico repubblica sociale italiana, maggio-luglio 2005, anno XIX, n. 2 (con l'indicazione da "archivio Lino Cavanna") è completata, rispetto alla copia conservata presso l'archivio Iri, da una chiusura manoscritta "Al punto in cui sono le cose credo però che le mie osservazioni resteranno un voto ... per memoria".

⁶³ Va ricordato che l'incontro tra Asquini e Mussolini faceva seguito al Consiglio dei ministri del 13 gennaio 1944 che, su impulso di Angelo Tarchi, Ministro dell'Economia corporativa, aveva previsto la "gestione diretta" da parte dello Stato delle aziende che "controllino settori essenziali per l'indipendenza economica o politica del Paese" e, nel dichiarare "socializzata" la gestione dell'impresa sia pubblica che privata", prevedeva l'affidamento nelle imprese pubbliche delle "questioni inerenti la produzione" ad un Consiglio di gestione nominato da tutti i dipendenti e, nelle imprese private, la partecipazione all'organo amministrativo di una rappresentanza dei lavoratori in numero "almeno uguale" a quello dei rappresentanti del capitale.

A sua volta il capo dell'azienda, nominato nelle imprese pubbliche dal Governo e nelle imprese a capitale privato rappresentato, in alternativa all'imprenditore, anche da "un tecnico nominato dal Consiglio di gestione" era dichiarato responsabile dell' "andamento della produzione di fronte allo Stato", potendo essere destituito. (Per più ampi ragguagli cfr. R. Bonini, (nt. 21), p. 223 ss.; N Rondinone (nt. 1), p. 620).

mia, anche in relazione alla guerra", è indubbio che la riserva di fondo attiene al mancato "riconoscimento dell'iniziativa privata dell'imprenditore salvo il trasferimento allo Stato delle industrie chiave".

Di qui la denuncia del contrasto che permeava tutta la proposta rispetto alla premessa che titolarità e direzione dell'impresa sono dell'imprenditore, rendendone insostenibile il ruolo⁶⁴ come conseguenza della violazione dei principi cardine dell'impresa, rappresentati dal rapporto tra potere e rischio e dal rispetto del fondamento contrattuale dell'organizzazione societaria⁶⁵.

L'interesse a rileggere le critiche di Asquini, alla luce dello schema del decreto legislativo del 12 febbraio dove la socializzazione delle imprese, conseguente al Manifesto di Verona era giocata in un momento cruciale per la Repubblica sociale⁶⁶, alla stregua di una politica del ritorno del fascismo alle origini socialiste⁶⁷ è rappresentato dal metodo con cui Asquini illustra le condizioni che, a suo avviso, de-

⁶⁴ N. RONDINONE, op. loc. cit

⁶⁵ C. MONTAGNANI (nt. 19), p. 240 che ha la cura, per facilitare la consultazione del lettore, di trascrivere integralmente le osservazioni di Asquini a Tarchi.

⁶⁶ Ancora il 18 settembre 1944 esponenti tedeschi che non avevano nascosto la propria diffidenza verso una riforma che poteva incidere negativamente sulla produzione bellica chiedono ad Asquini la sua opinione sull'attuazione del programma: "Il gen Leyers mi chiama a Como per sentire il mio parere sulla socializzazione di certe società dell'Iri annunciata da un comunicato di ieri. Lo consiglio di lasciar fare." Ricorda ora R. Bonini, (nt. 21), p. 235, che l'ostilità del *Rüstung und Kriegsproduktion* a cui capo era il Leyers fu superata solo grazie ad un diretto intervento di Hitler.

Anche dopo l'allontanamento di Asquini dall'Iri non sono mancati richieste da parte tedesca di un parere sulla socializzazione di certe imprese (v. intervento del 18 settembre 1944) né adempimenti burocratici fino all'ultimo momento del regime, quali l'emanazione di circolari (28 marzo e 1 aprile 1945).

Sulla socializzazione delle imprese v. la relazione di Tarchi, "L'organizzazione economico sociale nello Stato fascista repubblicano" in R. Bonini (nt. 21) p. 222 ss. e 261 ss. e per un'accurata descrizione dello stato di attuazione del programma ivi, p. 231 ss.

⁶⁷ Per un approfondito esame delle proposizioni del Manifesto di Verona, nel quadro dei rapporti tra proprietà e lavoro che, in alcuni dei loro aspetti, ricordano la proposta critica di U. Spirito, formulata al convegno di Ferrara del '32 sulla c.d. "corporazione proprietaria" (su cui A. DE GENNARO, "Istituzionalismo", "corporazione proprietaria", "diritto dell'economia" tra gli anni '20 e '30, in *I giuristi e la crisi dello stato liberale in Italia fra Otto e Novecento*, a cura di A. Mazzacane, Napoli, 1986, p. 434 ss.; v. R. BONINI (nt. 21), pp. 14 ss., e 231 ss.

Sull'eterogenesi dei fini, rappresentata dal passaggio dalla "corporazione proprietaria" al sistema delle partecipazioni statali v. ora G.C. SPATTINI, *Corporativismo e diritto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2010, specie p. 1055 ss.

vono caratterizzare, nel rispetto del sistema codificato nel '42, il fenomeno della socializzazione delle imprese.

I punti istituzionali che vanno rispettati sono rappresentati dal "riconoscimento dell'iniziativa privata dell'imprenditore, salvo il trasferimento allo stato delle industrie chiave", dalla "partecipazione dei lavoratori ad una quota utili oltre il salario"; dalla "correlativa partecipazione dei lavoratori alla gestione dell'impresa ai fini di dare ai lavoratori il modo di controllare i risultati della gestione e il riparto degli utili."

Si precisa che in tal modo si risolve "l'annoso problema della partecipazione dei lavoratori agli utili dell'impresa (frutto del lavoro), facendo dei lavoratori, oltre che dei salariati, degli associati nell'impresa su un piano analogo a quello che avviene nell'agricoltura con l'istituto della mezzadria (art. 2145 c.c.)" e si realizza, come sottolinea ancora Asquini nell'eco di un antico dibattito, "...quello che avrebbe potuto già avvenire anche nel campo dell'industria e del commercio secondo le regole dell'associazione in partecipazione se queste regole fossero state estese anche alla partecipazione agli utili dei lavoratori nell'impresa, *il che finora non si era voluto fare* (artt. 2554 cod. civ., ult. cap)"⁶⁸ (sottolineature originali, corsivo aggiunto).

Il tentativo del giurista, inteso a far operare la nuova norma nel rispetto della codificazione del '42, dove il rinvio all'art. 2102 c.c. presente nell'art. 2554, secondo comma confermava l'estraneità del rapporto di lavoro subordinato tanto all'associazione in partecipazione che alla cointeressenza⁶⁹ era tuttavia destinato ad essere rigettato.

⁶⁸ Nella disciplina della partecipazione agli utili e alle perdite dettata dall'art. 2554, c.c., il secondo comma specifica "per le partecipazioni agli utili attribuite ai prestatori di lavoro resta salva la disposizione dell'art. 2102" richiamando un regime di informativa e non di gestione: "Se le norme corporative o la convenzione non dispongono diversamente, la partecipazione agli utili spettante al prestatore di lavoro è determinata in base agli utili netti dell'impresa e, per le imprese soggette alla pubblicazione del bilancio regolarmente approvato e pubblicato".

Indicativo sul punto della coerenza di Asquini come interprete è l'espresso richiamo all'art. 2102 introdotto, come riconosce la stessa Relazione al codice civile (Roma, 1943, p. 579, sub n. 851) "per dirimere, secondo l'indirizzo più diffuso e attendibile, alcune questioni controverse.....senza che....possa essere consentito agli aventi diritto un sindacato o controllo di merito sulla gestione: ciò che altererebbe profondamente la natura e il normale svolgimento del rapporto di lavoro subordinato».

⁶⁹ G. DE FERRA, in *Commentario Scialoja- Branca, Art. 2549-2554*, Bologna 1973, p.129 e già G. E. COLOMBO, *Associazione in partecipazione, cointeressenza, contratto di lavoro subordinato*, in questa *Rivista*, 1962, II, p. 341 che ricorda la formulazione, ancor più drastica, dell'art 381 del Progetto preliminare del codice di commercio (Progetto

La sua premessa, restar "fermo il principio che la titolarità e la direzione dell'impresa spettano all'imprenditore", non solo urtava contro la tesi di alcune componenti del mondo politico di una "vendetta contro gli industriali, alleati con la monarchia e quindi "traditori" del regime"⁷⁰, ma la richiesta di rispettare i principi generali dell'impresa capitalistica non veniva accolta affermandosi recisamente che "è lo spirito della legge che non è compreso"⁷¹.

Diverse sono le critiche di Asquini, a seconda che si abbia riguardo al regime proposto per le imprese individuali, per le società di persone e di capitali, per le società in mano pubblica.

Nei confronti dell'impresa individuale Asquini, dopo aver riconosciuto la funzione informativa del consiglio di gestione (art. 12) - del quale suggerisce nella sua ottica la diversa indicazione di "consiglio del lavoro"⁷², anche questa respinta seccamente - precisa che la sua istituzione deve lasciare "all'imprenditore che rischia il suo capitale e il suo nome, l'integrità dei suoi poteri per quanto riguarda lo svolgimento e le modificazioni della sua iniziativa (finanziamenti, ammortamenti, smobilizzi, nuovi impianti, liquidazioni, ecc)"⁷³. Eccessivo è quindi "pretendere che

Asquini): "Il contratto di lavoro con partecipazione del prestatore d'opera agli utili dell'impresa non è soggetto alle norme del presente titolo".

⁷⁰ R. BONINI (nt. 21), p. 235 ricorda anche questa tesi fra le molte che sono state formulate nella ricostruzione della vicenda.

⁷¹ Così testualmente il commento manoscritto attribuito al ministro per l'Economia corporativa, Tarchi.

⁷² Per una sintesi sull'orientamento dei Consigli di gestione cfr. anche M.J. BONELLI, *Partecipazione operaia e diritto dell'impresa. Profili comparatistici*, Milano, 1983, p. 34. Una recente riflessione sulle vicende dei consigli di gestione, istituiti per decreto del Comitato di liberazione nazionale dell'Alta Italia (CLNAI) in data 17 aprile 1945, con l'abrogazione del decreto legislativo del 12 novembre 1944, n. 375, "continuando a utilizzare - ma in un quadro politico ribaltato di segno e fino a nuovo e generale regolamento della materia con atti legislativi del Governo nazionale - lo schema operativo predisposto dalla repubblica di Salò", è in S. LEONARDI, *La partecipazione dei lavoratori in una prospettiva storica: i Consigli di gestione*, in *Lavoro e diritto*, 1997, pp. 469 ss.

⁷³ Anche se quest'interpretazione poteva non trovare conferma nel sistema complessivo del capo II, Amministrazione delle imprese di proprietà privata individuale, composto dagli artt. 11 "Consiglio di gestione - Nelle imprese individuali viene costituito un consiglio di gestione composto di almeno tre membri eletti, secondo il regolamento dell'impresa, dai lavoratori: operai, impiegati amministrativi, impiegati tecnici" e 12 "Capo dell'impresa - Poteri del consiglio di gestione - Nelle imprese individuali l'imprenditore, il quale assume la figura giuridica di capo dell'impresa con la responsabilità e i doveri di cui ai successivi articoli 22 e seguenti, è coadiuvato nella gestione dell'impresa stessa dal consiglio di gestione".

l'imprenditore riunisca "almeno una volta al mese" il consiglio di gestione per "sottoporgli" le questioni relative alla gestione dell'impresa anche estranee al lavoro e sottolinea l'improprietà di parlare di "approvazione" del bilancio e del riparto degli utili, là dove si dovrebbe dire "approvazione del bilancio agli effetti del riparto degli utili".

Se su questo punto è decisa la risposta negativa del commentatore con il richiamo allo "spirito della legge" che fa intendere che è la stessa interpretazione di fondo di Asquini ad essere respinta, l'unica apertura (l'annotatore si limita a precisare "può essere rivisto"), è data nell'individuazione dell'organo legittimato a decidere in caso di sostituzione dell'imprenditore.

Considerando il suggerimento di Asquini - ma inesattamente - alla stregua di un tecnicismo formale, il giudizio possibilista è espresso nei confronti dell'osservazione, l'unica che sarà accolta nel testo finale del provvedimento, sull'opportunità di individuare il "Ministero dell'Economia...[come] organo molto più adatto della magistratura del lavoro per l'applicazione della sanzione che è di stretta indole amministrativa, rilievo che vale anche per gli *ingenui* articoli 2089-2091 cod. civ." (corsivo aggiunto), norme che saranno poi abrogate dal governo legittimo con il d.lgs. 14 settembre 1944 n. 287.

Ma se quest'ultimo rilievo poteva essere considerato come il frutto di un mancato approfondimento dell'aspetto tecnico-giuridico⁷⁴, la radicale divergenza con l'impianto normativa proposto emerge, fin dalla prima lettura, con riguardo alle c.d. "imprese sociali elementari", rappresentate dalle società di persone.

In contraddizione con la "premessa politica" di Asquini, la previsione di un consiglio di gestione "destinato ad affiancare nella gestione della società l'operato del socio e dei soci amministratori" è sostituita da "un consiglio di amministrazione formato dai soci e da un uguale numero di rappresentanti eletti dai lavoratori dell'impresa" con il potere (lett. a) art. 6) di "deliberare (sottolineatura originale) su tutti gli atti dell'impresa coi poteri riconosciuti dalla legge ai soci amministratori".

"L'imprenditore, capo dell'impresa, deve riunire periodicamente e almeno una volta al mese il consiglio, per sottoporgli le questioni relative alla vita produttiva dell'impresa, ed ogni anno alla chiusura della gestione per l'approvazione del bilancio e il riparto degli utili".

⁷⁴ Per una riflessione sulla carenza dei necessari approfondimenti, politici, tecnici, giuridici nella ricerca dei nuovi modelli di organizzazione sociale v. R. Bonini (nt. 21), p. 236.

Asquini sul punto non può non rilevare, anche con un certo stupore, richiamandosi ai principi che informano la gestione, disgiuntiva o congiuntiva, delle società di persone che non solo il "consiglio di amministrazione postulato dallo schema legislativo ..non esiste" ma che la soluzione di un consiglio paritetico è contraria ad un sistema "fondato su un'esperienza secolare che risponde alle esigenze peculiari" delle società di persone stravolgendo le regole del tipo sociale.

Diretta conseguenza della sottrazione del potere di amministrare ai soci "che rischiano il loro capitale" per affidarlo ad un consiglio paritetico con i rappresentanti dei lavoratori, è porli "alla mercé dei dipendenti dell'impresa che non corrono alcun rischio patrimoniale."

Ma non solo è "difficile pensare che tali forme di società possano sopravvivere" quando "il principio maggioritario ...alla base del contratto sociale venga frustrato facendo intervenire nel voto persone che non sono soci, e quindi non contraenti" ma ciò, sottolinea Asquini, "vorrebbe dire andare contro la natura delle cose". (sottolineature originarie)⁷⁵.

Il suggerimento di una "profonda riforma" dello schema legislativo in modo da avvicinare il regime delle società di persone alla soluzione adottata - o che Asquini ritiene sia stata adottata - per le imprese individuali si articola nelle seguenti proposizioni: 1) conferma del potere del consiglio di gestione "di approvare nell'interesse dei lavoratori alla chiusura dell'esercizio il bilancio sociale al fine del riparto degli utili"; 2) qualora vi siano più soci amministratori, designazione da parte loro del "socio che deve essere riguardato come capo dell'impresa agli effetti della responsabilità di diritto pubblico verso

⁷⁵ Il richiamo alla "natura delle cose" (per tutti v. N. BOBBIO, *La natura delle cose nella dottrina italiana*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1964, p. 489 ss.) è di estremo interesse ove si ricordi l'importanza, nella ricostruzione del pensiero di Asquini, del contributo "*La natura dei fatti come fonte del diritto*", in *Arch. giur.*, 1921, p. 132 ss. (ricordato ora da A Tarantino, *La problematica odierna della natura delle cose*, Milano, 2008, p. 9) in una visione dell'evoluzione delle strutture economico-giuridiche (così, da ultimo, R. Meneghetti, nt. 1, p. 65).

Sulla rilevanza per Asquini della natura dei fatti come base della norma commerciale (ma vedi anche, per l'idea che la "la natura dei fatti" costituisca fonte formale di diritto positivo, C. Vivante, *Tratt. dir. comm.* Milano, 1906, I, p. 91) e del diverso approccio rispetto ad Ascarelli, v. ancora G. Cottino (nt. 15, p. 12), in corrispondenza, come ha ricordato Oppo (nt. 14, p. 5), "alla ricerca e alla valorizzazione di quello che Egli chiamava lo "spirito sociale" delle leggi fatte e da fare, spirito riflesso anzitutto nella proporzione imposta, "con vigilante controllo, alle componenti privatistica e pubblicistica della disciplina delle attività economiche: perché entrambe siano, e reciprocamente, strumento e presidio di libertà individuali e di collettive".

lo Stato"; 3) demandare infine "la sostituzione del capo dell'impresa, in caso di indegnità, a quegli stessi organi dello Stato che hanno tale competenza per le imprese individuali con la stessa procedura".

Le brevi annotazioni di Tarchi, recisamente negative e talvolta di difficile lettura, sono condotte solo sotto l'aspetto dell'argomentazione politica.

Nel giustificare il regime comune con le società per azioni, perché altrimenti si sarebbe avuta una "polarizzazione"⁷⁶ delle iniziative economiche verso queste società, la critica di Asquini viene accusata di essere espressione della "solita mentalità capitalistica" che trascura la rilevanza del fattore lavoro nella "direzione dell'impresa" e sulle cui "spalle è bene ricada la responsabilità delle decisioni".

Al richiamo di Asquini alla "natura delle cose", Tarchi contrappone "lo spirito della socializzazione (che) non è di creare nelle imprese un organo (o almeno così sembra, espressione quasi incomprensibile) controllore dei salari e degli utili".

Ma la maggior gravità della riforma, per chi, come Asquini, oltre ad essere un "tenace assertore dell'economia di mercato", è stato un rigoroso studioso dell'impresa chiamata, anche in relazione all'interesse generale dell'economia, a svolgere "una funzione autonomamente propulsiva ed auto diretta sul mercato"⁷⁷, si palesa nel settore delle società di capitali.

Il rispetto della struttura organizzativa e il ricorso alla tecnica della persona giuridica avrebbe imposto un necessario coordinamento con gli organi sociali del consiglio di gestione (che Asquini, non a caso, continua ad indicare come "consiglio del lavoro"), mentre la rappresentanza dei lavoratori, che partecipa pariteticamente con il capitale privato sia all'assemblea (art. 4) che al consiglio di amministrazione, oltre a ad esprimere "il proprio parere su ogni questione inerente alla disciplina ed alla tutela del lavoro", delibera (art. 6) "su tutte le questioni relative alla vita dell'impresa, all'indirizzo e allo svolgimento della produzione nel quadro del piano nazionale..." ed esercita "in genere nell'impresa tutti i poteri attribuitigli dallo statuto e quelli previsti dalle leggi vigenti per gli amministratori.....", redige infine "il bilancio dell'impresa e propone la ripartizione degli utili...".

Tutto questo è incompatibile con la natura contrattuale della so-

⁷⁶ È questa la lettura proposta da C. Montagnani (nt. 19), p. 237 che appare preferibile nel contesto ad altre possibili alternative.

⁷⁷ G. COTTINO, (nt. 15), rispettivamente pp. 11 e 8.

cietà (affermazione questa che da luogo ad una immediata reazione di Tarchi, illeggibile ma sottolineata da un doppio punto esclamativo in relazione al richiamo alla "volontà sovrana dei contraenti", rafforzata dalla successiva critica "allora la socializzazione della gestione non si può fare perché bisogna rispettare il contratto sociale!!") e con il principio che "tutte le materie di competenza dell'assemblea (e del consiglio) che investono esclusivamente un rischio del capitale (finanziamenti, ammortamenti, smobilizzi, ecc.) non possono essere sottratti alla libera disposizione di chi ha conferito detto capitale".

All'osservazione che l'applicazione del "principio maggioritario alla somma dei voti degli azionisti e dei lavoratori, anziché al voto separato degli azionisti fa venir meno il funzionamento del principio maggioritario per gli azionisti che è il fulcro del contratto di società, e si presta a tutte le speculazioni, di buona e di cattiva lega, da parte di minoranze azioniste aspiranti all'assalto della diligenza", il commento di Tarchi, dopo un primo termine illeggibile, si limita a precisare che "comunque sembra che la presenza dei lavoratori (?) nell'assemblea debba essere una certa ma indiscutibile garanzia contro...(illeggibile) di cattiva lega".

Alla sconsolata conclusione di Asquini che in mancanza di una radicale revisione "non è esagerato dire che...sarebbe difficile trovare chi sottoscriva un contratto di società per azioni e a responsabilità limitata" Tarchi oppone solo il lapideo⁷⁸ commento: "è quel che vedremo".

Per quanto attiene le società a partecipazione pubblica, Asquini, se giudica positivamente la loro sottrazione "alla forma fittizia (in originale) di società per azioni con lo Stato unico azionista e di avere loro dato la forma di enti pubblici, conferendo ad organi superiori di diritto pubblico (i.e. il neo costituito Istituto di Gestione e Finanziamento) quei poteri che finora risultavano di spettanza di una fittizia assemblea, formata dall'unico azionista Stato..."⁷⁹, critica la posizione riconosciuta alla componente pubblica nella gestione dell'impresa "così deteriorata rispetto a quella fatta all'imprenditore privato, tale da apparire assurda"⁸⁰.

⁷⁸ C. MONTAGNANI, (nt. 19), p. 238.

⁷⁹ Sull'Istituto di gestione e finanziamento costituito con il d. lgs. 12 febbraio 1944, n. 269. v. R. BONINI (nt. 21), p. 227.

⁸⁰ Anche in questo caso il commento di Tarchi appare preconfezionato, come risulta dalla sovrapposizione, senza alcuna incertezza, del piano politico sul piano giuridico: si annota, infatti, "Questo parte dalla antitesi tra lavoratore cioè collettività cioè Stato e Stato medesimo" per concludere con un evidente hiatus nella tesi che "ad ogni modo nelle imprese statali c'è un rappresentante dell'Igefi".

Il consiglio di gestione, presieduto dal capo dell'impresa nominato dal Ministro per l'Economia Corporativa (art. 13) tra i suoi membri "o fra altri elementi dell'impresa stessa o di imprese del medesimo settore produttivo che diano speciali garanzie di comprovata capacità tecnica o amministrativa", è infatti composto (art. 14) "di rappresentanti eletti dalle varie categorie dei lavoratori...nonché di almeno un rappresentante proposto dall'Istituto di Gestione e Finanziamento".

Per porre riparo alla "stranezza" di una situazione caratterizzata dallo "squilibrio ...nel funzionamento del consiglio" dove lo Stato imprenditore ha un solo voto Asquini propone o di concentrare "i poteri amministrativi nel rappresentante dello Stato e considerando la rappresentanza del lavoro come un consiglio di gestione (consiglio del lavoro) separato, quale è proposto per le imprese individuali; oppure inserendo nel consiglio di amministrazione un numero di rappresentanti del lavoro dando al capo dell'impresa il voto dirimente" per poi concludere "si può scegliere l'una o l'altra soluzione, in relazione all'importanza dell'impresa, l'unica soluzione che non può essere accolta è quella proposta nello schema".

b) Alla critica di Asquini, intesa ad evitare l'introduzione nel sistema del codice civile di riforme non meditate e a disciplinare tecnicamente l'influenza delle rappresentanze dei lavoratori sull'amministrazione delle imprese nel rispetto della titolarità e della direzione in capo all'imprenditore⁸¹, si contrappone la riflessione di Paronetto che, articolata in diversi interventi, tende ad escludere, fin dal marzo 1944 in un documento politico⁸², tenendo presente la situazione economica e sociale che il futuro Governo dovrà fronteggiare, un eventuale "ritorno in pristino" e che si debba negare "a priori l'idea...solo perché il fascismo agonizzante ha creduto di farla propria...".

Se la posizione dei cattolici sul terreno politico deve essere determinata "in relazione alle esigenze storiche del momento, anziché in base alla fedeltà ad una presunta tradizione o in base alle simpatie di singoli uomini", una delle innovazioni "che per ragioni morali ed economiche...trova concordi i vari partiti" deve condurre alla ristrutturazione degli organi preposti alla gestione e al controllo delle maggiori aziende⁸³.

⁸¹ N. RONDINONE (nt. 1), p. 622.

⁸² Da un documento preparato nel marzo 1944 per la Democrazia Cristiana cit. da M. L. Paronetto Valier (nt. 2), p. 79.

⁸³ Da M. L. PARONETTO VALIER, op. loc.cit.

Due sono i momenti che devono caratterizzare, ad avviso di Paronetto, fin da questo primo documento, i futuri provvedimenti di socializzazione.

Evitare, secondo quello che sarà una sua costante affermazione (v. ad esempio quanto detto a De Gasperi nella lettera - programma del giugno '44)⁸⁴, il consolidarsi di una burocrazia caratterizzata da "incompetenza, (da)l formalismo (da)l timore delle responsabilità personali, (da)l metodo autoritario che si nasconde dietro l'impersonalismo dell'organo pubblico" e far sì che "la gestione e l'esercizio delle facoltà e dei diritti connessi colla proprietà statale dovranno essere orientati nel vero interesse comune e non in funzione di un determinato governo o di uno stato accentratore"⁸⁵.

Conscio del carattere di immediatezza delle sue osservazioni, dettate da una risposta diretta alla riforma introdotta dalla Repubblica sociale, Paronetto conclude specificando che "le idee esposte, che riguardano la questione limitata della legge sulla socializzazione, non intendono certo essere un programma organico e definire posizioni dogmatiche; ...ogni politica economica ha infatti carattere strumentale ed è sempre suscettibile di adattamenti e di evoluzioni".

In un successivo contributo del 10 ottobre 1944, intitolato "Note sulla legge fascista per la socializzazione"⁸⁶, dove la riflessione politica e l'esame condotto in termini di politica economica rivelano l'approfondimento del problema, la preoccupazione di Paronetto è che presupposto delle diverse misure di socializzazione e di nazionalizzazione debba essere sempre la difesa degli interessi del corpo sociale e il rispetto del metodo democratico⁸⁷.

In questa sede vengono sviluppate le prime considerazioni condotte nella prospettiva di un Istituto che nel nuovo contesto, oltre ad essere lo strumento tecnico della riorganizzazione dell'industria, deve rappresentare il laboratorio da cui trarre "preziosi elementi ed orientamenti per il futuro assetto politico e giuridico della socializzazione", eliminando l'equivoco presente nel termine "socializzazione"

⁸⁴ Pubblicata in *De Gasperi scrive* (nt. 5), p. 347.

⁸⁵ Vircolato ripreso da M. L. PARONETTO VALIER, op. loc. cit.

⁸⁶ La nota dattiloscritta, reperibile presso l'archivio Iri, è ricordata anche da M. L. PARONETTO (nt. 2), p. 81.

⁸⁷ V. anche quanto scrive Paronetto l'8 dicembre 1944, in un appunto citata da P. SCOPPOLA, *La proposta politica di De Gasperi*, Bologna, 1977, pp. 268-269 e ricordato, ora da F. de Giorgi (nt. 46), p. 263.

che, nel giudizio critico di Paronetto "andrebbe riservato ai casi nei quali l'impresa sia sottratta alla proprietà privata, attraverso forme di proprietà sia pubblica che collettiva dei lavoratori".

Dopo aver individuato fra le principali carenze del provvedimento la mancata definizione dei settori da "assoggettare a socializzazione mediante estromissione della proprietà privata e la creazione di un adatto meccanismo finanziario per la espropriazione e il relativo finanziamento", l'attenzione di Paronetto si concentra sui due punti che considera fondamentali "a) più diretta partecipazione del lavoro alla gestione delle aziende superiori a determinate dimensioni, quale che sia la loro natura privatistica, cooperativa o pubblica; b) socializzazione in senso proprio, vale a dire gestione nell'interesse pubblico, all'infuori della proprietà privata, di determinate grandi aziende già attualmente di proprietà pubblica o da assumere ex novo".

Al riguardo non si può non ricordare come, una volta respinto "il vieto criterio delle necessità autarchiche e politiche", Paronetto ritiene possibile accogliere, sia pur "di massima" il riferimento principio della nuova normativa "alle imprese fornitrici di materia prima, di energia e di servizi indispensabili al regolare svolgimento della vita sociale" ma integrato "col criterio classico della esistenza di condizioni di monopolio, sia tecnico che giuridico o di fatto, ritenendosi che ove la proprietà privata sia limitata da condizioni di effettiva concorrenza essa sia ancora accettabile nella generalità dei casi, anche trattandosi di aziende di grandi dimensioni".

All'attualità di un'analisi condotta per i vari settori (v p. 8-9) corrisponde la ricerca di cosa si debba intendere per "gestione pubblica", in contrapposizione ad "una attuazione di un capitalismo o di un socialismo di stato"⁸⁸ e della funzione dell'Iri che, "comunque si voglia modificarne il nome e la struttura istituzionale, deve rimanere l'orga-

⁸⁸ Precisa al riguardo Paronetto (p. 10) "... occorre fin d'ora stabilire in via programmatica che la gestione pubblica non deve essere intesa come un avviamento e tanto meno come un'attuazione di un capitalismo o di un socialismo di stato. In altre parole occorre prepararsi al ritorno alla gestione privata di determinate aziende per le quali venissero a mancare i motivi di intervento statale; soprattutto è necessario che lo stato proprietario, sotto l'impulso di una chiara e lineare direttiva politica, divenga efficace strumento per attuare, ove risulti tecnicamente possibile quelle forme nuove di proprietà collettiva non statale (cooperative di lavoratori e tecnici; proprietà di enti regionali o professionali) che sembrano le più adatte per evitare gli inconvenienti del supercapitalismo e al tempo stesso quelli della statizzazione".

no tecnico-finanziario per la amministrazione delle maggiori partecipazioni statali... e per la eventuale assunzione di nuove partecipazioni in conseguenza di provvedimenti di espropriazione del capitale privato" evitando l'assunzione di "compiti di controllo e disciplina che sono propri della pubblica amministrazione, sia pure operante al di fuori delle forme burocratiche tradizionali".

Ad una rivalutazione dell'esperienza dei Consigli d'azienda, che potrebbero contribuire ad una soluzione del "profondo problema sociale del posto primario spettante al lavoro nel nuovo ordine produttivo", corrisponde il giudizio sulla pericolosità di ogni proposta "demagogica" che ne voglia estendere compiti e competenze alla gestione e all'amministrazione delle aziende⁸⁹.

Nel richiamare il ruolo e l'apporto dei "tecnici" - dirigenti diversi dal tradizionale imprenditore proprietario - in grado per la loro competenza a rappresentare un'alternativa ad una mentalità burocratica, Paronetto sostituisce al concetto di classe quello di funzione⁹⁰ sottolineando che "non vi è, in teoria, alcun motivo di antagonismi classisti fra lavoro e tecnica, fra operai e direzione"⁹¹.

Ricordato, sulla scorta dell'esperienza anglosassone⁹², il ruolo del Comitato dei Direttori responsabile delle principali decisioni gestionale e della formazione e della selezione dei dirigenti, Paronetto, dopo aver rilevato le contraddizioni insite nella figura del "Capo dell'impresa"⁹³

⁸⁹ In un articolo dello stesso periodo, *Demagogia e socializzazione*, pubblicato nel *Popolo* del 14 luglio 1944, a liberazione di Roma avvenuta, dopo aver sottolineato la necessità di un esame condotto industria per industria, tenendo conto "della esistenza di specifiche situazioni di monopolio e delle eventuali relazioni di privilegio esistenti nei confronti dello stato e del consumo" Paronetto sostiene che solo "su questa base, si potrà, si dovrà anzi procedere e in molti settori anche immediatamente, a socializzazioni e a trapassi alla gestione collettiva, sia statale che decentrata in organismi regionali, locali o cooperativi, seguendo una via che tutt'altro che un monopolio socialista, dal momento che di industrie sottratte alla gestione privata è ormai fertile la prassi di quasi tutti i governi moderni, a cominciare dai paesi anglosassoni".

⁹⁰ V. con la sigla a. p. *Postilla per i laureati e professionisti cattolici*, in *Studium*, 1944, p. 241-242.

⁹¹ Precisa, al riguardo, Paronetto che fine della rivoluzione sociale è "Eliminare ogni privilegio, ogni interferenza, ogni ingiustizia nelle attribuzioni ai singoli componenti della comunità delle varie funzioni necessarie all'ordinato svolgimento della vita sociale".

⁹² Sottolinea M. L. PARONETTO VALIER, (nt. 2), p. 83 l'interesse suscitato all'epoca nell'ambiente Iri dal lavoro di J. BURNHAM, *The Managerial Revolution* che, pubblicato nel 1941, sarà tradotto in Italia solo dopo la fine del conflitto.

⁹³ Nell'illustrare la scarsa chiarezza del ruolo del capo dell'impresa, per il quale valgono le stesse critiche formulate nei confronti dell'operatività di un Consiglio di

osserva ancora che il Comitato - come il Board of Directors e il Vorstand - rappresenti "il vero cervello direttivo dell'azienda, unico effettivo organo collegiale per la complessa gestione tecnica e finanziaria".

Operando in tal modo si potrebbe realizzare una "autogenesi dei capi" preferibile ad "eventuali nomine dal basso, che ben difficilmente potrebbero sottrarsi ad influenze demagogiche o a dannosissime interferenze politiche" mentre nella situazione dell'Iri, dove lo Stato è presente "solo attraverso gli organi e i funzionari dell'Iri stesso"⁹⁴, le regole di organizzazione dell'Istituto dovrebbero sottostare secondo "un principio fondamentale di ogni Stato democratico...ad un largo e libero controllo pubblico, sia in seno al parlamento che mediante la stampa"⁹⁵.

Di qui la proposta della partecipazione nei consigli di amministrazione con la presenza di membri dei Comitati dei Direttori, dei Consigli di azienda, di "un numero assai ristretto in rappresentanza dello Stato" composto da "funzionari o fiduciari Iri" e in alcuni casi da "un numero ristrettissimo di tecnici, assimilabili a consulenti" e, ove possibile, sottolinea ancora Paronetto, sensibile alla necessità di tutelare, diremmo oggi, le condizioni necessarie per lo svolgimento di un mercato

amministrazione articolato in componenti contrapposte e di un'assemblea "nella quale si favorisce la creazione di due blocchi contrapposti perfettamente uguali", il cui superamento sarebbe demandato al suo voto decisivo (art. 5), Paronetto osserva che la sua "evidenza esteriore...troppo ricorda il führer prinzip di marca nazista, mentre di fatto egli viene esautorato nella sua necessaria autonomia e nel conseguente senso di responsabilità da illimitati ed arbitrari poteri di intervento nei suoi diretti confronti da parte del ministero dell'Economia".

⁹⁴ Per una critica radicale a questo sistema L. STURZO, *Scritti di carattere giuridico, discorsi e attività parlamentare*, (1946-1959), Soverla Mannelli, 2007, p. 139.

⁹⁵ Indicativo del ruolo riconosciuto all'impresa pubblica è l'affermazione formulata in occasione della critica al regime di limitazione degli utili previsto negli art. 42 e 43 del decreto del 13 febbraio 1944. Non solo si contesta la fissazione dei limiti massimi, diversi da settore a settore ma, dopo aver osservato che "è fondamentale, e va mantenuto, il criterio della effettiva limitazione...previsto da altre leggi fiscali", ad avviso di Paronetto, è solo questa la sede in cui "si deve disporre circa questa complessa materia, che è questione completamente distinta da quella della socializzazione". Ma si aggiunge anche, con una particolare sensibilità dovuta con ogni probabilità a precedenti esperienze delle società dell'Id che "non sembra neppure il caso che le leggi fiscali prevedano un trattamento diverso da quello comune per le imprese socializzate. Se mai nelle imprese socializzate di proprietà pubblica sarà meno facile l'evasione fiscale, il che se da un lato danneggerà in certo modo i conti economici delle aziende, contribuirà a moralizzare l'ambiente e farà da giusto corrispettivo ai privilegi di fatto che malgrado tutto le aziende pubbliche finiscono per ottenere di fronte al fisco e alla amministrazione finanziaria".

operante in forma corretta, i "rappresentanti del consumo, sia dei consumatori come generalità...sia delle imprese consumatrici..."⁹⁶.

Paronetto conclude osservando che "una tale riforma avrebbe tra l'altro il vantaggio di valorizzare un ricco capitale di capacità e di esperienza di uomini fino ad oggi rimasti nell'ombra e rappresenterebbe un grande atto di fiducia verso le forze del lavoro e della tecnica...sarebbe...un passo decisivo, ma molto realistico, tenuto sul terreno concreto del possibile, non su quello demagogico dell'utopia, per avviare nel campo industriale un serio esperimento di autogoverno".

Quanto alla partecipazione dei lavoratori agli utili, la critica di Paronetto non si limita alla mancanza di una "realistica possibilità" della previsione normativa (art. 44), ma acquista maggior respiro richiamando l'interesse dei lavoratori, in funzione della ricostruzione del Paese, a "tendere fermamente...alla eliminazione dei sopraredditi aziendali: se margini rimangono dopo la remunerazione del lavoro...e la remunerazione, limitata ma pur necessaria del risparmio investito nella produzione, tali margini devono andare in primo luogo alla collettività per le improrogabili necessità della ricostruzione" e solo dopo se ve sia possibilità "ai lavoratori ma in forma collettiva, controllata e gestita dai lavoratori stessi attraverso il consiglio di fabbrica" (Sottolineatura originale).

Seguirà infine nel febbraio del 1945, pochi giorni prima della Sua scomparsa, un ultimo contributo, intitolato " Il problema della socializzazione e l'IRI. Precedenti e prospettive nel campo della socializzazione: le esperienze dell'Iri"⁹⁷, nel quale, oltre alla descrizione del si-

⁹⁶ Paronetto avverte la difficoltà di individuare un valido criterio di selezione per i rappresentanti dei consumatori rispetto a quelli delle imprese ma non manca di precisare, con notevole lungimiranza, che la loro "designazione dovrà essere fatta da organizzazioni pubbliche che per il momento non possono facilmente essere precisate".

⁹⁷ Archivi Iri, A 229. Un stralcio del testo è pubblicato in allegato da M. L. Paronetto Venier, (nt.2), p. 250 ss.

L'impegno di Paronetto fino all'ultimo momento è testimoniato fra l'altro da una lettera di Moro del 12 febbraio 1945 indirizzata a R. De Santis (ricordata da M. Casella, (nt.), p. 505) che all'atto di condividere la direzione della Rivista Studium ricorda come sia possibile conservarle il ruolo "grazie al contributo di Paronetto tanto più apprezzabile per le difficili condizioni personali".

Un ampio commento alle riflessioni di Paronetto è in G. La Bella, (nt. 2) p.112 ss. che ne sottolinea "la lucidità e l'originalità con cui veniva colta la specificità dell'impresa pubblica in Italia e i rischi a cui era sottoposta" mentre ne sottolinea le caratteristiche dell'impegno morale A. GIOVAGNOLI, *Le premesse della ricostruzione. Tradizione e mo-*

stema dell'impresa pubblica sono anticipati alcuni dei temi della discussione che seguirà negli anni successivi a che porterà alla redazione dell'art. 46 della Costituzione ("Ai fini della elevazione economica e sociale del lavoro e in armonia con le esigenze della produzione, la repubblica riconosce il diritto dei lavoratori a collaborare, nei modi e nei limiti stabiliti dalle leggi, alla gestione delle aziende")⁹⁸.

In questa memoria vengono ribaditi, in riferimento ai primi interventi dell'Istituto, i principi della necessaria salvaguardia del bilancio aziendale e dell'economicità di gestione⁹⁹, del metodo nell'organizzazione e della definizione delle responsabilità¹⁰⁰, della necessaria subordinazione delle gestioni pubbliche, nel rispetto della libertà individuale e della libera iniziativa economica, "alla formulazione di un vero "piano" della politica industriale che dia coerenza e unità alla azione di governo di fronte all'industria"¹⁰¹.

5. Conclusioni su: a) Sergio Paronetto b) Alberto Asquini

Al termine di questa breve ricostruzione emerge una caratteristica comune ai due personaggi, diversi per età, per professione e per esperienze politiche, nell'attuazione delle scelte che li hanno visti contrapposti - eppur collaboranti - nel corso del biennio 1943-1945: la responsabile coerenza di comportamento nella fedeltà alla rispettiva

dernità nella classe dirigente cattolica del dopoguerra, con prefazione di P. Scoppola. Milano, 1982, p. 158 ss.

⁹⁸ Sui contrapposti progetti politici che all'epoca si sono fronteggiati, per tutti, v. G. GHEZZI, in *Commentario Costituzione* a cura di G. Branca, Bologna, 1980, (art. 45-47), pp. 87 ss.

⁹⁹ "Nessun tipo di gestione può sfuggire - se non artificiosamente e illusoriamente - alla ferrea legge dell'equilibrio tra costi e ricavi. Per questo la "lotta per la riduzione dei costi" deve essere un criterio base della corretta gestione aziendale accanto al più rigoroso e responsabile calcolo di previsione dei ricavi". (p. 35)

¹⁰⁰ Una chiara definizione delle responsabilità "è forse l'unico mezzo per lottare contro le distruttive influenze dell'accentramento e della burocratizzazione, pericolo immanenti di ogni gestione pubblica. L'autonomia della gestione va concepita con molta larghezza e senza la pretesa di correggere o eliminare dal centro gli errori, inevitabili in certa misura, in ogni caso" (p. 36).

¹⁰¹ Ribadisce Paronetto (p.38-39) la necessità che l'esecutivo formuli "un vero piano della politica industriale che dia coerenza ed unità all'azione di governo di fronte all'industria. Tale piano va, ben inteso, concepito con modalità che facciano salve le fondamentali esigenze della libertà individuale e della libera iniziativa economica."

impostazione scientifica e politica.

a) *Sergio Paronetto*: La validità dei canoni di condotta aziendale che emergono dalla Sua ricerca, posti a fondamento della sua ricostruzione del futuro sistema, ha permesso di concludere che la sua "analisi fu la più nitida espressione della cultura economica e della sensibilità maturata negli ambienti Iri in questo periodo circa il ruolo dell'impresa pubblica all'interno dell'esperienza italiana" nell'intuizione della "possibilità di far convivere all'interno dello stesso sistema sia l'impresa pubblica che quella privata, non sentendole come antagoniste, ma complementari al benessere del paese"¹⁰².

Per quanto riguarda il suo impegno politico e sociale, piace ricordare l'apporto, reso anche nel corso dell'ultimo periodo del regime fascista, nella preparazione del programma della democrazia cristiana, in collegamento con De Gasperi, da sempre sostenitore della necessità, in un periodo di programmazione economica e di riforme, del consiglio di economisti e della "valida cooperazione di alcuni amici di provata competenza tecnica"¹⁰³, fra i quali annoverava, fra i più giovani, lo stesso Paronetto.

De Gasperi, rispondendo fin dal 10 settembre 1943 ad un suo "breve appunto" che in realtà si presentava come un contributo ad un programma di emergenza, sottolineava "la... curiosità ... intensa di leggere le vostre conclusioni economiche a integrazione di Malines. Tecnica economica e teologia: i belgi si sono sempre lamentati di non avere un contributo tecnico sufficiente. I vostri teologi sono più fortunati"¹⁰⁴.

Altro testimone dell'impegno di Paronetto in quel periodo è stato Giuseppe Spataro, che così lo ricorda con riguardo all'attività volta fino alla liberazione di Roma: "Nonostante le sue non buone condizioni di salute e il rischio che certe visite comportavano, egli ci riceveva periodicamente nella sua casa durante il periodo dell'occupazione tedesca e ci illustrava, colla competenza e il senso di responsabilità che lo distinguevano, la situazione industriale ed economica del paese. De Gasperi fu tra gli ascoltatori più attenti e più assidui"¹⁰⁵.

¹⁰² G. LA BELLA, (nt. 2), p. 118-119.

¹⁰³ A. DE GASPERI, *I cattolici dall'opposizione al governo*, Bari, p. 75 ss.

¹⁰⁴ Lettera di De Gasperi del 10 settembre 1943, in *De Gasperi scrive* (nt. 5), p. 343.

¹⁰⁵ Da *De Gasperi scrive* (nt. 5), p. 277, sub *De Gasperi e la D.C. "La nuova generazione."* V. anche G. FANELLO MARCUCCI, *Alle origini della Democrazia Cristiana-1929-1944. Dal*

b) Alberto Asquini, a sua volta, una volta lasciato l'incarico di Commissario dell'Iri, resta al nord e anche se continuano i rapporti con gli esponenti della Repubblica sociale, mantiene un profilo di estrema riservatezza rifiutando le proposte che gli saranno formulate.

Indicativa del suo stato d'animo è l'indicazione contenuta nel suo diario alla data del 14 maggio 1944 "Mazzolini vorrebbe che io andassi a Maderno per riprendere i contatti col Partito. Dopo l'esperienza dell'Iri, mi mantengo riservato".

Di notevole interesse, per le indicazioni che se ne possono trarre sulla sua coerenza nella scelta fatta, è il racconto del viaggio in auto a Roma, avvenuto solo qualche giorno prima della liberazione (27 maggio-4 giugno), accompagnato dalla moglie, signora Letizia, per riprendere possesso del suo appartamento.

Il breve soggiorno romano si presta ad alcune interessanti notazioni di costume, specie nei rapporti con il mondo universitario, come nel ricordo (30 maggio) di un incontro con "Matteucci e Nicolò che mi salutano sorridendo considerandomi un "convertito" a Roma. Li sorprendo, dicendo che sono qui solo per gli esami che saranno il 12, se gli inglesi lo permetteranno".

Successivamente, dopo aver visto (1 giugno) De Gregorio "il quale mi racconta le strane vicende dell'Università, dopo l'intervento di Biggeri per l'elezione dei presidi" con il commento "Povero Pentimalli!", Asquini incontra nel pomeriggio del 2 giugno il romanista "Salvatore di Marzio, mio preside e mio protettore all'Università, dopo l'apparizione Pentimalli di cui De Gregorio mi aveva già raccontato le peripezie. Parliamo degli esami del 12 giugno con molta riserva".

Dopo aver ricordato (3 giugno) che i "i due alti commissari per l'Italia dell'America e dell'Inghilterra - Sir Noel Charly e mr. Kirch - sono

carteggio Spataro-De Gasperi, Brescia, 1982, p. 37.

Ricorda E. GALLAVOTTI (nt. 46), p. 131, riprendendo da A. IOVAGNOLI, *La cultura democristiana tra Chiesa cattolica e identità italiana, 1918-1948*, Roma-Bari, 1991, p. 160, che nell'estate del '43 Paronetto aveva scritto, in una lettera a mons. Bernareggi, che "i partiti che si sono presentati alla ribalta non soddisfano punto, anche se si dicono cristiani. Sono partiti fatti risorgere da vecchi e l'Italia ha bisogno di partiti giovani" (corsivo originale).

Sempre E. GALLAVOTTI, op. cit., p. 71 ricorda una lettera di Paronetto a Vittorino Veronese dell'autunno '41, dopo un "discorso serio fatto con lo stesso B(ernareggi)" sull'immobilismo in alcuni settori della gerarchia ecclesiastica di fronte ai profondi rivolgimenti causati dalla guerra.

vecchie conoscenze personali che hanno un buon ricordo di me"¹⁰⁶, Asquini così motiva la sua decisione di ritornare a Milano: "Non avendo potuto andare al fronte come soldato, mi sembra che il dovere di soldato mi imponga almeno di SEGUIRE LA BANDIERA (maiuscolo originario) fino alla decisione della guerra, qualunque possa essere l'epilogo. Mi sembra che la vita non valga la pena di essere vissuta senza questo minimo atto di moralità."

Il viaggio di ritorno, iniziato il 4 giugno, presenta, fin dall'inizio, momenti di pericolo per i ripetuti bombardamenti aerei ma è anche occasione per alcune notazioni sulla convulsa atmosfera del momento.

Indicativo della situazione è l'episodio a Figline Valdarno quando l'aver dato notizia della "caduta" di Roma da un barbiere, alla presenza di alcuni paracadutisti tedeschi, si conclude con un interrogatorio da parte delle SS "che minaccia di finir male con una mia "traduzione" al posto di polizia, con imprevedibili conseguenze", evitata solo grazie all'intervento della moglie, signora Letizia che "esibisce la lettera che il gen. Leyers ci aveva fornito a Milano come documento di viaggio.

La prima parte del viaggio, sicuramente la più avventurosa, ha termine il 6 giugno a Firenze dove i coniugi Asquini "molto festeggiati" vengono osservati come "curiosità."

In questa sosta ricorre una riflessione, ancora una volta, di particolare delicatezza: "Accuso oggi il colpo del distacco da Roma, che mi dà il senso che qualcosa di irreparabile è avvenuto. Mai come oggi

¹⁰⁶ Sul ruolo di questi due personaggi v. DI NOLFO-M. SERRA (nt. 42), rispettivamente, per Sir Noel Charles, p. 172 e 222 e per Alexander Kirk, "buon amico degli italiani ma allora parsimonioso di apprezzamenti" (p. 223), accreditato quale ambasciatore degli Stati Uniti dal 7 dicembre 1944, specie gli interventi in quel periodo di cui è fatto cenno a p. 168 ss.

È opportuno, per completezza d'informativa, ricordare che le conoscenze internazionali di Asquini erano state rafforzate dall'essere stato capo delegazione alla Conferenza di Londra nel 1933, membro della conferenza del 1934 del "tallone aureo" e dalla circostanza che, come presidente del Centro italiano di studi americani, aveva mantenuto nel corso degli anni un rapporto preferenziale con esponenti del mondo anglosassone.

Prova l'interesse alla documentazione del Centro la richiesta tedesca, con la "visita di due ufficiali delle SS che offrono i mezzi per il trasporto nel Nord Italia" (6 ottobre) che provoca "molta meraviglia agli Esteri, dove temono l'esportazione del Centro in Germania". Al riguardo Asquini commenta "Esagerati gli Esteri come sempre", anche se l'interesse viene riconfermato alcuni giorni dopo (20 ottobre) da "una nuova visita di un ufficiale germanico che si interessa per il trasporto di una parte della biblioteca" con nuovo allarme nel Centro di studi. Al momento della partenza per Milano Asquini farà il passaggio delle consegne a "Pittalis, senza nostalgia".

vedo il mio destino legato al destino del mio paese e alle sorti della guerra. Mai come oggi sento la profanazione consumata da chi ha portato il nemico a Roma. Ho un momento di vertigine sul disegno della Provvidenza. Entro nella chiesa di S. Maria Novella e prendo la Comunione. Solo allora sento l'animo più libero e mi sento di guardare con maggiore forza verso l'avvenire "qualunque questo debba essere". L'amorevole serenità di Letizia mi è d'esempio".

Rientrato a Milano, dove molti avevano dubitato del suo ritorno ("Vedo Franceschelli e i suoi compagni di studio, increduli di vedermi...", che gli offrono aiuto per il futuro), Asquini, chiusa ogni pendenza amministrativa con l'Iri (il 25 agosto segnala "Smobilito l'appartamento di via Marcora riconsegnando i mobili all'Iri e metto al riparo la macchina"), riprende l'impegno professionale (con una particolare attenzione ai problemi della successione Feltrinelli che sarà definita con gli accordi del 20 marzo 1945), muovendosi con successo, anche se a volte con difficoltà logistiche, anche tra Trieste, Genova, Brescia ("Gioie forse ultime della mia vita professionale milanese", annota il 9 settembre), e l'attività universitaria con il ricordo di amici assenti.

Alla memoria affettuosa di Emilio Betti (22 novembre) "dove sarà Betti?"¹⁰⁷ si accompagnano, in altre occasioni, brevi notazioni sul carattere dei colleghi; "E che cosa farà Carnelutti in Svizzera? Dopo il 25 luglio

¹⁰⁷ Emilio Betti, arrestato a Camerino dopo la Liberazione (sulla vicenda v. T. Gazzola, *Betti politico*, in *Pol. dir.*, 2011, p. 158) e salvato grazie all'intervento di un autorevole giurista (G. Ferri), sarà successivamente sottoposto al giudizio di epurazione.

Sul diverso approccio con cui, a partire dall'iniziale Commissione per il riordinamento e l'epurazione universitaria istituita dopo il 25 luglio 1943 dal ministro dell'Educazione nazionale, Leonardo Severi, composta inizialmente da Calamandrei, Omodeo, De Ruggiero e Breglia è stato attuato il procedimento di epurazione è di grande interesse consultare H. Woller, *I conti con il fascismo*, Bologna, 2008, p. 38 sgg. per le scelte di metodo operate per il periodo successivo dalla Commissione istituita all'epoca del Regno del Sud (ivi, p. 62 ss. composta, fra l'altro, oltre che dallo stesso Omodeo, che sarà ministro per l'Educazione nazionale, da Arangio Ruiz, Bergarni, Barbagallo fino al regime disciplinato dal d. luog. del 27 luglio 1944, n. 159. Sull'orientamento della giurisprudenza amministrativa in materia v. le Relazioni al Presidente del Consiglio dei Ministri sull'attività del Consiglio di Stato per il quadriennio 1947-1950, Roma, 1952, I, p. 593 ss e per il settennio 1951-1957 Roma 1958, I-A, p. 621 ss.

Per una recente rilettura critica del bilancio e degli effetti dell'epurazione v. da ultimo, con una ricca bibliografia, M. FIORILLO, *Dalla Resistenza alla desistenza. Nuove ipotesi in tema di rinnovamento istituzionale nell'ordinamento transitorio*, in *Il diritto fra interpretazione e storia, Liber amicorum* in onore di Angel Antonio Cervati, Aracne ed., Roma, 2010, II, p. 337 ss, specie p. 350-351.

Carnelutti avrebbe detto a De Francesco che Badoglio faceva rimpiangere Mussolini. Carnelutti sarebbe un Bastian contrario anche tra i suoi."

All'annuncio (12 ottobre) del "rettore De Francesco (del)l'incarico per il prossimo anno accademico" il significativo commento di Asquini è "ma chissà quale sarà il destino di Milano un mese da oggi! Con ogni probabilità, io dovrò incaricarmi di ben altro", come ha occasione di annotare qualche giorno dopo alla notizia di "volantini gettati dagli aerei nemici ai partigiani con il mio nome. Troppo immeritato l'onore.

Significativo del cambiamento della situazione é il suggerimento di Rotondi (20 ottobre), che già con Franceschelli gli aveva offerto protezione e suggerito, fin dal 23 agosto, "di restare in ogni caso a Milano", di preferire "l'aria delle Alpi svizzere piuttosto che quella delle Alpi venete": lo stesso Rotondi, all'approssimarsi della fine del conflitto gli offrirà il 5 aprile, "ospitalità per il caso di emergenza".

Comunque il 23 novembre 1944 Asquini inizia il "corso all'università di fronte ad uno sparuto numero di studenti profughi. Gli studenti milanesi brillano per la loro assenza, temendo evidentemente di essere imputati di collaborazionismo. Pare che anche certi professori siano stati diffidati a non fare lezione".

In occasione della lezione di chiusura pre-natalizia (20 dicembre) l'incontro con uno studente di Pisa lo induce a pensare "alla sorte del buon Mossa"¹⁰⁸ al quale l'aveva opposto in passato negli anni '30 una recisa polemica sulla nozione economica di impresa commerciale che "certo non immagina che nel frattempo la prefettura di Como si occupa invece di FAR TOGLIERE LE CITAZIONI DI AUTORI EBREI NELLA RIVISTA DI DIRITTO COMMERCIALE) (maiuscolo originario)¹⁰⁹.

¹⁰⁸ Ricorda l'incontro con Lorenzo Mossa, Elio Toaff, allora (1939) studente "alla ricerca di un professore che acconsentisse a dar(gli) una tesi" nell'Università di Pisa, G. Acerbi, (nr. 61), p. 186-187.

¹⁰⁹ Sul pensiero di Mossa v. G. Cottino (nt. 15), p. 13; per una recente rilettura delle vicende successive ai provvedimenti razziali, v. ancora di C. Montagnani, *L'incredibile brevità della memoria e la scomparsa delle lucciole*, in Studi per Franco Di Sabato, Napoli, 2009, IV, p. 685 ss. Per una rassegna della legislazione razzista v. S. Bianconi, *La legislazione razzista in Italia e in Europa*, con prefazione di S. Centofanti, Aracne, Roma, 2009, p. 405 ss.

Ricorda ancora G. Acerbi (nt. 61), p. 185 che Asquini aveva mantenuto fino al 1943 nel frontespizio della *Rivista del diritto commerciale* la menzione dei fondatori Angelo Sraffa e Cesare Vivante che sarebbero stati poi depennati nel periodo della repubblica di Salò in applicazione del punto 7 del manifesto di Verona (sulla normativa antiebraica, *ivi*, p. 99 ss.).

Conclude l'anno (30 dicembre) una descrizione, breve ma completa nella sua sinteticità, della situazione sindacale, "Sono a colazione con Gavetti che mi informa della Confindustria, delle paure degli industriali, della guerra in famiglia fra Tarchi e Marchiandi, dell'imminenza di una nuova legge sindacale e del caos che regna in tutto il settore economico. Che tutto questo possa avvenire con la guerra alle porte di Milano sembra incredibile. Nel settore economico sociale, dal Manifesto di Verona in poi non si è fatto che della gran confusione. Comunque non saranno né Tarchi né Marchiandi che decideranno del corso degli eventi".

Dopo la ripresa (il 30 gennaio) delle lezioni hanno luogo sia gli esami, "in assoluta calma", il 16 febbraio dopo che si era avuta nell'università un'incruenta incursione (il 14 febbraio) di partigiani che invece alla Bocconi causerà la morte di due militi della polizia, sia le discussioni di laurea (il 20 febbraio).

Il giorno successivo questo è il commento - non privo di sofferta arguzia - di una riunione del Consiglio superiore dell'Istruzione: "Argomenti di ordinarissima amministrazione, ma atmosfera grave. Molti gli assenti giustificati, di cui però la sera il comunicato dà nome e cognome, a loro gioia! Una volta si facevano carte false per essere nominati in un comunicato, oggi si andrebbe al polo nord pur di essere dimenticati. Si legge fra l'altro l'elenco dei professori nominati per alta fama che dovrebbero essere riveduti da Grandi e Del Giudice, da Paolucci a Piacentini, da Lessona a Mancini. Quante malefatte di Bottai!".

Ancor più indicativo dello stato d'animo con cui Asquini, che aveva respinto la presidenza del Consiglio superiore forense, avendone "abbastanza del Consiglio superiore dell'istruzione", vive quest'ultimo periodo è l'annotazione (5 marzo): "Andando all'Università, due individui incrociano il portone e quando mi vedono passare mormorano: "Non è lui". Li evito ed entro all'Università senza essere osservato. Me li ritrovo nel corridoio e il bidello mi dice che cercano proprio me. Due partigiani? No, si tratta dell'avv. Mammoli e di un altro avvocato, che mi cercano per una tesi di laurea, L'equivoco mi mette di buon umore".

Il diario si chiude per il 1945 con l'annotazione, il 24 aprile, "Faccio lezione all'Università dove tutto sembra normale".

Asquini, rimosso dopo la Liberazione dal posto di ruolo con de Francisci, De Marsico e Leicht, (mentre Balzarini, Di Marzo e A. Scialoja vengono sospesi) sarà soggetto al procedimento per epurazione, unitamente ad Emilio Betti e Santi Romano, e, con l'assistenza di Pie-

tro Sette che gli sarà particolarmente vicino anche in questa vicenda, sarà riammesso in servizio¹¹⁰ con una decisione dalla sezione speciale del Consiglio di stato¹¹¹ che dichiarerà la nullità della contestazioni nei suoi confronti per la "mancanza assoluta del contraddittorio voluto e garantito dalla legge a tutela del diritto di difesa del funzionario sottoposto a procedimento epurativo".

Riassunto in servizio e ripreso l'insegnamento Asquini parteciperà, con Betti, la cui chiamata alla Facoltà di giurisprudenza di Roma sarà caratterizzata da "notevoli peculiarità proprio con riguardo al generale problema della "epurazione" dei professori universitari¹¹² alla successiva e "tribolata" chiamata per l'insegnamento di diritto industriale nella Facoltà di giurisprudenza de "La Sapienza" di Tullio Ascarelli¹¹³, che, immaturamente scomparso, avrebbe dovuto succedergli sulla cattedra di diritto commerciale¹¹⁴.

6. Postilla

Sia permessa, infine, un'ultima osservazione, che debbo alla vigile attenzione dei curatori del Convegno, Giovanni Farese e Stefano Baietti, sui possibili rapporti tra Asquini e Paronetto, forse ideali e immaginati nelle loro consonanze e diversità, ma sempre informati, come si è visto alla tutela di un interesse generale.

Al termine del lavoro i curatori mi hanno infatti segnalato l'unica citazione di A. Asquini contenuta in *Mussolini l'Alleato, Crisi e agonia del regime*, di R. De Felice, Torino 1990, I, t. secondo, 1043, sub nota 2,

¹¹⁰ Ricorda N. Rondinone (nt.1), p. 647 che Alberto Asquini rimarrà fino agli anni '60 nella Direzione della Rivista del diritto commerciale dove, come aveva annotato il 26 settembre del 1946, "mi considerano epurato ed evaporato".

¹¹¹ Cons. Stato, 24 gennaio 1948, in *Foro amm.*, 1948, c. 201 ss.

¹¹² M. Stella Richter jr, (nt. 45), specie p. 706 ss.

¹¹³ Un'accurata descrizione delle vicende della chiamata di Tullio Ascarelli presso la facoltà di Giurisprudenza di Roma è in M. Stella Richter jr, (n t. 45), p. 702 ss. che ha dedicato anche un affettuoso contributo alla ricostruzione della sua figura in *Tullio Ascarelli studente* in *Riv. soc.*, 2009, p. 1237 ss.

¹¹⁴ Sulla figura e l'opera di Ascarelli, v., in particolare, fra gli A. ricordati da M. Stella Richter jr op. ult. cit., p. 1237-1238, la testimonianza di A. Asquini in *Tullio Ascarelli*, in questa *Rivista*, 1959, I, p. 475 ss.; in *Nell'anniversario della morte di Tullio Ascarelli*, in *Riv. soc.*, 1960, p. 997 ss.; in *Il pensiero giuridico di Tullio Ascarelli*, in *Studi in memoria di Tullio Ascarelli*, Milano, 1969, I, p. LXXII ss.

che, a conclusione della ricerca, presenta un indubbio interesse.

De Felice, dopo aver ricordato che "a metà maggio [1943] Cianetti sottopose a Mussolini il testo di un decreto legge che sanciva la "vigilanza e la tutela" sull'IRI del ministero delle Corporazioni, che le avrebbe esercitate "d'intesa" con quello delle Finanze" sottolinea, a sua volta: "più che un valore attuale, la richiesta, che Cianetti appoggiava all'autorità della "Carta del lavoro" (VI, VII e IX dichiarazione) e all'articolo I dello statuto dell'IRI, aveva per lui un significato programmatico e, cioè, la rivendicazione della "necessità, organica e funzionale, che nell'ordine corporativo siano inseriti, nel modo più opportuno, tutti i vari strumenti di cui lo Stato si avvale per il perseguimento dei suoi fini politico-economici».

Nell'occasione De Felice si era anche posto il problema dell'identità dell'autore di un documento "*Appunto. Posizione dell'IRI*", anonimo, "conservato all'Archivio Centrale dello Stato tra le carte di Tullio Cianetti (fase. 6), ricollegandolo, sia pur dubitativamente, ad Asquini ("*potrebbe, forse, essere A. Asquini*") e segnalando il significato della parte conclusiva, finalizzata alla funzione dell'Istituto nel dopoguerra.

Più precisamente, il documento ricordato da De Felice si conclude con questa prospettiva: "Ma v'è un aspetto della funzione dell'IRI, specie dopo la conclusione vittoriosa della guerra, che al Ministero delle Corporazioni particolarmente interessa ed è la necessità di intervenire in modo organico ed efficace perché la forza di lavoro del popolo, in costante intenso incremento quantitativo e qualitativo, sia tutta ed adeguatamente utilizzata. A ciò deve tendere anzitutto l'iniziativa privata; ma se questa non sia sufficiente, è l'intervento dello Stato nelle varie sue forme che può sopperire, con una valutazione di convenienza economica, che è preminente sulla valutazione finanziaria. Basti tener presente, sotto questo riflesso, l'azione organica da svolgersi per l'industrializzazione del Mezzogiorno d'Italia, impegno assunto dal Regime Fascista e che dovrà essere mantenuto: ne è motivo ancora più alto il contributo di sacrificio per la guerra offerto dalle popolazioni del Mezzogiorno d'Italia. Un programma dovrà essere formulato dagli organi corporativi e, nell'attuazione di esso, l'IRI adempirà compito essenziale ed utilissimo, poiché il suo intervento, pur limitato ai casi rigorosamente indispensabili, sarà notevole sotto la forma soprattutto di apporto di capitale pubblico accanto a quello privato, specie nell'iniziale attuazione del piano di industrializzazione. Non è la valutazione finanziaria che assume maggior rilievo, in

un sistema in cui il capitale è strumento, non soggetto dell'economia, ma è l'aspetto economico-sociale che può e deve prevalere ed è al Ministero delle Corporazioni che, con il parere o la decisione degli organi corporativi, incombe l'obbligo di valutazione. Per questo si avverte ancora di più la necessità di una diversa sistemazione dei rapporti fra IRI ed amministrazioni statali. [...]

L'ipotizzato collegamento con Asquini (almeno come ultimo revisore del documento) potrebbe essere esatto e trovare conferma, non solo nella sua successiva nomina a Commissario straordinario dell'Iri, ma nella frequenza dei rapporti che lo stesso Asquini aveva avuto con Cianetti nel periodo precedente il 25 luglio in occasione degli incontri preparatori del Comitato corporativo centrale che si sarebbe tenuto sotto la presidenza del duce il 5 luglio 1943.

Di questi incontri c'è più di una traccia nel diario, per il periodo dal 7 giugno al 6 luglio, nel diario di Asquini. Oltre ad un puntuale commento (a volte critico sul modo con cui veniva affrontato il tema: "Taccio per non farmi cattivo sangue" viene annotato il 2 luglio) sul come veniva svolto un lavoro, giudicato in modo molto severo ("Come il Duce abbia aderito a perdere due giornate per queste sciocchezze (*nota bene, si tratta dell'inquadramento delle cooperative e degli artisti teatrali*), non si può spiegare che con la sua buona fede. Cianetti deve avergli fatto credere che il prestigio del Regime in tempo di guerra dipenda dal funzionamento del C.C.C.>").

Quanto all'attribuzione ad Asquini dell'"Appunto sulla posizione dell'Iri", è difficile, sulla base della documentazione che si è potuto consultare, identificarlo con certezza nell'anonimo estensore del documento che, nella parte riportata da De Felice, appare ricollegabile più ad una struttura di vertice dell'Istituto, potendosi solo individuare Asquini come autore di un'eventuale attività di revisione per renderlo consono all'impostazione politica desiderata.

Quello che sarebbe interessante accertare, per sciogliere, almeno in parte il dubbio sulla "fonte" del documento è la sua data.

Se infatti fosse contemporaneo alla proposta di decreto legge richiesto da Cianetti per trasferire il controllo dell'Iri al Ministero delle Corporazioni (maggio '43 come sottolinea De Felice), potrebbe essere rafforzata la tesi di una partecipazione di Asquini, ad un documento redatto prima del 25 luglio '43.

In ogni caso, di particolare importanza per i futuri compiti che si

proponevano per l'Iri è il richiamo alla necessaria politica di industrializzazione del Mezzogiorno che anticipa, sia pure in luce diversa, l'esigenza di un intervento straordinario, da tempo all'attenzione dei vertici dell'Istituto e dell'ufficio studi.

Ancora più convincente appare la possibile imputazione del documento anche ad una anonima collaborazione di fonte Iri, se si tiene presente, come ha osservato Baietti, che Malvezzi era stato uno dei fondatori, anni prima, dell'AIMI, associazione per gli interessi del Mezzogiorno d'Italia.

In conclusione, non essendosi potuto consultare, nella sua completezza, il documento, non reperibile allo stato nei fascicoli dell'archivio Cianetti dei quali è in corso il riordino da parte dell'archivio di Stato ma basandosi, almeno per il momento, sul solo brano riportato da De Felice, sembrerebbe fondato escludere che esso rappresenti un contributo della struttura burocratica del Ministero delle Corporazioni.

Troppo diversi sono infatti lo stile e il contenuto, sia rispetto ad una relazione che accompagna il decreto legge (del 15 marzo 1943) dove, in relazione alla posizione contraria del Ministero delle Finanze si sottolinea polemicamente che "in pratica l'IRI si ritiene soggetto esclusivamente" a quest'ultimo, che a due appunti (archivio Cianetti, fase. 6 e 7), sempre di fonte ministeriale senza data, di cui uno indirizzato al Duce, di analogo contenuto e presumibilmente coevi, dove si motiva il trasferimento del controllo al Ministero delle Corporazioni per permettere alle "Corporazioni (di) essere poste in grado di conoscere e seguire l'azione dell'IRI" e per far sì "che l'ordine corporativo abbia la sua integrale attuazione e non vi siano inadeguate utilizzazioni degli strumenti creati dal Regime e dispersione delle forze che dovrebbero realizzarlo...".

La diversità, oltre che di linguaggio, di impostazione fa pensare, per il taglio concettuale che dovrebbe avere nella sua interezza il documento esaminato da De Felice, ad una redazione a cura di mani diverse, ottenuta con una partecipazione più articolata, nella quale il taglio burocratico che caratterizza - senza molta fantasia - sia la relazione alla proposta di decreto legge che gli appunti ora ricordati, sarebbe stato sostituito da una rielaborazione complessiva nella quale l'impostazione politica di Cianetti è supportata dalle argomentazioni di un "ufficio studi", abituato a ragionare in termini di programma e dei "piani" necessari per l'elaborazione del processo di industrializza-

zione previsto per il dopo guerra, integrato, se fosse possibile confermarlo, da un successivo intervento di Asquini redatto, nella logica dell'alta amministrazione, in funzione della "necessità di una diversa sistemazione dei rapporti fra Iri ed amministrazioni centrali".

Comunque siano andate le cose, si deve concordare con la valutazione finale dei curatori, a cui avviso, l'anonimo estensore tratteggia, profeticamente ed esattamente, quei problemi che, punteggiando tutto il processo di decisione di mantenere in vita l'Iri, si manifesteranno al momento di *ricostruire*, secondo un disegno originale ed efficace, l'economia italiana negli anni del dopoguerra.

PARTE I

I PROTAGONISTI

B. SOCIETÀ DI DIRITTO SPECIALE;
SOCIETÀ DI DIRITTO SINGOLARE;
SOCIETÀ DI ORIGINE LEGALE

1.

Società di diritto speciale ed esercizio di funzioni pubbliche *

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. Le SOA organismi di attestazione (art. 8 l. 11 febbraio 1994, n. 109) e l'attività di certificazione. - 3. Le STU, società di trasformazione urbana; *a*) la disciplina generale dell'art. 120 d.lgs. 18 agosto 2006 (t.u. leggi sull'ordinamento degli enti locali); *b*) la disciplina speciale dell'art. 30 l. 24 novembre 2003, n. 326 («valorizzazione immobili dello stato attraverso strumenti societari») e profili societari della cartolarizzazione; *c*) L'Agenzia del demanio nelle società di trasformazione urbana; *d*) Trasferimento dei beni dal patrimonio dello Stato alle società di trasformazione urbana; *e*) Disciplina legale dei «proventi» degli azionisti pubblici; *f*) La Scip come società veicolo nell'interpretazione del Consiglio di Stato.

1. Premessa

Nell'ambito dei soggetti di diritto privato ai quali sono affidate funzioni pubbliche, diverse sono le indicazioni di fonte legale sia per i termini di un affidamento con carattere di esclusività o in concorso con soggetti pubblici¹, sia nel quadro del più generale fenomeno della tra-

* Da *Studi in onore di Vincenzo Caianiello*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2008, 651-683.

¹ Indicativa dell'evoluzione in questa direzione è la previsione, nella disciplina conciliazione stragiudiziale societaria (art. 38 d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5) di «concorrenza paritaria» (così si esprime la Relazione ministeriale illustrativa legge delega) tra «enti pubblici o privati, che diano garanzie di serietà ed efficienza nella costituzione di «organismi deputati... a gestire un tentativo di conciliazione delle controversie» nelle materie indicate dall'art. 1, che siano iscritti in uno specifico registro tenuto presso il Ministero di Giustizia (v. d.m. nn. 222 e 223 luglio 2004).

sformazione di enti pubblici in società di diritto speciale, per la pluralità se non per l'eterogeneità, dei procedimenti indicati dal legislatore².

Indicative delle incertezze che si possono presentare per società a partecipazione pubblica definite, per la loro variegata latitudine, «un vero e proprio arcipelago senza criteri unificanti»³ sono le alterne vicende dell'Enav s.p.a., società che persegue in via immediata e diretta interessi pubblici⁴, il cui oggetto sociale è la regolazione e il controllo della sicurezza nel traffico aereo.

Dopo una prima trasformazione dell'Azienda autonoma di assistenza al volo per il traffico aereo in ente pubblico economico (art. 1, primo comma, l. 21 dicembre 1996, n. 665), incaricato di fornire «i servizi di assistenza al volo in tutti gli spazi aerei di pertinenza italiani» (art. 2) con la previsione (comma secondo) di una trasformazione finale in società per azioni ma solo al verificarsi di determinate condizioni fra le quali assumeva particolare significato il «conseguimen-

Sulle vicende che hanno preceduto l'emanazione di questi decreti, v. G. MICOLIS, in sede di commento agli artt. 38 e 39 in *I procedimenti in materia commerciale*, a cura di G. COSTANTINO, Padova, 2005, 833 ss. e C.L. FAVA, *L'istituzione del degli organismi di conciliazione in Processo, arbitrato e conciliazione nelle processo societarie, bancarie e del mercato finanziario*, a cura di G. ALPA - T. GALLETTO, Milano, 360 ss.; N. SOLDATI, *Il decreto attuativo degli organismi di condel nuovo processo societario*, in *Contratti*, 2004, 1074. Da ultimo per un'accurata descrizione del sistema v. M.A. ZUMPANO, in *Il nuovo processo societario* a cura di F.P. LUISO, Torino, 2006, 598 ss.

Conferma la possibilità di estensione del nuovo istituto la disciplina del contratto di affiliazione che all'art. 71. 6 maggio 2004, n. 129 prevede la possibilità per le parti di «un tentativo di conciliazione presso la camera di commercio al quale si applicano «in quanto compatibili, le disposizioni di cui agli artt. 38, 39 e 40 d.lgs. n. 5 del 2003 c successive m edificazioni» Su questa disciplina con una critica sotto il profilo della costituzionalità di una legittimazione esclusiva degli organismi di conciliazione costituiti presso le camere di commercio in contrasto con «lo sforzo operato dal legislatore della riforma del diritto societario per parificare, in un quadro di elevate garanzie, enti pubblici e privati di conciliazione» v. E. DALMOTTO, *L'estensione della conciliazione stragiudiziale societaria ai contratti di affiliazione commerciale*, in *Giur. comm.*, 2006, I, 60.

² Un'analisi della «frammentazione e/o scomposizione della pubblicità e la sua distribuzione orizzontale o trasversale su modelli organizzativi di volta in volta ascrivibili al diritto pubblico, al diritto privato, o ad entrambi» è in P. CHIRULLI, *Autonomia pubblica e diritto privato nell'amministrazione (dalla specialità del soggetto alla rilevanza della funzione)*, Padova, 2005, 302 ss.

³ G. MORBIDELLI, *I controlli sulle società a partecipazione pubblica*, in *Controlli societari e governo dell'impresa*, a cura di A. PREDIERI, 1999, 111.

⁴ F. SCOCA, *Il punto sulle c.d. società pubbliche*, in *Dir. econ.*, 2005, 248.

to degli obiettivi definiti a tal fine in un apposito piano», l'art. 35 l. 17 maggio 1999, n. 144 ha radicalmente modificato le premesse alla base dell'impostazione iniziale.

Procedendo «in deroga» al regime della riforma «l'Ente... è trasformato in società per azioni entro il 31 dicembre 2000, previa verifica delle condizioni della trasformazione stessa e acquisito il parere delle competenti Commissioni parlamentari» con la partecipazione esclusiva del Ministro del Tesoro che esercita, secondo una regola costantemente osservata nel processo di privatizzazione formale, «i diritti dell'azionista d'intesa con il Ministro dei trasporti».

La trasformazione è infine avvenuta, anche se non mancano incertezze sulla legittimità del procedimento seguito, con decreto del Ministero del Tesoro del 22 dicembre 2000 (n. 704902) nell'assunto che d'adozione del modello societario dovrebbe perseguire anche finalità di maggiore efficienza dell'attività istituzionale dell'Enav», confermando quella «ansia privatizzatrice» che aveva informato la trasformazione in ente pubblico economico di un soggetto «deputato a svolgere prevalentemente delicate attività amministrative e di regolazione e solo in via del tutto marginale a partecipare all'attività economica di gestione di strutture aeroportuali»⁵.

Nella prospettiva del perseguimento di un'attività economica particolare interesse presenta la fattispecie dell'Enav s.p.a in funzione delle caratteristiche legali sull'assetto societario dettate per altre società di diritto speciale per le quali, come nel caso della Borsa italiana s.p.a. e delle SOA (società organismi di attestazione), l'attribuzione a soggetti privati di prerogative, espressione di potere pubblico, è stata oggetto di critica⁶.

Nel caso dell'Enav il dubbio che il suo oggetto sociale consista nello svolgimento di attività «autenticamente economiche»⁷, operando solo in funzione di esigenze di razionalità organizzativa e di efficienza operativa della pubblica amministrazione non solo pone un problema in tema di esercizio della funzione pubblica⁸ ma, come è stato da tempo osserva-

⁵ P. CHIRULLI, *op. cit.*, 135. Per un quadro di settore v. E. FRENI, *Le privatizzazioni*, in *Tratt. dir. amm.*, a cura di S. CASSESE, t. IV, *La disciplina dell'economia*, Milano, 2003, 3974 ss.

⁶ G. OPPO, *Principi*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da V. Buonocore, Torino, 2001, sez. I, t. I, 81.

⁷ F. SCOCA, *op. cit.*, 249.

⁸ E. BONELLI, *Efficienza e sistema dei controlli tra Unione europea e ordinamento interno*,

to, avrebbero dovuto richiamare l'attenzione del legislatore sulla necessità di costruire un modello societario in grado di tener conto nella struttura e nel vincolo causale del suo impiego per interessi pubblici⁹.

In questa prospettiva meritano di essere ricordate di settore in grado di rappresentare, per l'incidenza nella costruzione di fattispecie di società speciali, un indice dell'evoluzione di una legislazione che, pur derogando al diritto comune sia rispettosa delle regole del diritto commerciale e attenta alle esigenze del pubblico¹⁰ la normativa delle Soa, società per azioni incaricate di un'attività di certificazione di natura istruttoria o provvedimentale per la qualificazione dei soggetti esecutori di opere pubbliche¹¹, compito già dell'organizzazione

Torino, 2003, 40 che sottolinea il rischio di richiedere «all'amministrazione di operare secondo criteri organizzativi e produttivi di mera matrice aziendalistica senza tenere in debito conto le enormi specificità (ontologiche e teologiche) dell'esercizio della funzione pubblica».

- ⁹ G. OPPO, *Patrimonio dello Stato e società per azioni*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, II, 505 e già in *Diritto privato e interessi pubblici*, *ivi*, 1994, I, 41.
- ¹⁰ Per una sintesi finale del ruolo e della funzione della legislazione speciale come elemento di integrazione sistematica v., a conclusione di un lavoro di fine ricostruzione dogmatica, V. BUONOCORE, *Le nuove frontiere del diritto commerciale*, Napoli, 2006, 153 ss.
- ¹¹ Sulle ragioni della diffusione dei soggetti privati certificatori, F. DE LEONARDIS, *Soggettività privata e azione amministrativa. Cura dell'interesse generale e autonomia privata nei nuovi modelli di amministrazione*, Milano, 2000, 198. In particolare sulle Soa e sulla natura della loro attività nell'ambito dell'esercizio privato di funzioni pubbliche P. CHIRULLI, *Autonomia pubblica e diritto privato nell'amministrazione*, op. cit., 540 e da ultimo R. BARBERIO, *La natura giuridica degli atti delle SOA*, in *Giorn. dir. amm.*, 2005, 1000 che ricorda come l'affermazione, della prima versione del regolamento versione poi contenuta nel d.p.r. 25 gennaio 2000, n. 34 «la Soa nello svolgimento della propria attività esercita una pubblica funzione», ritenuta indispensabile per rafforzare il contenuto dell'attività di qualificazione e il regime di responsabilità della società è stata successivamente stralciata per le considerazioni del Consiglio di Stato (sez. cons. Per gli atti normativi, ad. 29 novembre 1999, n. 293/99).

Il riconoscimento dell'esercizio da parte delle SOA di una pubblica funzione di certificazione è, secondo una giurisprudenza ormai consolidata del Consiglio di Stato, alla base del controllo dell'Autorità e dell'esercizio dell'attività di vigilanza «sia sulle SOA che sulle attestazioni che esse rilasciano», garantendo l'efficienza e l'efficacia dell'intero sistema di qualificazione a tutela della concorrenza e della pubblica fiducia (così da ultimo Cons. Stato 7 settembre 2004, n. 5843, in *Rass. giur. en. elettr.*, 2005, 545 e *ivi* richiami ai precedenti).

Per l'inadeguatezza del precedente regime, fondato sullo svolgimento di funzioni amministrative nell'esercizio di poteri autoritativi da parte dell'Albo nazionale dei costruttori, istituito con l. 10 febbraio 1962, n. 57, a garantire un'effettiva selezione delle imprese, v. A. CIANFLONE - G. GIOVANNINI, *L'appalto di opere pubbliche*, Milano, 1999, 233 ss.;

pubblica, e delle STU (società di trasformazione urbana), società costituite ad opera di soggetti pubblici ma aperte alla partecipazione di privati, chiamate a svolgere sia attività d'impresa che ad operare nella disciplina dell'assetto del territorio.

2. Le SOA organismi di attestazione (art. 8 l. 11 febbraio 1994, n. 109) e l'attività di certificazione

La legge quadro sui lavori pubblici (l. 11 febbraio 1994, n. 109 e successive modificazioni), dopo aver riconosciuto il ruolo centrale della «qualità» nel settore delle opere pubbliche e la funzione di garanzia dell'attività amministrativa, ai fini del rispetto «in attuazione dell'art. 97 della Costituzione... dei criteri di efficienza e di efficacia» (art. 1, comma primo), ha rinnovato radicalmente il regime anteriore introducendo, per realizzare questo obiettivo (art. 8, comma terzo), un «sistema di qualificazione ... attuato da organismi di diritto privato di attestazione, appositamente autorizzati» dall'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici.

Nella stessa sede era stato demandato ad un regolamento (d.p.r. 25 gennaio 2000, n. 34) il compito di definire i «requisiti soggettivi, organizzativi, finanziari e tecnici» posseduti da questi organismi, «fermo restando che essi devono agire in piena indipendenza rispetto ai soggetti esecutori di lavori pubblici destinatari del sistema di qualificazione e che sono soggetti alla sorveglianza dell'autorità» (art. 8, comma secondo e comma 4, lett. b) l.109/94).

Anche dopo una modifica (art. 7 l. 1 agosto 2002, n. 166) della formula originaria che, intesa ad assicurare la piena indipendenza dei soggetti attestatori, ha demandato al regolamento il compito di individuare le «modalità e i criteri di autorizzazione e di eventuale revoca... nonché i requisiti soggettivi, organizzativi, finanziari e tecnici delle SOA, è stata sempre confermata l'esigenza di una rigorosa attenzione al profilo dei conflitti d'interesse e del regime d'incompatibilità, come, ad esempio, per il divieto di partecipazione delle imprese di costruzione¹².

A. ASTAZI, *Le società organismi di attestazione*, in *Riv. trim. app.*, 2000, 723 ss.

¹² P. SALVATORE, *Le attestazioni SOA nell'atto di segnalazione al Governo ed al Parlamento del 21 gennaio 2004*, in *Il consiglio di Stato*, 2004, II, 459.

Non si è mancato di osservare tuttavia che la modifica aveva comunque posto le premesse per un «indebolimento» delle disposizioni di garanzia del sistema di qualificazione ottenuto nella versione iniziale con il riconoscimento normativa della doverosità dell'indipendenza delle SOA.

Anche se l'operazione legislativa nel suo complesso non può essere considerata tale da legittimare la tesi di una abrogazione del livello di garanzia richiesto alle società di attestazione, la mancanza della «copertura» a livello di legge quadro rivela, nella sua formulazione, l'esistenza di «un problema di coordinamento e di propedeuticità tra norma di rango superiore (legge-quadro) e norma regolamentare (d.p.r. n. 34/2000) una volta che le prime vengono modificate successivamente all'emanazione delle norme di rango regolamentare»¹³.

Fra le regole che rilevano sul piano del funzionamento del sistema di qualificazione, particolare attenzione merita, nella disciplina dello statuto speciale dell'organismo di attestazione costituito nella forma della società per azioni con sede legale nel territorio nazionale (art. 7), in aggiunta alla richiesta, frequente per le società di diritto speciale, di un capitale sociale interamente versato non inferiore ad un determinato ammontare¹⁴ e di un oggetto sociale esclusivo¹⁵, il regime del trasferimento della partecipazione sociale¹⁶ che trova la sua giustificazione nella sostituzione di un privato ai pubblici poteri nell'esercizio della funzione di regolamentazione o di definizione di standards tecnici¹⁷.

¹³ R. TITOMANLIO, *Qualificazione, in La legge «quadro» in materia di lavori pubblici*, a cura di A. CARULLO - A. CLARIZIA, Padova, 2004, I, 479.

¹⁴ Per una prima rassegna delle disposizioni di diritto speciale che impongono per settori particolari di attività minimi di capitale più elevati rispetto alla previsione generale G.B. PORTALE, *Capitale sociale e società per azioni sottocapitalizzata in Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. Colombo, I. t. secondo, Torino, 2004, 16-17; sulle ragioni alla base delle diverse opzioni, M. MIOLA, *Il sistema del capitale sociale e le prospettive di riforma nel diritto europeo delle società di capitali*, in *Riv. soc.*, 2005, 1302.

¹⁵ Per tutti V. DI CATALDO, *Gli statuti speciali delle società per azioni*, in *Giur. comm.*, 1991, I, 469 ss.; C. IBBA, *Le società «legali»*, Torino, 1992, 260 ss.

¹⁶ Una prima informativa della statuto delle SOA è in T. GAETA - C. CALDERONI, *Le società organismo di attestazione (S.O.A.): nuove società di diritto speciali*, in *Notariato*, 2001, 79 ss.; R. DAMONTE, *op. cit.*, 470 ss. Sul punto v. anche per l'affermazione della natura delle SOA di società speciali, R. MANGANI, *Guida pratica agli appalti pubblici di lavori*, Milano, 2005, 56 ed ivi, nonostante il carattere illustrativo del lavoro alcune interessanti osservazioni.

¹⁷ Su questa forma di sostituzione F. CAFAGGI, *Crisi della statualità, pluralismo e modelli di autoregolamentazione*, in *Pol. Dir.*, 2001, 543 ss.

È questo l'aspetto nel quale si manifestano con maggior delicatezza, nella contrapposizione fra scopo perseguito e forma giuridica, i riflessi di un'opzione legislativa che fin dall'iniziale l'indicazione di un ente privato a carattere lucrativo¹⁸ aveva richiamato l'attenzione sul profilo dei possibili conflitti d'interesse¹⁹ realizzati con l'affidamento, nella commistione tra profili pubblicistici e profili privatistici²⁰, di una funzione pubblica ad una «società per azioni di diritto speciale rispetto al modello societario del codice civile»²¹.

La richiesta (art. 7, comma terzo d.p.r. 25 gennaio 2000, n. 34) per le società che svolgono attività di attestazione di un oggetto esclusivo e di un capitale minimo in misura superiore a quella di diritto comune ri-

¹⁸ C. IBBA, *Diritto comune e diritto speciale nella disciplina delle SOA (Società organismi di attestazione)*, in *Studi in onore di V. Buonocore*, III, t. II, Milano, 2005, p.2788 che conclude che la fissazione dei requisiti soggettivi degli organismi di attestazione non legittima scostamenti dal modello legale «società per azioni», propri delle società «anomale» o di diritto singolare.

¹⁹ Di estrema chiarezza in sede di valutazione della proposta della nuova normativa, era stata la critica del Consiglio di Stato che nel parere del 29 novembre 1999, n. 203 non aveva mancato di mettere in luce «le non poche perplessità» della disciplina. Se da un lato si sottolineava la richiesta per le SOA della «indipendenza e l'impermeabilità ad ogni interesse diverso da quello che non sia il corretto svolgimento delle operazioni di qualificazione, ma, contemporaneamente, se nefando delle società commerciali e cioè degli organismi che vivendo e operando sul «mercato» sono soggetti a tutte le dinamiche che animano tale mondo; prima fra tutte la concorrenza, con tutto ciò che essa comporta, in primo luogo sulla provvista della clientela e sulle tariffe».

²⁰ G. PIPERATA, *Le esternalizzazioni nel settore pubblico*, in *Dir. amm.*, 2005, 998 che ricorda anche le certificazioni finalizzate alla sicurezza alimentare dove si possono presentare «attività di controllo svolte da soggetti privati che sostituiscono forme pubblicistiche di controllo, in ambiti in cui la tutela degli interessi dei consumatori/utenti coinvolge la responsabilità dei pubblici poteri» (così A. BENEDETTI, *Le certificazioni di qualità tra regolazione pubblica e autorevolezza privata*, in *Serv. pubbl. app.*, 2004, 698). Sulla fungibilità in questo settore dell'attività di vigilanza da parte di un'autorità pubblica o da un organismo privato autorizzato dalla pubblica amministrazione v. F. GENCARRELLI, *I segni distintivi di qualità nel settore agroalimentare e le esigenze del diritto comunitario*, in *Dir. un. eur.*, 2005, 82.

²¹ Così si era espressa l'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici nella determinazione del 7 aprile 2000 (Gazz. Uff. 8 agosto 2000, n. 184, serie gen. Suppl. ord.). Per la qualificazione delle SOA come società «speciali» ma non come società «anomale», in assenza di una significativa alterazione organizzativa o funzionale rispetto al modello di società per azioni regolato dal diritto comune e per l'incapacità del regolamento ad essere la fonte normativa di alterazioni del genere, C. IBBA, *op. ult. cit.*, 2793-2794.

sponde, come si è accennato, nella sua strumentalità alle finalità pubbliche affidate alle SOA nel rispetto di un parametro normativo spesso presente nella disciplina di settore delle società di diritto speciale.

Se la regola dell'esclusività dell'oggetto sociale rappresenta un tratto comune quando la preclusione dello «svolgimento di altre attività, in aggiunta a quella che giustifica la irrogazione ... di uno statuto speciale» corrisponde all'accesso all'attività a seguito di un'autorizzazione amministrativa²², la fissazione di una soglia diversa del capitale minimo, trova la sua giustificazione, come per le società bancarie e per le società di investimento nella natura dell'attività e nella tutela degli interessi coinvolti.

Mentre con la previsione di un esclusivo oggetto sociale si intende evitare che lo svolgimento di altre attività possa incidere negativamente sull'indipendenza delle SOA e assicurare che le risorse finanziarie, organizzative, tecniche non siano distolte dal compito di attestazione come comprova la prescrizione in dettaglio (art. 9) dei requisiti di un organico minimo²³, di particolare incisività in relazione al regime di trasferimento della partecipazione sociale appare il compito dell'Autorità di accertare, in una connessione funzionale, sia «l'indipendenza del giudizio» delle SOA che «l'assenza di qualunque interesse commerciale o finanziario che possa determinare comportamenti imparziali o discriminatori» (art. 7, comma quarto).

La prescrizione, intesa a garantire nel sistema successivo alla l. n.166/02, il rispetto della «piena indipendenza» prevista all'atto della istituzione delle SOA (art. 8 lett. b), comma quarto), indica non solo che la conformazione del mercato secondo autoregolazione non può essere disgiunta dal rigore nell'esame dei possibili conflitti d'interesse²⁴, ma che questo aspetto è il parametro obbligato per valutare ogni vicenda societaria in grado di alterare o condizionare l'«indipendenza di giudizio» della SOA.

Nel rispetto di questa finalità la normativa regolamentare, fissando i requisiti soggettivi dei partecipanti agli organismi di attestazione, dopo aver previsto che «non possono possedere, a qualsiasi titolo, direttamente o indirettamente, una partecipazione al capitale» sociale «i soggetti indicati dagli art. 2, comma 2, 10, comma 1 e 17 comma 1 della

²² V. DI CATALDO, *Gli statuti speciali delle società per azioni*, op. cit., 475.

²³ C. IBBA, *op. ult. cit.*, 2793.

²⁴ P. SALVATORE, *Le attestazioni SOA*, op. cit., 459.

legge, nonché le regioni e le province autonome», (art. 7, comma 1) vincola «chiunque, a qualsiasi titolo, intenda acquistare o cedere, direttamente o indirettamente, una partecipazione azionaria in una SOA», a darne preventiva comunicazione all'Autorità (comma terzo) che «entro sessanta giorni... può vietare il trasferimento della partecipazione, quando *essa* può influire sulla correttezza della gestione» della società «o può compromettere il requisito dell'indipendenza».

A parte il dubbio che potrebbe sorgere a seguito di un trasferimento di una partecipazione azionaria di minima entità, anche se la formula adottata sembra giustificare la massima estensione del divieto in funzione dell'influenza che la titolarità della partecipazione («*essa*») può esercitare sulla gestione sociale, la disciplina del trasferimento delle partecipazioni sociali nelle SOA incide, caratterizzandolo, sul regime di specialità della società.

Il rigore nella valutazione delle condizioni del trasferimento della partecipazione sociale può essere richiamato per valutare l'affermazione che la normativa delle SOA nel suo complesso «sembra diretta a smentire ed a snaturare le caratteristiche della società di capitale, esposta, per esempio alle partecipazioni azionarie di altri soggetti che potrebbero «inquinare» per così dire – l'imparzialità e l'indipendenza della SOA partecipata»²⁵.

La rilevanza della struttura partecipativa della società in funzione di garanzia del corretto esercizio dell'attività di attestazione è accentuata dall'affermazione che, ai fini dell'esercizio del controllo, «si intendono acquisite o cedute indirettamente le partecipazioni azionarie trasferite tramite società controllate ai sensi dell'art. 2359 c.c. o tramite società fiduciarie o comunque tramite interposta persona», confermando nella specialità del regime la centralità della norma codicistica nel sistema di accertamento delle situazioni di controllo²⁶.

Il fondamento del potere dell'Autorità di vietare il trasferimento della partecipazione sociale quando ritenuta in grado di «influire sulla correttezza della gestione» o di «compromettere il requisito dell'indipendenza» va ricercato nella natura dell'interesse tutelato che si riflette sugli effetti di un trasferimento in violazione dei criteri indicati dalla norma.

L'esame di questo profilo appare ancor più necessario ove si voglia

²⁵ R. TITOMANLIO, *op. cit.*, 449.

²⁶ Per un esame della nozione di controllo nelle leggi speciali, nelle diverse letture sulla disciplina applicabile v., E. Rimini, *Il controllo contrattuale*, Milano, 2002, 107 e ivi richiami.

accertare la coerenza con il regime di specialità delle SOA della critica che, richiamandosi alla disciplina dell'obbligo di comunicazione previsto per le partecipazioni rilevanti nelle società quotate in borsa dall'art. 120 d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, ha sottolineato l'opportunità che sarebbe stata trascurata in sede di regolamento, di disciplinare in modo analogo il regime del trasferimento delle partecipazioni nelle società di attestazione²⁷.

In realtà l'accostamento non persuade per la diversa natura degli interessi in gioco ma il suo esame appare utile per individuare le conseguenze di un trasferimento della partecipazione azionaria sia in assenza della comunicazione all'Autorità che in caso di «divieto» da parte al trasferimento.

Mentre l'intervento della Consob in materia di intermediazione finanziaria (art. 120, cit. comma quarto) è effettuato «tenuto anche conto delle caratteristiche degli investitori», in funzione della natura dell'investimento in una società quotata e delle caratteristiche di questo «tipo» di società, il controllo del trasferimento delle partecipazioni sociali nelle SOA è finalizzato alla tutela dell'interesse ad una corretta attività di certificazione e al rispetto delle condizioni di garanzia che debbono caratterizzare la società di attestazione, sì che la diversa natura dell'interesse tutelato si riflette in modo diverso per le due fattispecie.

La disciplina del mercato finanziario, richiamata per suggerire la sanzione della sospensione del diritto di voto «inerente alle azioni quotate» (art. 120, comma quinto) in caso di mancata comunicazione del superamento della soglia del due per cento nelle società quotate in borsa, indica una diversa soluzione, sempre nel caso di mancata osservanza della pubblicità, per i patti parasociali aventi ad oggetto l'esercizio del diritto di voto nelle società quotate e nelle società che le controllano, dichiarandone la nullità.

La previsione della sanzione della nullità, «strumento di tutela di interessi considerati indisponibili dall'ordinamento» nel quadro di una disciplina finalizzata a scoraggiare la «segretezza» dei patti parasociali²⁸ si palesa concreto momento di riferimento per individuare gli effetti del «divieto» dell'Autorità al trasferimento della partecipazione azionaria in

²⁷ G. GUCCIONE - D. GALLI, *Il nuovo sistema di qualificazione nei lavori pubblici*, in *Quaderni del Giorn. dir. amm.*, n. 1, 2000, 73 richiamati sul punto da R. TITOMANLIO, *op. cit.*, 453.

²⁸ A. ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Napoli, 2003, 51.

funzione della natura dell'interesse tutelato dal divieto stesso.

Nel regime di circolazione delle partecipazioni nelle SOA, il divieto dell'Autorità ad un trasferimento considerato in grado di «influire sulla correttezza della gestione... o... compromettere il requisito dell'indipendenza» legittima la più radicale sanzione della nullità rispetto alla mera inefficacia nei confronti della società sia se il trasferimento sia stato effettuato prima della comunicazione ove l'autorizzazione non segua che in caso di omissione definitiva della comunicazione stessa.

Il richiamo alla disciplina della sospensione del diritto di voto prevista dall'art. 120 d.lgs. 58/98 sembrerebbe invece suggerire, in alternativa, la sola inefficacia del trasferimento nei confronti della società ma questa conclusione, oltre a contrastare con la funzione di garanzia della attività di certificazione della SOA, appare anche in conflitto con le ragioni che hanno portato la giurisprudenza amministrativa a riconoscere all'Autorità il potere di annullare le attestazioni rilasciate, proprio per garantire «l'efficienza e l'efficacia a tutela della concorrenza e della pubblica fiducia»²⁹.

Senza farsi attrarre dalla rilevanza in questo indirizzo giurisprudenziale della componente pubblicistica che ha legittimato le riserve sull'attribuzione ad un soggetto pubblico del potere di interferire in un rapporto di diritto privato (intercorrente tra SOA e impresa)³⁰ l'interesse tutelato non rileva solo sul piano dei rapporti con la società, giustificando una soluzione in termini di inopponibilità in funzione dell'interesse sociale, ma trascende le vicende della circolazione della partecipazione sociale incidendo sulla natura stessa della società.

All'obiezione che la disposizione violata non prevede espressamente la forma di invalidità della nullità si oppone la tutela dell'interesse indisponibile che, individuando il carattere imperativo della norma, consente di ritenere nullo ai sensi dell'art. 1418, primo comma il contratto di trasferimento della partecipazione sociale nella SOA effettuato sia in mancanza del «gradimento» dell'Autorità che in violazione del «divieto».

Il ricorso alla nozione di «divieto», nel palesare la rispondenza della norma ad una matrice pubblicistica richiama la vicenda, ormai superata da tempo, della nullità dei contratti conclusi tra soggetti residenti in

²⁹ Cons. Stato 7 settembre 2004, n. 5843, *cit.* Sul punto v. R. MANGANI, *op. cit.*, 59.

³⁰ P. SALVATORE, *Le attestazioni SOA*, *op. cit.*, 461.

Italia e soggetti non residenti in assenza dell'autorizzazione valutaria richiesta dal d.l. 6 giugno 1956, n. 47.

Questa disciplina, oltre ad avere rappresentato all'epoca l'occasione per un esame dei rapporti tra autorizzazione e autonomia privata è considerata tuttora dalla dottrina civilistica un indice di riferimento «sempre valido per i profili generali della questione, anche al di fuori del caso particolare delle infrazioni valutarie»³¹ ed offre un ulteriore momento di riflessione in funzione della natura dell'interesse tutelato con la disciplina delle SOA.

La rilevanza dell'interesse generale al corretto funzionamento del mercato nella disciplina della regolazione intesa come filtro di garanzia per il perseguimento della libera concorrenza³² trova conferma, oltre che nella possibilità di configurare le autorità indipendenti come legislatori dei mercati anche se con dei limiti intrinseci³³, nella peculiarità del diritto della concorrenza che nell'assetto ultimo riconosciuto dalla giurisprudenza³⁴ ha legittimato un giudizio in termini di nullità dei contratti «a valle» in caso di un comportamento antitrust (intesa) che si riflette, travolgendoli, sugli atti negoziali che ne conseguono.

Del pari, nell'esame degli interessi alla base delle tipologie delle c.d. nullità di protezione si è osservato in una recente ricostruzione del fenomeno che queste operano sul piano della costruzione del regolamento contrattuale di una «situazione complessiva» dove «le qualità, le posizioni, le condizioni giuridiche e di fatto in cui versano le parti di un

³¹ G. VILLA, *Contratto e violazione di norme imperative*, Milano, 1993, 214 e ivi citazioni.

³² G. GITTI - P. SPADA, *La regolazione del mercato come strategia*, in AA.VV., *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, a cura di G. GITTI, Bologna 2006, 17.

³³ M. ORLANDI, *Autonomia privata e autorità indipendenti*, in *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, op. cit., 89. Sul nuovo riparto di funzioni di vigilanza a seguito della l. 28 dicembre 2005, n. 262 F. CAPRIGLIONE, *Crisi di sistema ed innovazione normativa: prime riflessioni sulla nuova legge sul risparmio*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2006, I, 178 ss.

³⁴ Cass. SS.UU. 4 febbraio 2005, n. 2207, in *Corr. giur.*, 2005, 333 ss. commento di M. LIBERTINI, *Le azioni civili del consumatore contro gli illeciti antitrust*, ivi, 2005, 1093 ss.; A. NERVI, *La difficile integrazione fra diritto civile e della concorrenza (note in margine a Caa. sez. un. 4 febbraio 2005, n. 2207)* in *Riv. dir. civ.*, 2005, II, 495 ss.; B. INZITARI, *Abuso da intesa anticoncorrenziale e legittimazione aquiliana per lesione alla libertà negoziale*, in *Danno e resp.*, 2005, PALMIERI - R. PARDOLESI, *L'antitrust per il benessere (e il risarcimento del danno) dei consumatori*, in *Foro it.*, 2005, I, c. 1015 ss.; in senso critico verso questo indirizzo. C. CASTRONOVO, *Sezioni più unite che antitrust*, in *Eur. dir. priv.*, 2005, 445 ss e da ultimo, in modo parzialmente difforme, S. SIMONE, *Intese concorrenziali e tutela del consumatore*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, 915 ss. e ivi completi richiami.

contratto»³⁵ concorrono al passaggio «dal piano analitico e atomistico del singolo atto, in sé isolatamente valutato, a quello più generale sistematico e globale dell'intero ordinamento»³⁶.

Ma se si condivide questa conclusione, momento ultimo di una concezione delle autorità intese come i soli soggetti dotati delle conoscenze in grado di modificare le strategie di indirizzo economico in un determinato settore³⁷, appare ancor più criticabile la norma che, dopo aver demandato al regolamento la fissazione dei requisiti soggettivi degli organismi di attestazione a garanzia di una «correttezza della gestione» (art. 8, comma quinto d.p.r. 29 febbraio 2000, n. 49) e aver fornito all'Autorità con il «rispetto del principio di indipendenza di giudizio» ed alla «assenza di qualunque interesse commerciale, finanziario che possa determinare comportamenti non imparziali o discriminatori» i criteri per vietare motivatamente il trasferimento delle partecipazioni, legittima la partecipazione alle SOA di associazioni rappresentative di imprese di costruzione, sia pure con correttivo del tutto inadeguato rappresentato dal limite massimo del dieci per cento del capitale sociale³⁸.

³⁵ V. SCALISI, *Contratto e regolamento nel piano d'azione delle nullità di protezione*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, 481.

³⁶ V. SCALISI, *op. cit.*, 482. Per l'adozione di un criterio informato al rispetto della funzione v. nell'interpretazione dell'art. 34 (c. secondo) del d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5 che prevede per le società, nella libertà di avvalersi del modello codicistico dell'arbitrato in alternativa al modello di rito speciale dell'arbitrato sociale, la devoluzione in quest'ultimo del potere di nominare gli arbitri ad un terzo estraneo alla società «a pena di nullità». V. le tesi di chi considera tale nullità assoluta tale da travolgere l'intera clausola compromissoria (ARIETTA – DE SANTIS, *Diritto processuale societario*, Padova, 2004, 640; RUFFINI, *La riforma dell'arbitrato societario*, in *Corr. Giur.*, 2003, 1540,) e di chi riconoscendo l'esistenza di una nullità solo parziale, ammette la sostituzione della previsione nulla con la disposizione dell'art. 810 secondo comma c.p.c. e la nomina da parte del presidente del Tribunale (F.P. LUISSO, *Appunti sull'arbitrato societario*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 2003m 717), leggendo la mancata indicazione del terzo estraneo «come una rinuncia da parte della società ad avvalersi della nuova disciplina... restando ferma... l'applicabilità della disciplina c.d. di diritto comune» (A. MAJORANO, *sub commento all'art. 34, in I procedimenti in materia commerciale, op. cit.*, 765).

³⁷ F. DENOZZA, *Discrezione e deferenza: il controllo giudiziario sugli atti della autorità indipendenti «regolatrici»*, in *Mercato concorrenza regole*, 2000, 487; C.P. GUARINI, *Riflessioni in tema di regolazione del mercato attraverso autorità indipendenti*, in *Il mercato: le imprese, le istituzioni, I consumatori*, a cura di F. GABRIELE – G. BUCCI – C.P. GUARINI, Bari, 2002, 282.

³⁸ C. IBBA, *op. ult. cit.*, 2788, sub nt. 3.

Non ricorre infatti nella fattispecie alcuna giustificazione per questa presenza che anche con il tentativo di correzione rappresentato dalla richiesta della presenza di associazioni rappresentative delle stazioni appaltanti «nel limite massimo complessivo del 20% del capitale sociale» (art. 8, comma secondo), richiama, per il contrasto di interessi, le critiche formulate nei confronti della composizione delle società di trasformazione urbana³⁹.

3. Le STU, società di trasformazione urbana

All'attenzione quasi esclusiva dedicata nell'esame delle società di trasformazione urbana agli effetti della prevalenza del modello consensuale dell'accordo nella preventiva acquisizione delle aree rispetto alla procedura di esproprio⁴⁰ e alla successione degli interventi normativi intesi, con la sostituzione del termine «aree» con «fabbricati», a giustificare operazioni di trasformazione non vincolate alla riqualificazione di un'intera area (art. 441. 1 agosto 2002, n. 166)⁴¹ non ha corrisposto analoga attenzione nell'esame delle caratteristiche di un modello associativo inteso a privilegiare, nella predisposizione di un intervento di trasformazione urbana attuazione di un disegno pubblicistico, la ricerca di risorse private.

La specificità della società di trasformazione urbana nella quale concorrono «tanto un'attività propriamente d'impresa quanto un'attività di codeterminazione dell'assetto del territorio»⁴² se a volte ha giustificato per la dottrina pubblicistica, il suo inquadramento nel più ampio contesto delle società miste per la gestione di servizi locali⁴³, ne ha anche permesso una considerazione come un «istituto ad hoc» cui sarebbe applicabile la «disciplina prevista in via generale per le altre società miste degli enti locali»⁴⁴

³⁹ B. CAVALLO, *Teoria e prassi della pubblica organizzazione*, Milano, 2005, 314.

⁴⁰ M. DOGATO, *Oggetto e regime delle società di trasformazione urbana*, in *Dir. Amm.*, 1999, 552 ss.

⁴¹ C. VITALE, *Società di trasformazione urbana e riqualificazione urbana nell'urbanistica per progetti*, in *Dir. Amm.*, 2004, 601 ss.

⁴² M. DUGATO, *Oggetto e regime*, op. cit., 536.

⁴³ M. CAMMELLI, *I modelli di cooperazione tra pubblica amministrazione e privati nella gestione amministrativa: il caso delle società miste in Deleghe amministrative e riassetto dei poteri locali nel quadro della legge n. 142 del 1990*, a cura di L. Ammannati e S. Gambino, Rimini, 1992, 99 ss.

⁴⁴ P. MANTINI, *Le società di trasformazione urbana, Profili giuridici e organizzativi*, in *Riv. trim. app.*, 1997, 522; M. BREGANZE, *Le società di trasformazione urbana: prime note*, in *Riv. giur.*

per quanto non espressamente regolato dalla disciplina di settore.

Prima di esaminare questa conclusione che non sembra tener conto della specificità della «società di trasformazione urbana», appare opportuno far precedere al giudizio di compatibilità della sua disciplina con il regime speciale delle società a partecipazione locale una ricognizione delle caratteristiche della fattispecie.

a) La disciplina generale dell'art. 120 d.lgs. 18 agosto 2006 (t.u. leggi sull'ordinamento degli enti locali)

L'autorizzazione a costituire società per azioni «per progettare e realizzare interventi di trasformazione urbana, in attuazione degli strumenti urbanistici vigenti» (art. 120 d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267), oltre ad individuare inizialmente come promotori esclusivi dell'iniziativa societaria⁴⁵ le sole città metropolitane e i comuni, prevede la partecipazione degli altri enti pubblici territoriali legittimati ad intervenire nel procedimento di gestione del territorio («anche con la partecipazione della provincia e della Regione»).

L'indicazione della componente pubblica, integrata dalla presenza di soggetti privati «scelti tramite procedura di evidenza pubblica, è stata estesa, in un secondo momento, all'Agenzia del Demanio qualora le società di trasformazione urbana avessero incluso nel proprio ambito di intervento immobili di proprietà dello Stato» (art. 30, comma 2 l. 24 novembre 2003, n. 326).

L'accento posto dalla norma sulla partecipazione di altri soci, pubblici e privati, rispetto all'ente pubblico promotore, mentre sottolinea nella prima alternativa la finalità di agevolare l'attuazione dell'operazione di trasformazione urbana con la presenza di tutti i soggetti pubblici interessati al progetto sia nella prospettiva di una gestione coerente del territorio che nella qualità di proprietari, legittima con la seconda previsione l'intervento del socio privato alla stregua di una condizione necessaria⁴⁶

urb., 1997, 170 e da ultimo, C. VITALE, *Società di trasformazione urbana*, op.cit., 615.

⁴⁵ Sul significato dell'enunciato normativa che indicando un determinato scopo autorizza un ente alla costituzione di una società dalle caratteristiche predeterminate si che la società sarebbe «libera nella costituzione ma vincolata nello statuto, o più precisamente in quella parte dello statuto legislativamente fissata... inattuabile da delibere assembleari modificative» C. IBBA, *Le società «legali»*, op. cit. 53.

⁴⁶ Anche se una parte della dottrina pubblicistica (G. BERGONZINI, *Le «società di trasformazione urbana»* (art. 17, comma 59, legge n. 127 del 1997) in *Riv. giur.* 1997, 138; M.

per l'intervento di trasformazione nell'ambito del più generale fenomeno del c.d. «partenariato» pubblico-privato⁴⁷, considerato parte integrante della c.d. finanza immobiliare strutturata⁴⁸.

Fra le varie forme in cui si è manifestata l'operatività della società di trasformazione urbana quale strumento di intervento urbanistico⁴⁹ particolare attenzione merita, oltre che per le caratteristiche dell'iniziativa e le difficoltà incontrate nella realizzazione, la «Bagnolifutura s.p.a. di trasformazione urbana» dove il regime convenzionale degli «obblighi e i diritti «degli enti locali azionisti e della società previsto «a pena di nullità» dall'art. 120 (quarto comma) incide sulle regole di organizzazione dell'ordinamento societario.

La società, costituita inizialmente da Comune di Napoli, Regione Campania e Provincia di Napoli⁵⁰ ha disciplinato nella convenzione con i soci enti locali, nel silenzio dello statuto sulla disciplina del trasferimento delle partecipazioni azionarie, le modalità di ingresso di nuovi soci (pri-

CAMMELLIA – A. ZIROLDI, *Le società a partecipazione pubblica nel sistema locale*, Rimini, 1999, 472) non sembra considerare necessaria la partecipazione di soggetti privati, essendo solo prevista l'obbligatorietà della loro individuazione tramite procedura di evidenza pubblica.

⁴⁷ Situazione che caratterizza attualmente una molteplicità di situazioni «dalle società miste tra pubblico e privato per la gestione di servizi pubblici, alle società di trasformazione urbana, alle concessioni, alla finanza di progetto», così R. DIPACE, *Partenariato pubblico privato e contratti atipici*, Milano, 2006, 3. Sul punto v. ampiamente M.A. SANDULLI, *Il partenariato pubblico-privato e il diritto europeo degli appalti e delle concessioni: profili della tutela*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2005, 168 ss.; A. MASSERA, *Il partenariato pubblico-privato e il diritto europeo degli appalti*, *ivi*, 1200 ss.; E. SCOTTI, *Organizzazione pubblica e mercato; società miste*, in *house providing e partenariato pubblico privato e*, in *Dir. amm.*, 2005, 915 ss.

⁴⁸ E. PICOZZA, *Diritto dell'economia*, op.cit., 155. ma v. fin d'ora le conclusioni di M.A. CIOCIA, *La dismissione del patrimonio immobiliare pubblico (Diritto all'abitazione, titolarità e regime dei beni)*, Napoli, 2004, 182 ss.

Per un'esposizione del sistema francese delle SEM (*Sociétés d'économie mixte d'aménagement urbain*) v. P. COSSALTER, *Sociétés d'économie mixte et mise en concurrence; perspective comparée*, in *Rev. fr. dr. adm.*, 2002, 357 ss. Di interesse è anche la lettura dello speciale Report de *The Economist* del 2 aprile 2005, 59 ss. dedicato al tema «*Blooms on brownfields. More private money is regenerating Europe's industrial wastelands*».

⁴⁹ Per una descrizione v. S. STANGHELINI, *Le società di trasformazione urbana, strumento evoluto per la gestione di progetti complessi*, in *Riv. trim. app.*, 1998, 295.

⁵⁰ L'atto costitutivo, lo statuto e la convenzione della società con gli enti locali azionisti sono pubblicati in R. GIRONE, *Aspetti economico-aziendali delle società di trasformazione urbana*, Bari, 2005, 177 ss.

vati) scelti con un procedimento ad evidenza pubblica a seguito della futura rinuncia dei soci pubblici all'esercizio del diritto di opzione⁵¹.

La selezione concorsuale degli azionisti privati viene demandata al Comune nella duplice veste di socio pubblico che intende trasferire a terzi una quota della sua partecipazione (riducendola dal 90% ad una quota non inferiore al 30%) e di ente titolare del potere di individuazione degli immobili strumentali all'intervento di trasformazione (art. 120, comma terzo), la cui acquisizione è necessaria per realizzare l'oggetto sociale rappresentato dall'intervento di trasformazione urbanistica⁵².

La convenzione, al fine di soddisfare l'interesse del «socio» Comune di Napoli alla realizzazione dell'intervento e alla determinazione del prezzo di trasferimento della quota di maggioranza ad una pluralità di

⁵¹ Per comodità di consultazione si trascrive l'art. 3 della convenzione del 25 giugno 2002: «Apertura della compagine sociale ai soci privati 1) A seguito della definitiva acquisizione al patrimonio della società dell'area di Bagnoli attualmente oggetto di bonifica, anche mediante conferimento delle stesse da parte dei proprietari nei termini di cui alla circolare 622 dell'11 12 2000 del Ministero dei LL.PP. e della conclusione della procedura di selezione dei soci privati, la società è obbligata a deliberare un aumento del capitale sociale, con rinuncia dei soci al diritto d'opzione al fine di assicurare la presenza di soci privati nella compagine sociale, così come previsto nella delibera del Consiglio comunale n. 40 del 18 febbraio 2002, di costituzione della società di trasformazione urbana. 2) La società pertanto si impegna in conformità a quanto da ultimo previsto dalla delibera da ultimo citata a modificare le quote di partecipazione sociale secondo le seguenti percentuali: Comune di Napoli non inferiore al 30%; Regione Campania, 7,5%; Provincia di Napoli, 2,5%; Soci privati non superiore al 60%. 3) La società si obbliga a tal fine nel predetto termine a procedere alla modifica dell'atto costitutivo e dello statuto nella direzione ora indicata. 4) Il consiglio comunale si obbliga ad approvare il bando di gara entro un mese dalla relativa richiesta della società a nominare la commissione tecnico-amministrativa preposta alla selezione dei soci ed a concludere il procedimento di evidenza pubblica non oltre sei mesi dalla pubblicazione del bando nel rispetto delle procedure di cui al d.p.r. 16/9/96, n. 533. 5) I bandi di selezione dei soci privati verranno articolati in lotti con divieto di aggiudicazione, al medesimo soggetto, di più di un lotto. I soci privati non potranno, neppure successivamente al loro ingresso nella società divenire titolari di un pacchetto azionario superiore al predetto limite, neanche tramite partecipazione diretta o indiretta in altre società. Le eventuali alienazioni delle azioni e le costituzioni di diritti reali sulle stesse da parte dei soci privati sono subordinate al previo assenso dell'Amministrazione comunale. 6) La società è obbligata a determinare il prezzo delle azioni di nuova emissione in relazione al valore di mercato delle aree acquisite dalla società, tenuto conto, rispetto all'originario prezzo di acquisto delle prospettive di sviluppo dell'area interessata dall'intervento e dell'inserimento della stessa in un complesso disegno finalizzato alla sua valorizzazione».

⁵² C. VITALE, *Società di trasformazione urbana*, op. cit., 611.

soggetti privati, dopo aver individuato la necessità di un corrispettivo della partecipazione societaria proporzionale al «lotto» immobiliare messo in gara, «obbliga» la società a «determinare il prezzo delle azioni di nuova emissione» in relazione al precedente «valore di mercato delle aree acquisite dalla società» ma tenendo conto, «rispetto all'originario prezzo di acquisto delle prospettive di sviluppo urbanistico dell'area» del suo inserimento in un «complesso disegno finalizzato alla sua valorizzazione».

Mentre la previsione normativa rinvia la regolamentazione dei rapporti tra gli enti competenti ad attuare gli strumenti urbanistici e la società incaricata di procedere alla trasformazione («rapporti tra gli enti locali azionisti e la società per azioni di trasformazione urbana»), ad «una convenzione contenente, a pena di nullità, gli obblighi e i diritti delle parti» (art. 120, quarto comma), è stata privilegiata la scelta di disciplinare nella stessa sede anche il trasferimento della partecipazione pubblica considerato sotto l'aspetto del procedimento di formazione del provvedimento dell'ente alienante.

Il ricorso alla sede convenzionale per disciplinare il trasferimento delle azioni che si riflette sulla stessa organizzazione societaria⁵³ può forse essere giustificato con la possibilità di applicare, in presenza di un trasferimento da parte del socio privato della partecipazione sociale in violazione del divieto di superare anche «tramite partecipazione diretta o indiretta in altre società» il vincolo della coincidenza obbligata tra lotto e pacchetto azionario, la norma che fissa «a pena di nullità gli obblighi e i diritti» tra enti locali soci e società.

La soluzione, anche se non sembra in grado di permettere questo risultato per essere la dichiarazione di nullità circoscritta al rapporto socio pubblico - società e non trasferibile al rapporto ente pubblico - socio privato, ha il merito di esternare nel rapporto convenzionale, i criteri di quantificazione fissati dall'ente pubblico nel quadro di un'operazione di urbanistica consensuale per cercare di escludere, con notevole pragmaticità, alcuni dei problemi che si pongono nel regime di diritto comune a seguito della statutaria di limiti alla circolazione delle azio-

⁵³ Ricorda questo ruolo da ultimo M. COSSU, *Società aperte e interesse sociale. Considerazioni introduttive*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, I, 60 e *ivi cit.*

ni⁵⁴. Se difficoltà si possono presentare ad esempio in caso di mancata menzione cartolare del vincolo o di una sua parziale trasposizione (è bene ricordare che la costituzione della società è avvenuta in data anteriore alla riforma del nuovo testo dell'art. 2355-*bis*) o a seguito di un'interpretazione del trasferimento in termini di inefficacia⁵⁵, legittimata dalla scissione nel fenomeno circolatorio fra rapporti inter partes e rapporti fra azionista e società, l'insorgere di situazioni di conflitto potrebbe rendere più difficile alla società di trasformazione urbana il perseguimento del suo ruolo istituzionale.

Occorre anche valutare le conseguenze sul piano societario della disciplina introdotta in sede convenzionale che, in quanto intesa a garantire la finalità pubblica della maggiore partecipazione dei soggetti privati alla società con la coincidenza da un lato fra pacchetto azionario trasferito e lotto, e dall'altro la previsione della titolarità, per via concorsuale, di un unico lotto da parte del soggetto acquirente, deve essere integrata dalla sua trasposizione nello statuto, anche in conseguenza dell'impegno assunto dalla società di procedere «alla modifica dell'atto costitutivo e dello statuto» a seguito della cessione di parte della partecipazione del socio pubblico di maggioranza.

Solo in tal modo il divieto per «i soci privati... successivamente al loro ingresso... di divenire titolari di un pacchetto azionario superiore al predetto limite, neanche tramite partecipazione diretta od indiretta in altre società» e l'assoggettamento al «previo assenso» del Comune delle eventuali «alienazioni delle azioni e le costituzioni di diritti reali» sulle stesse acquistano rilevanza sul piano corporativo.

Il vincolo della procedura «ad evidenza pubblica» per il trasferimento della partecipazione azionaria da un ente pubblico ad un soggetto di diritto privato non appare tuttavia condizione sufficiente per ricondurre la disciplina delle società di trasformazione urbana, per quanto non previsto dalla normativa speciale, nell'ambito della disciplina speciale delle società per i servizi pubblici locali.

⁵⁴ Sul tema ampiamente, prima della riforma, D. SANTOSUOSSO, *Il principio di libera trasferibilità delle azioni. Eccesso di potere nelle modifiche della circolazione*, Milano, 1993, 292 ss.; e con particolare riferimento alle c.d. società privatizzate L. STANGHELINI, *I limiti statutari alla circolazione delle azioni*, Milano, 1997, 240 ss.

⁵⁵ C. ANGELICI, *La circolazione della partecipazione azionaria in Trattato delle società per azioni*, op. cit., 2, 1991, 194 ss.; F. GALGANO, *Il nuovo diritto societario*, in *Tratt. dir. comm. dir. pubbl. econ.*, Padova, 2003, XXIX, 120.

Il rispetto del dato concorsuale nella scelta del partner privato non è infatti momento esclusivo delle società di trasformazione urbana e delle società pubbliche a partecipazione locale per i servizi pubblici (v. art. 116 d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267) ma, come ogni dismissione a privati di componenti del patrimonio pubblico, risponde al rispetto di principi generali di trasparenza e di parità di trattamento (v. ora art. 1, secondo comma d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163)⁵⁶ sì da non poter giustificare, di per sé, la riconduzione delle società speciali di trasformazione urbana fra le società di diritto speciale per i servizi pubblici locali.

Nel regime di deroga al diritto comune delle società, proprio della loro disciplina legale, comune tratto caratterizzante è l'essere entrambe riconducibili fra le società di diritto speciale che operano in una disciplina di settore dettata non per società singole (le c.d. società «legali») ma per tutte le società per le quali lo svolgimento di una particolare attività economica giustifica la specialità dell'oggetto sociale.

Di qui l'impossibilità di ricondurre in chiave di integrazione l'una (società di trasformazione urbana) nell'ambito della disciplina speciale dell'altra (società per i servizi pubblici locali), ma lettura distinta delle singole normative in modo compatibile con le caratteristiche della disciplina imperativa del «tipo» società per azioni e l'applicazione per entrambe le società, ma nel rispetto della propria autonomia di diritto speciale, della disciplina comune delle società per azioni per gli aspetti non oggetto di specifico regolamento.

b) La disciplina speciale dell'art. 30 l. 24 novembre 2003, n. 326 («valorizzazione immobili dello stato attraverso strumenti societari») e profili societari della cartolarizzazione

A conclusioni diverse, caratterizzate da un notevole tasso di problematicità, conduce l'esame della più recente disciplina dettata per la «valorizzazione immobili dello Stato attraverso strumenti societari» (così testualmente la rubrica dell'art. 30 l. 24 novembre 2003, n. 326) che, oltre ad incidere sul regime delle società di trasformazione urbana, sembra in grado di proporre in modo diverso il tema della natura del soggetto privato a totale partecipazione pubblica che sia

⁵⁶ «Nei casi in cui le norme vigenti consentono la costituzione di società miste per la realizzazione e/o gestione di un'opera pubblica o di un servizio, la scelta del socio privato avviene con procedure di evidenza pubbliche».

un'appendice organizzativa dell'amministrazione.

Il regime delle procedure di valorizzazione degli immobili dello Stato ha riproposto all'attenzione del Consiglio di Stato⁵⁷, nell'esame della funzione della società veicolo finalizzata all'acquisto degli immobili da cartolarizzare, società anomala o di diritto speciale sia per la struttura organizzativa che per la mancanza del «lucro soggettivo»⁵⁸ il problema della natura della società a partecipazione pubblica di cui siano «evidenti il carattere strumentale rispetto al perseguimento di finalità pubblicistiche e l'esistenza di disciplina derogatoria rispetto a quella propria dello schema societario»⁵⁹ in una situazione diversa rispetto a quella tradizionalmente presa in considerazione delle società

⁵⁷ Cons. St. sez. IV, 31 gennaio 2006, n. 308, in *Giorn. dir. amm.*, 2006, 622.

⁵⁸ Sulle caratteristiche della società veicolo, v. ampiamente A. GIANNELLI *La società per la cartolarizzazione dei crediti: questioni regolamentari e profili di diritto societario e dell'impresa*, in *Riv. soc.*, 2002, 920 sgg.; ID., *Le c.d. società veicolo utilizzate nell'ambito di finanza strutturata: crocevia tra privilegio della personalità giuridica e regole del diritto dell'impresa e dei contratti. Spunti per preliminari di riflessione*, in *Governo dell'impresa e mercato delle regole*, in *Scritti giuridici per G. Rossi*, Milano, I, 2002, 775 ss. e, più recentemente, dopo la riforma in *Profili societari della cartolarizzazione del patrimonio immobiliare degli enti pubblici (esperienze e prospettive)*, a cura di G.F. FERRARI, Milano, 2006, 117 ss.

⁵⁹ Così la decisione del Consiglio di Stato del 30 gennaio 2006, n. 308 che, come ricorda-no L. CARBONE - R. VICARIO *Osservazioni delle decisioni del Consiglio di Stato*, in *Giorn. dir. amm.*, 2006, 441. si è soffermata in particolare «sull'attività della Scip; affermandone la natura pubblicistica «nonostante la pur soggettiva formula prescelta... per il controllo della società veicolo di cui si tratta (e cioè l'utilizzo di due fondazioni costituite ai sensi del diritto olandese nella forma di Stichting)».

Mentre M.A. CIOCIA, *La dismissione del patrimonio immobiliare*, op.cit., 142, ricorda che proprietarie della Scip sono «le fondazioni Stichting Thesaurum e Stichting Palatium, entrambe olandesi, l'indirizzo della Scip a Roma è via Petrolini 2, palazzo occupato dalla società internazionale di consulenza finanziaria Kpgm. Amministratore delegato di Scip è E.C. Burrows», R. COSTI, *Dismissione del patrimonio immobiliare pubblico e mercato finanziario in La cartolarizzazione del patrimonio immobiliare pubblico* a cura di G. MORBIDELLI, Torino, 2004, 98, osserva che anche se alla costituzione della Scip partecipò un soggetto terzo, la società «è da ritenere sempre controllata dal Ministero dell'economia (e in effetti soci di Scip sono due fondazioni olandesi che l'hanno costituita su mandato del Ministero dell'Economia)». Sulle modalità della costituzione della società veicolo Scip, v. U. TOMBARI, *Profili organizzativi della «società veicolo» nella legge sulla privatizzazione e valorizzazione del patrimonio immobiliare pubblico*, in *La cartolarizzazione del patrimonio immobiliare*, op. cit., 226; e, per il problema del rapporto fra il procedimento di cartolarizzazione degli immobili pubblici e il divieto nell'ordinamento comunitario di disavanzi eccessivi, A. BRANCASI, *La cartolarizzazione dei beni pubblici di fronte all'ordinamento comunitario*, ivi, 157 ss.; V. GIOMI, *Stabilità economica e privatizzazioni (Profili giuridici)*, Torino, 2006, 271 ss.

per azioni derivanti dalla trasformazione di enti pubblici⁶⁰.

Anche se la conclusione del Consiglio di Stato si presta ad alcune riserve per la rilevanza riconosciuta, nell'affermazione della natura pubblica della Scip, alla disciplina in deroga al diritto comune delle società in aderenza del resto ad un proprio costante orientamento, l'esame del meccanismo messo in atto dall'amministrazione non solo permette di ritenere che la pronuncia rappresenta, secondo i primi commenti, «un passo in avanti» per «lo sforzo di analisi in concreto della società» ma che l'approccio innovativo potrebbe preludere, specie se confermato dall'analisi economica, ad una diversa valutazione del processo di privatizzazione di strutture organizzative pubbliche quando «strumento di elusione di norme imperative pubblicistiche»⁶¹.

L'evoluzione di questo metodo di ricerca potrebbe quindi giustificare

⁶⁰ In senso critico alla impostazione del Consiglio di Stato fondata, in un'interpretazione particolare di Corte cost. 28 dicembre 1993, n. 466 (in *Giur. comm.*, 1994, II, 541 con nota di M. MAUGERI, *Il controllo della Corte dei conti sugli enti pubblici privatizzati*) sul «dato relativo, sul piano strutturale all'esercizio da parte dei poteri pubblici di un'influenza dominante sulla proprietà e sull'attività di gestione e, sul piano funzionale, al fine della gestione di un pubblico servizio» (Cons. Stato 2 marzo 2001, n. 1206, in *Foro it.*, 2002, III, c. 443, con nota di I. PAOLA, *Le società per azioni a partecipazione pubblica: pubblicità dell'attività o pubblicità dell'ente?*; Cons. Stato 4 giugno 2002, n. 4711 ricordata anche da B. MAMELI, *L'organismo di diritto pubblico*, Milano, 2003, 63) v. G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003, 78 ss. che dopo aver rilevato come l'anomalia della fattispecie abbia aperto la strada nella giurisprudenza amministrativa ad una riqualificazione in termini pubblicistici, conclude (p. 176-177) che si deve invece «costruire un regime congruo all'identità organizzativa e funzionale della fattispecie osservata in via interpretativa, con il solo ausilio di argomenti sistematici e teleologici»; dello stesso A. v. anche *Il giudice amministrativo di fronte alla privatizzazione*, in *Mercato concorrenza regole*, 2003, 545 e già S. CASSESE, *Gli enti privatizzati come società di diritto speciale: il Consiglio di Stato scopre il diritto naturale*, in *Giorn. dir. amm.*, Milano, 1995, 1134 ss., 305 ss.; con particolare riguardo all'Enel v. M. G. ROVERSI MONACO, *La teoria dell'ente pubblico in forma societaria. Considerazioni critiche*, Torino, 204, 76 ss.

Aderiscono all'orientamento del Consiglio di Stato R. GAROFOLI, *La privatizzazione degli enti dell'economia*, Milano, 1998, 305; sulla natura pubblica dell'Enel v. G. CAIA, *Caratteri e prospettive dell'Enel s.p.a. e del suo ruolo (appunti per una ricerca sulle privatizzazioni)*, in *Rass. giur. en. elettr.*, 1995, 3 e G.P. ROSSI, *L'evoluzione del sistema elettrico nazionalizzato. In particolare per il rapporto tra l'Enel e le imprese degli enti locali*, ivi, 1993, 232 e, per un'affermazione di carattere più generale in *Pubblico e privato nell'economia di fine secolo*, in *Scritti degli allievi per gli ottanta anni di M.S. GIANNINI*, Milano, 1995, 239.

⁶¹ F. GOISIS, *La giurisdizione sugli atti di selezione degli acquirenti da parte di Scip s.r.l.*, in *Giorn. dir. amm.*, 2006, 62; per l'abuso della forma societaria v. anche M.G. ROVERSI MONACO, *La teoria dell'ente pubblico in forma societaria*, op. cit., 74 ss.

in futuro il riconoscimento a questa decisione del Consiglio di Stato del carattere di «leading case», specie in un momento dove la trasformazione dei modelli organizzativi accentua la necessità di ricercare, come è stato detto, nel cimento fra l'armonia e l'invenzione⁶², i criteri per individuare la disciplina applicabile alle diverse figure soggettive⁶³.

c) L'Agenzia del demanio nella società di trasformazione urbana

La nuova normativa, oltre ad integrare la componente pubblica delle società delle società promosse dai Comuni e dalle città metropolitane, con la partecipazione dell'Agenzia del demanio quando nell'ambito operativo delle società siano compresi beni immobili dello Stato (art. 30, secondo comma), affida alla stessa Agenzia, quale soggetto competente alla «individuazione dei beni» il compito di promuovere la costituzione di una società di trasformazione urbana, avente come oggetto sociale la «valorizzazione, trasformazione, commercializzazione e gestione del patrimonio immobiliare dello Stato» anche essa aperta, oltre alla partecipazione delle regioni e delle province, a «società interamente controllate» dal Ministero dell'economia e delle finanze e agli azionisti privati selezionati dall'Agenzia, secondo il comune canone della procedura ad evidenza pubblica.

La nuova società di trasformazione urbana si inquadra nel sistema di riordino del patrimonio immobiliare dello Stato (d.l. n. 351/2001) ma la specialità dello strumento, costituito dall'Agenzia, titolare di un potere sostitutivo d'ufficio, in caso di mancata adempimento entro un certo termine (centottanta giorni) da parte degli enti locali non solo realizza con la compressione delle prerogative comunali in materia urbanistica e edilizia, una «società mista capace di essere uno strumento di attuazione, al contempo, degli obiettivi urbanistici dei Comuni e delle finalità economico-finanziarie dello Stato»⁶⁴ ma presenta, in funzione di questo aspetto, ulteriori momenti di deroga al diritto comune.

Con una significativa innovazione rispetto alla formula dettata per le

⁶² Per quest'espressione, ricca di significato specie nella prospettiva di una ricerca informata alla «natura delle cose» v. F. MERUSI, *Pubblico e privato nell'istituto della responsabilità amministrativa ovvero la riforma incompiuta*, in *Dir. amm.*, 200, 20 e già in *La privatizzazione per fondazioni tra pubblico e privato*, ivi 2004, 448 ss.

⁶³ P. CHIRULLI, *Autonomia pubblica e diritto privato nell'amministrazione*, op. cit., 265.

⁶⁴ M. RENNA, *La regolazione amministrativa dei beni a destinazione pubblica*, Milano 2004, 173.

società di trasformazione urbana dall'art. 120 del testo unico per gli enti locali, l'art. 30 l. 24 novembre 2003, n. 326 dopo aver precisato che «possono essere *conferiti o attribuiti a titolo di concessione* singoli immobili o compendi immobiliari di proprietà dello Stato» specifica che il «trasferimento non modifica il regime giuridico previsto dagli articoli 823 e 829, primo comma, del codice civile, dei beni demaniali trasferiti» e che «i rapporti, anche di natura patrimoniale, intercorrenti tra l'Agenzia del demanio e la società di trasformazione urbana sono disciplinati da apposita convenzione contenente, a pena di nullità, gli obblighi e i diritti delle parti».

Il tasso di specialità della società, accentuato dall'attribuzione al Ministro dell'Economia del potere di stabilire la «quota dei proventi derivanti dalla valorizzazione degli immobili ... spettante agli azionisti pubblici» per la realizzazione di programmi di edilizia residenziale convenzionata» (art. 30, comma primo) sollecita, anche se considerato da parte della dottrina pubblicistica di minore incidenza rispetto al regime delle società di origine legale Patrimonio dello Stato s.p.a. e Infrastrutture s.p.a.⁶⁵ alcune riflessioni sia sotto l'aspetto dei beni oggetto di conferimento che sulle modalità dell'attribuzione dei «proventi» agli azionisti pubblici.

Sotto il primo profilo l'osservazione, intesa a sottolineare come la «possibilità di realizzare privatizzazioni solamente formali di beni pubblici, attraverso società per azioni in cui la partecipazione privata possa accrescersi in maniera rilevante, si collochi lungo una direttrice di progressiva perdita d'importanza dei profili soggettivi dell'appartenenza dei beni a destinazione pubblica, rispetto a quelli oggettivi della disciplina speciale ad essi applicabile»⁶⁶, deve essere integrata, a seguito della dichiarata persistenza del regime degli art. 823 e 829, primo comma dei beni demaniali «trasferiti», da una valutazione del significato da riconoscere all'espressione «possono essere conferiti o attribuiti a titolo di concessione».

⁶⁵ M. RENNA, *op. ult. cit.*, 180; G. TRAPANI, *La dismissione del patrimonio immobiliare dello Stato e degli Enti pubblici tra evidenza pubblica e diritto privato*, in *La cartolarizzazione del patrimonio immobiliare pubblico*, *op. cit.*, 48 ss.; D. SORACE, *Cartolarizzazione e regime dei beni pubblici*, *ivi*, specie 147 ss.; G. CERRINA FERRONI, *Profili di diritto amministrativo delle cartolarizzazioni del patrimonio immobiliare pubblico*, in *La cartolarizzazione del patrimonio immobiliare degli enti pubblici*, *op. cit.*, 27 ss.

⁶⁶ M. RENNA, *op. ult. cit.*, 181.

L'introduzione di una deroga alla disciplina di diritto comune in tema di stima dei conferimenti in natura, elemento ricorrente nella legislazione speciale, trova la sua giustificazione non nella mancanza di esigenze di tutela di altri soci ma nella natura degli interessi tutelati nelle diverse fattispecie⁶⁷.

Sia nel processo di ristrutturazione delle banche pubbliche, dove il procedimento *ex artt.* 2343 c.c. è stato sostituito da una relazione giurata di stima da cui risulti l'esistenza del patrimonio netto iniziale indicato nella «deliberazione di conferimento» (art. 4 e 6 d.lgs. 20 novembre 1990, n. 356)⁶⁸ che nei conferimenti in sede di trasformazione degli enti pubblici (art. 10, lett. *a*) l. 30 luglio 1994, n. 474)⁶⁹ e nella trasformazione e scissione delle aziende speciali per la gestione dei servizi pubblici locali (art. 115 d.lgs. 18 agosto 2000, n.267)⁷⁰ sono state sempre previste forme di semplificazione del procedimento di stima.

Nel primo caso la deroga al diritto comune si limita ad accertare la corrispondenza dei valori di libro dei cespiti conferiti al capitale nominale della società conferitaria, aumentato del sovrapprezzo (art. 10, lett. *a*, l. 30 luglio 1994, n. 474); nel secondo, si deroga, nel quadro della disciplina del conferimento di azienda, alle modalità di redazione del procedimento di stima.

Altre forme di semplificazione sono state introdotte in occasione della costituzione della società di gestione della borsa (art. 56, d.lgs. 23 luglio 1996, n. 415)⁷¹ mentre la valutazione dei beni da conferire nel caso della Patrimonio s.p.a. non manca di suscitare perplessità, in quanto rimessa ad una mera valutazione della stessa Amministrazione, interessata con la cartolarizzazione dei beni conferiti, al collocamento sul mercato dei titoli (art. 7 l. 15 giugno 2002, n. 112)⁷².

⁶⁷ Ampiamente M. MIOLA, *I conferimenti in natura*, in *Tratt. soc. p. az.*, cit., 319.

⁶⁸ R. COSTI, *I profili societari della «legge Amato»*, in *Società*, 1990, 1305; G. CABRAS, *Le trasformazioni in Tratt. soc. p. az. cit.*, VII, 197***, 177.

⁶⁹ B. LIBONATI, *La faticosa «accelerazione» delle privatizzazioni*, in *Giur. Comm.*, 1995, 66.

⁷⁰ N. ROCCO DI TORREPADULA, *Aspetti di diritto societario delle società per azioni a partecipazione comunale*, in *Riv. soc.*, 1997, 146.

⁷¹ M. MIOLA, *op. ult. cit.*, 320.

⁷² Sia permesso rinviare a F. SANTONASTASO, *Unico azionista, attività di direzione e coordinamento, responsabilità patrimoniale*, in *Scritti in onore di V. Buonocore*, III, Società-tomo III, Milano, 2005, 3804.

d) Trasferimento dei beni di proprietà dello Stato alla società di trasformazione urbana

Il problema dell'accertamento del titolo del trasferimento dallo Stato alla società di trasformazione urbana, posto dalla incerta formulazione dell'art. 30 riferita «ai beni immobili o compendi immobiliari di proprietà dello Stato» che possono essere «conferiti o attribuiti in concessione» è stato risolto nel senso di ritenervi compresi sia il conferimento della proprietà dei beni che del «rilascio di concessioni d'uso alla società allorché il Ministero decida di non esserne azionista», pur riconoscendosi, in tal caso, la mancata utilizzazione di una specifica potenzialità della disciplina speciale delle società di trasformazione urbana promosse dallo Stato⁷³.

Pur nell'incertezza provocata da una terminologia approssimata nella formulazione, informata più al linguaggio della prassi amministrativa che al rispetto di una corretta tecnica giuridica, indice di «un certo nervosismo del legislatore visibilmente preoccupato di realizzare immediatamente flussi finanziari di cassa» piuttosto che a razionalizzare le forme d'intervento⁷⁴, il richiamo ad un criterio sistematico assume rilievo nell'interpretazione della norma intesa alla «valorizzazione, trasformazione, commercializzazione e gestione dei patrimoni immobiliare dello Stato» (art. 30, comma primo).

Trova conferma in questa prospettiva la possibilità, in alternativa al conferimento di un bene immobile identificato nella sua oggettività, del conferimento («attribuzione» nel linguaggio legislativo) di un bene immobile caratterizzato da una «concessione d'uso» (in una situazione diversa dal conferimento della concessione prevista dall'art. 120 del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, «gli immobili di proprietà degli enti locali interessati dall'intervento possono essere conferiti alla società anche a titolo di concessione») della cui valutazione economica si deve tener conto sia nella stima del conferimento stesso⁷⁵ che dell'impegno della società di

⁷³ M. RENNA, *La regolazione amministrativa dei beni a destinazione pubblica*, op. cit., 177; la norma riformula con sostanziali modificazioni il regime del d.l. n. 102/03 non convertito su cui v. G. TERRACCIANO, *Il demanio quale strumento di finanza pubblica (profili finanziari e tributari)*, Torino, 2003, 220.

⁷⁴ F. FRANCIARIO, *Privatizzazioni, dismissioni e destinazione «naturale» dei beni pubblici*, in *Dir. amm.*, 2004, 113.

⁷⁵ Sui criteri di capitalizzazione del valore del diritto di godimento, M. MIOLA, op. cit., 114 ss.

trasformazione a valorizzarne il godimento, ad esempio mediante una conduzione più imprenditoriale della gestione e dei servizi connessi.

e) Disciplina legale dei «proventi» degli azionisti pubblici

Perplessità nella valutazione del regime speciale delle società di trasformazione urbana previste dall'art. 3 traggono origine dalla possibilità per il Ministro dell'Economia di stabilire con decreto che «una quota dei *proventi* derivante dalla valorizzazione degli immobili... spettante agli *azionisti pubblici*» sia destinata «alla realizzazione di programmi di edilizia residenziale convenzionata» per le esigenze dei comuni e delle aree metropolitane... elaborati di intesa con le ragioni e gli enti locali interessati».

Se la comprensione delle prerogative comunali in materia⁷⁶ si giustifica, ma solo in parte, con la titolarità dell'amministrazione centrale del bene conferito che legittima, a seguito della sua «valorizzazione» da parte della società di gestione urbana, un intervento del socio conferente nella programmazione di interventi di competenza dell'ente locale, diversi sono i dubbi dal punto di vista del diritto societario che si propongono sia sotto l'aspetto soggettivo che oggettivo.

Quanto al primo profilo, l'area dei destinatari incisi dal prelievo è circoscritta agli «azionisti pubblici».

Se è chiara la logica di cooperazione che guida la scelta legislativa di favorire la realizzazione di un intervento edilizio a carattere pubblico, la finalizzazione di «una quota dei proventi», ad un'attività sostanzialmente estranea all'oggetto sociale coinvolge, oltre l'Agenzia del demanio, gli enti locali azionisti e le società interamente controllate dal Ministero per l'Economia che, nonostante la sommarietà della norma dovrebbero coincidere con le «società veicolo» caratterizzate, come è stato detto con specifico riguardo alle Scip da un «concentrato di specificità»⁷⁷ tale da farle considerare, nel passaggio dei beni dallo Stato ai fini della dismissione, un soggetto da «laboratorio»⁷⁸.

La pluralità e l'eterogeneità degli interessi pubblici rappresentati dalle partecipazioni degli enti territoriali e delle società a controllo

⁷⁶ S. FOA, *Il patrimonio immobiliare dello Stato e degli enti territoriali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, 365.

⁷⁷ G. MORBIDELLI, *Note introduttive al Convegno*, in *La cartolarizzazione del patrimonio immobiliare pubblico*, op. cit., 271.

⁷⁸ Così N. RAITI, *Considerazioni finali*, in *La cartolarizzazione del patrimonio immobiliare pubblico*, op. cit., 271.

totalitario dell'amministrazione centrale, se postula al fine di evitare possibili questioni di costituzionalità, una espressa previsione statutaria o la sottoscrizione di un accordo che legittimi, con un procedimento consensuale fra amministrazione centrale e amministrazioni locali, l'attuazione di un'indicazione del Ministero in grado di espropriare questi ultimi, anche parzialmente, di una quota dei «proventi» loro spettanti, non esaurisce i problemi di carattere societario.

Un elemento di incertezza potrebbe essere rappresentato dal richiamo, ai fini della realizzazione di programmi di edilizia residenziale convenzionata, ad una «quota dei proventi derivanti dalla valorizzazione degli immobili», con un'espressione che, nell'incertezza del significato del termine «proventi» acquista un rilievo ancor maggiore per la presenza nella società di trasformazione urbana di soci privati.

La norma, utilizzando una nozione propria del linguaggio economico aziendale, introduce un criterio che, dal punto di vista giuridico non appare individuabile con certezza, anche se alcune considerazioni possono essere tratte dalla formulazione dell'art. 2447-bis lett. b) c.c. quando prevede la destinazione al rimborso del finanziamento destinato ad uno specifico affare dei «proventi dell'affare stesso o parte di essi»⁷⁹.

Intendere per «proventi» la redditività generata dalla valorizzazione dell'immobile conferito, se non dà luogo ai problemi della dimensione concreta dell'impegno al rimborso del prestito assunto dalla società nei confronti del finanziatore⁸⁰, provoca nel caso di uno strumento societario a maggioranza pubblica, problemi nella ripartizione del risultato dell'operazione di valorizzazione secondo regole diverse dal regime di attribuzione degli utili ai soci.

Manca infatti l'individuazione delle fasi attraverso le quali, come nel caso del finanziamento destinato ad un singolo affare, il provento, inteso come redditività generata dall'operazione, matura progressivamente dall'indicazione (diretto è il richiamo all'indicazione della lett. a) dell'art. 2447-decies), dei «costi previsti ed i ricavi attesi» dall'operazione all'esplicitazione della «parte dei proventi destinati al rimborso del

⁷⁹ Sulla ricostruzione della nozione di proventi e sulla possibilità che flussi finanziari di proventi futuri siano posti a garanzia di un'iniziativa economica G. CAPALDO, *I patrimoni separati nella struttura delle operazioni finanziarie*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2005, numero speciale dedicato a *Diritto e processo commerciale*, 213.

⁸⁰ G. CAPALDO, *op. ult. cit.*, 215.

finanziamento e le modalità per determinarli» (lett. f) art. 2447-*decies*) per pervenire infine alla costituzione di un patrimonio separato sulla base di «sistemi di incasso e di contabilizzazione idonei ad individuare in ogni momento i proventi dell'affare» (art. 2447-*decies*, terzo comma)⁸¹.

Ma la legittimazione legislativa del criterio di attribuzione della «quota dei proventi derivanti dalla valorizzazione degli immobili» se, per quanto riguarda l'assegnazione all'interno dei soci pubblici può trovare la sua fonte, anche se non senza un margine di dubbio, nella normativa secondaria indicata dall'art. 3 (comma quindicesimo), l. 23 novembre 2001, n. 410⁸² ha il suo momento di riferimento nell'applicazione della procedura fissata da quest'ultimo provvedimento per la disciplina delle operazioni di «valorizzazione» e «commercializzazione» del patrimonio immobiliare dello Stato.

È stato già osservato che l'art. 2 (settimo comma) l. 23 novembre 2001, n. 410, fissando le regole generali della privatizzazione del patrimonio immobiliare pubblico, richiama «per quanto compatibili» le disposizioni della l. 30 aprile 1999, n. 130, ivi compresa l'indicazione nel prospetto informativo, oltre dei costi dell'operazione e delle condizioni di detrazione, «degli utili previsti dall'operazione e il percettore»⁸³.

Il che significa, nel modello della società veicolo richiamato per la vendita del patrimonio immobiliare pubblico, che gli utili dell'attività economica possono essere destinati anche a soggetti diversi dai soci, rendendo palese sia la mancanza del c.d. lucro soggettivo che il ruolo degli stessi soci «spesso soggetti del tutto disinteressati alle sorti dell'operazione... niente di più lontano dalle finalità per cui di regola si dà vita ad una società di capitali»⁸⁴.

⁸¹ P. FERRO-LUZZI, *La disciplina dei patrimoni separati*, in *Riv. soc.*, 2002, 136 ss. aveva indicato come compito del legislatore delegato il tema dei «principi per la individuazione dei ricavi, dei proventi destinati in via primaria, al servizio del finanziamento» giacché il provento poteva essere «gravato da componenti negative, ma tipiche, previste, naturali e fisiologiche».

⁸² «Con i decreti di cui al comma primo sono stabiliti i criteri per l'assegnazione agli enti territoriali interessati dal procedimento di una quota, non inferiore al 5% e non superiore al 15%, del ricavato attribuibile alla rivendita degli immobili valorizzati».

⁸³ U. TOMBARI, *Profili organizzativi della «società veicolo» nella legge sulla privatizzazione*, op. cit., 231.

⁸⁴ U. TOMBARI, *op. loc. cit.* trova conferma della tesi nell'atto costitutivo (art. 3) e nello statuto (art. 25) della Scip quando prevedono «gli utili risultanti dal bilancio verranno così ripartiti: a) il 55 al fondo di riserva legale fino all'integrazione di es-

f) La Scip come società veicolo nell'interpretazione del Consiglio di Stato

Nel procedimento di cartolarizzazione del patrimonio immobiliare pubblico la funzione della società veicolo, società di diritto speciale indipendentemente dalla partecipazione di un socio pubblico, ne ha giustificato l'inquadramento, per la mancanza di tutti gli elementi previsti nell'art. 2247 c.c., nella categoria delle società anomale, in quanto suo fine non è la distribuzione degli utili ai soci ma il perseguimento di finalità pubbliche ad essa esterne⁸⁵.

Ancor più rilevante appare dunque il richiamo alla vincolatività delle procedure per la valorizzazione a fronte delle conclusioni sulla natura della società (Scip)⁸⁶ cui è pervenuto il Consiglio di Stato nella decisione da cui si sono prese le mosse, modificando la propria precedente giurisprudenza sulla natura privata della società di cartolarizzazione⁸⁷.

All'affermazione, in sede di accertamento della giurisdizione, che gli atti della procedura di vendita sono «espressione di attività pubblicistica provvedimentale» è seguito il riconoscimento della natura «formalmente privatistica» delle società di cartolarizzazione per il «carattere strumentale rispetto al perseguimento di finalità pubblicistiche e l'esistenza di una disciplina derogatoria rispetto a quella propria dello schema societario».

Ripercorrendo l'iter argomentativo che, contrapponendo una pubblicità «sostanziale» ad una pubblicità «formale», ha permesso di configurare un uso anomalo della natura privata del soggetto «in quanto stru-

sa nella misura prevista dall'art. 2430 c.c.; b) il rimanente, previa deliberazione, ai titolari delle quote sociali in proporzione, salvo diversa deliberazione decisa dall'assemblea stessa».

⁸⁵ A. GIANNELLI, *Le c.d. società veicolo utilizzate nell'ambito di operazioni di finanza strutturata*, op. cit., 792 che *sub* nt. 38 ricorda che spesso soci della società veicolo sono «società fiduciarie o fondazioni, anche estere (tipicamente le Stichtung, fondazioni di diritto olandese) ovvero soggetti in grado di assicurare neutralità e indipendenza a beneficio degli investitori che acquistano i titolo *abs* emessi dalla società di cartolarizzazione».

⁸⁶ Di obiettiva rilevanza per una valutazione del fenomeno nel suo complesso sono le osservazioni della relazione della Corte dei conti «Analisi dei risultati delle cartolarizzazioni» del 9 gennaio 2006 (deliberazione n. 4/20006G) trasmessa alla Presidenza della Camera e del Senato in data 31 marzo, sulla scarsa trasparenza delle operazioni di cartolarizzazione e la c.d. «sovra collateralizzazione», con particolare attenzione all'aspetto dei costi, sottolineato in precedenza da M.A. CIOCIA, *La dismissione del patrimonio immobiliare pubblico*, op. cit., 145.

⁸⁷ Cons. St., sez III, 8 luglio 2003, n. 2342.

mento di elusione di norme imperative pubblicistiche»⁸⁸, la mancanza di autonomia «nella posizione funzionale della Scip e nell'esercizio delle attività demandate dal legislatore» è stata connessa alle indicazioni del Ministero dell'Economia con cui si provvede al trasferimento a titolo oneroso del bene immobile al prezzo di cessione, alle modalità di pagamento, alle caratteristiche dell'operazione di cartolarizzazione e della procedura di vendita degli immobili trasferiti⁸⁹.

Circostanze queste che hanno portato a riconoscere, al di là della formale qualificazione della Scip «come persona giuridica privata in quanto società a responsabilità limitata...» il suo «carattere strumentale ... rispetto al perseguimento di finalità pubblicistiche (... in forza di poteri autoritativi delegatili dalla P.A e nella fedele esecuzione di disposizione e di provvedimenti da questa emanati)» in collegamento ad «una disciplina derogatoria rispetto a quella propria dello schema societario, sintomatica, in particolare, della strumentalità della società rispetto al conseguimento di finalità pubblicistiche».

Se il ragionamento del Consiglio di Stato si colloca nel quadro della sua giurisprudenza degli indici di qualificazione dell'attività della società in quanto «strettamente funzionalizzata al perseguimento delle finalità di interesse pubblico», perplessità, come anticipato, sorgono sulla rilevanza riconosciuta all'«oggetto esclusivo», rappresentato dalla realizzazione di un'operazione di cartolarizzazione e alla disciplina derogatoria rispetto al diritto comune delle società.

Considerare elemento decisivo per la natura pubblica della società la sua indicazione nel decreto ministeriale come «società veicolo», ri-

⁸⁸ F. GOISIS, *La giurisdizione sugli atti di selezione*, op. cit., 633 che aveva già affermato in precedenza in *Contributo allo studio delle società in mano pubblica come persone giuridiche*, Milano, 2004, 364 che «nel momento in cui l'amministrazione costituisce una società, non sostanzialmente discontinua (corsivo aggiunto), in virtù dell'effettività ed intensità del controllo societario, rispetto all'ente dominante e chiamata all'esercizio di attività proprie dell'ente pubblico, si comprende come - tra le varie norme che l'ente pubblico finisce per eludere - si possa menzionare la funzione di tutela propria della giustizia avanti al giudice amministrativo». Sul problema v. da ultimo, C. DEODATO, *La cartolarizzazione del patrimonio immobiliare degli enti pubblici. Profili di tutela giurisdizionale*, in *La cartolarizzazione del patrimonio immobiliare degli enti pubblici*, op. cit., 55 ss.

⁸⁹ Per una descrizione del contenuto dei decreti v. G. TERRACCIANO, op. cit., 179; E. CANTARELLI, *Cartolarizzazioni e mercato: la cartolarizzazione del patrimonio immobiliare degli enti pubblici*, op. cit., 45 ss.

tenendola circostanza atta ad identificare, di per sé, l'«ente societario... mezzo e strumento per la realizzazione delle politiche e delle finalità dal legislatore dettate all'Amministrazione» non solo significa negare il ruolo della «società veicolo» nel procedimento di cartolarizzazione⁹⁰, ma fa reagire sul giudizio di qualificazione la sua natura di strumento istituzionale previsto dall'art. 3, primo comma, l. 130/99 («la società cessionaria o la società emittente titoli se diversa dalla società cessionaria, hanno per oggetto esclusivo la realizzazione di una o più operazioni di cartolarizzazione dei crediti»).

La ricostruzione operata dal Consiglio di Stato sulle caratteristiche pubblicistiche della procedura di vendita non solo rende superfluo l'esame di questo profilo ma la disciplina speciale richiamata non apporta alcun elemento a favore della natura pubblicistica del soggetto, in quanto le caratteristiche di specialità della Scip sono proprie della società veicolo, intesa come strumento funzionale operante con carattere di generalità. Non sono dunque le sue connotazioni tipiche, proprie del procedimento di cartolarizzazione, a dare alla società veicolo la connotazione pubblicistica, ma è il perseguimento delle finalità pubbliche ad essa esterne, rappresentata dalla dismissione del patrimonio immobiliare pubblico⁹¹.

Le incertezze sul punto della decisione sono, ad esempio palesi non solo per il richiamo alla costituzione della società, circostanza di per sé insufficiente a procedere in termini di qualificazione e alla normativa secondaria, non in grado per sua natura, di pubblicizzare le Scip⁹², ma quando avendo riguardo al versamento del capitale alle fondazioni olandesi, si conclude, ma probabilmente a quanto è dato di capire per una carenza della documentazione presentata dal Ministero dell'Economia, che «non essendone in alcun modo precisato il titolo, se di sovvenzione, contributo, finanziamento od altro... pare

⁹⁰ A. GIANNELLI, *La società per la cartolarizzazione dei crediti*, op. cit., 945; F. DI CIOMMO, *I soggetti che svolgono operazioni di cartolarizzazione e la separazione patrimoniale*, in *La cartolarizzazione dei crediti in Italia*, a cura di R. PARDOLESI, Milano, 1999, 51; M. BESSONE, *Cartolarizzazione dei crediti. «Soggetti», disciplina delle attività, garanzia di pubblica vigilanza*, in *Dir. banc.*, 2002, 11; D. VALENTINO, *Le cessioni dei crediti. Il factoring e la cartolarizzazione*, Napoli, 2003, 222.

⁹¹ U. TOMBARI, *Profili organizzativi della «società veicolo» nella legge sulla privatizzazione*, op. cit., 237.

⁹² Sul punto v. quanto osserva F. GOISIS, *La giurisdizione sugli atti di selezione*, op. cit., 631.

più che altro doversi ascrivere all'ipotesi del socio occulto, che eroghi la provvista finanziaria di una società», senza tener conto della previsione sia nella legge sulla dismissione del patrimonio pubblico dello Stato (art. 2 l. 23 novembre 2001, n. 410) che degli enti locali (art. 84 l. 27 dicembre 2002, n. 289) della partecipazione di un soggetto terzo alla costituzione della società sulla base di un rapporto di mandato⁹³.

Profilo quest'ultimo che proprio per l'analisi economica effettuata dal giudice amministrativo⁹⁴ si presenta ricco di ulteriori sviluppi specie se confrontato con i problemi che conseguono in tema di servizi pubblici locali alla previsione (art. 113-*bis* d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267) per le società a partecipazione pubblica locale, ai fini del c.d. affidamento in house, che «gli enti pubblici titolari del capitale sociale, esercitino sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi», corretta solo in parte, e con altri problemi, dall'art. 13 del d.l. 4 luglio 2006, n. 223 («norme per la riduzione dei costi degli apparati pubblici regionali e locali e tutela della concorrenza» convertito con rilevanti modifiche con la l. 4 agosto 2006 n. 248) e del travagliato iter del disegno di legge n. 772 per il riordino dei servizi pubblici locali, attualmente all'esame delle commissioni parlamentari che nella versione in discussione, oltre a suscitare un vivace dibattito in sede politica, ha richiamato le prime critiche della dottrina⁹⁵.

⁹³ R. COSTI, *Dismissione del patrimonio immobiliare pubblico e mercato finanziario*, op. cit., 98.

⁹⁴ E che per molti aspetti ricorda il tentativo interpretativo, propria del diritto tributario, di reprimere il fenomeno dell'elusione tramite il ricorso alla figura dell'abuso della personalità giuridica. Per una recente revisione dell'istituto v. G. ZOPPINI, *Abuso del diritto e dintorni (ricostruzione critica per lo studio sistematico dell'elusione fiscale)*, in *Riv. dir. trib.*, 2005, I, 809 ss.

⁹⁵ M.G. ROVERSI MONACO, *I caratteri delle gestioni in house*, in *Giorn. dir. amm.*, 2006, 1379.

2.

Riorganizzazione della Pubblica Amministrazione e istituti di diritto privato* **

SOMMARIO: 1. Il tema. - 2. Patto di stabilità, privatizzazioni e strumenti di diritto privato per la gestione del disavanzo. - 3. Le società di origine legale nel riordino della Pubblica amministrazione: dalla costituzione di Infrastrutture s.p.a. alla trasformazione di Anas s.p.a. in attuazione del Patto di stabilità interno per gli enti pubblici; a) Criteri informativi della trasformazione di enti pubblici in società per azioni; b) In particolare: esistenza di un « alto indice di autonomia finanziaria »; c) Trasformazione dell'Anas e mancanza del piano finanziario. - 4. Costituzione delle società di origine legale Patrimonio s.p.a. e Infrastrutture s.p.a. (artt. 7 e 8, l. 15 giugno 2002, n. 11 e trasformazione della Cassa depositi e prestiti (art. 5, l. 24 novembre 2002, n. 326). - 5. Cartolarizzazione del patrimonio immobiliare pubblico e natura della società veicolo Scip s.r.l. nell'interpretazione del Consiglio di Stato. - 6. Etero-organizzazione della struttura di società di origine legale nella legge finanziaria 2007. Prime conclusioni.

1. Il tema

L'esame degli strumenti di diritto interno introdotti per la gestione degli equilibri finanziari in attuazione del Patto di stabilità,¹ se

* Da *Contratto e impresa*, 2010, 237-271.

** Il lavoro, destinato agli Studi in onore di Nicolò Lipari, trae origine da due lezioni tenute nell'ambito di un Seminario in materie economico-aziendali dal 27 febbraio al 1 marzo 2007 presso la Corte dei conti, a cura della Facoltà di Economia "La Sapienza", sul tema "Riforma del Patto di stabilità e crescita, legge finanziaria e Patto di stabilità interno".

conferma l'organicità del divieto comunitario di disavanzi eccessivi, sembra al contempo indicare all'interprete un diverso modo con cui si viene a realizzare un diritto privato europeo inteso « come diritto comune, che esige regole e principi uniformi in tutti i paesi, pur nell'autonomia dei singoli paesi»².

La normativa nazionale di attuazione del patto di stabilità (artt. 4 e 104 Tratt. Ue)³, non solo deve corrispondere alle esigenze di una « una politica economica ... fondata sullo stretto coordinamento delle politiche degli Stati membri » ma, come sottolineato dalla Corte di giustizia (13 luglio 2004, causa C-27/04), si confronta con un sistema comunitario in grado « all'occorrenza, (di) costringere lo Stato membro interessato a ridurre l'eventuale disavanzo constatato » (p.ti 69-71)⁴, anche con il ricorso a « un'interpretazione che assicuri » alle politiche stesse « tutto il loro effetto utile » (p.to 74).

Il divieto di un « disavanzo eccessivo » fa riferimento, sulla base dei parametri della norma comunitaria,⁵ ad una nozione di pubblica amministrazione⁶ non circoscritta allo Stato ma che, investendo unitariamente

¹ GIOMI, *Stabilità economica e privatizzazioni (Profili giuridici)*, Torino, 2006, p.210; LOUIS, *The review of the stability and growth pact*, in *Common Market Law Review*, 2006, p.85 ss.; SMITS, *Some reflections on Economic Policy*, in *Legal issues of economic integration*, 2007, p.5 ss.

² LIPARI, *Diritto privato e diritto privato europeo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2000, p. 18. Lo stesso a. ricorda, sotto il profilo del metodo, nella Introduzione al *Tratt. dir. priv. europeo*, 2° ed., Padova, 2003, I, p. 2, che "la prospettiva europea assume un ruolo significativamente innovativo perché aiuta a saldare le cose nuove con quel quadro complessivo che è il dato qualificante di qualsiasi ordinamento".

³ BRANCASI, *L'ordinamento contabile*, Torino, 2005, p. 132 ss.; BASSANINI, *Autonomia e garanzia nel finanziamento delle regioni e degli enti locali*, in *Per lo sviluppo. Un federalismo fiscale responsabile e solidale*, a cura di Zanardi, Bologna, 2006, p.106 ss.; CERBO, *Potere organizzativo e modello imprenditoriale nella pubblica amministrazione*, Padova, 2007, p. 84 ss. in rapporto alla lettura del principio di economicità.

⁴ Corte Giust. Ce 13 luglio 2004 seduta plenaria (Causa C-27/04, Commissione contro Consiglio) nel procedimento instaurato dalla Commissione sulle misure adottate dalla Repubblica francese e dalla Repubblica federale di Germania per correggere la situazione di disavanzo eccessivo. Sulle vicende che hanno caratterizzato la controversia in sede comunitaria v. l'editoriale "The Rule of Law and Stability in the Eurozone?" in *Legal Issues of economic Integration*, 2004, p. 225 s.

⁵ Cfr. il secondo comma dell'art. 104 del Trattato e l'accezione di "pubblico", "disavanzo" e "investimento" contenuta nell'art. 2 reg. Ce n. 3605/93 del 22 novembre 1993 e nel primo "considerando" del reg. n. 351/2002 del 25 febbraio 2002.

⁶ D'ACUNTO in *Trattati dell'Unione europea e della Comunità europea* a cura di Tizzano, Milano, 2004, sub. art.104, p. 680.

il « ben più ampio comparto »⁷ dell'intera finanza pubblica, individua nel rispetto del patto di stabilità « la limitazione di sovranità più intercettabile »⁸ e ne accentua le funzioni di coordinamento e di controllo della finanza pubblica⁹.

In questa prospettiva la lettura del comma 966° dell'art. 1, l. 27 dicembre 2006, n. 296 (l. finanziaria 2007) che prevede l'assunzione a carico dello Stato degli « oneri per capitale ed interessi dei titoli emessi e dei mutui contratti da Infrastrutture s.p.a. fino alla data del 31 dicembre 2005 per il finanziamento degli investimenti per la realizzazione della infrastruttura ferroviaria ad alta velocità Torino-Milano-Napoli nonché gli oneri delle relative operazioni di copertura », offre lo spunto, a seguito dell'incorporazione per legge della società nella Cassa depositi e prestiti s.p.a. con effetto dal 1° gennaio 2006 (art. 1, comma 79°, l. 23 dicembre 2005, n. 266), per una riflessione sulla costituzione in via legale di soggetti di diritto privato destinati, nell'intenzione del legislatore, a realizzare compiti della pubblica amministrazione ma al di fuori della sfera pubblica.

Questo orientamento di politica economica non può essere accettato acriticamente ma va valutato, nell'attuale fase di trasformazione della pubblica amministrazione, oltre che in funzione del rapporto con le amministrazioni di riferimento,¹⁰ tenendo presente la soggezione degli Stati « a regole eguali (i parametri) » nella fissazione dei limiti sovraordinati imposti al debito e all'indebitamento che si riflettono nei singoli ordinamenti con « effetti durevoli e generalizzati » in modo da creare o controllare, come è stato detto con espressione effi-

⁷ BRANCASI, *Divieto di disavanzi eccessivi e strumenti di politica di bilancio*, in *Riv.it. dir. pubbl. comun.*, 1997, p. 1204; E. CHITI, *La nozione di pubblica amministrazione* in AA.VV., *Diritto amministrativo europeo (Casi e materiali)*, in *Corso di diritto amministrativo* diretto da Casse-se, vol. 6, Milano, 2005, p.8.

⁸ E. BONELLI, *Efficienza e sistema dei controlli tra Unione europea e ordinamento interno*, Torino, 2003, p.26.

⁹ CERULLI IRELLI, *I vincoli europei e le esigenze di coordinamento della finanza pubblica*, in *Il lavoro nelle P.A.*, 2006,I, p. 816.

¹⁰ CHIRULLI, *Autonomia pubblica e diritto privato nell'amministrazione (dalla specialità del soggetto alla rilevanza della funzione)*, Padova, 2005, specie p.465 ss. nell'esame del modello societario utilizzato per lo svolgimento di compiti ausiliari di natura pubblica osserva come esso sia "plasmato piuttosto sulla figura organizzativa classica dell'ente pubblico economico che non quello della società per azioni".

cace, "una strozzatura" nel singolo ordinamento nazionale¹¹.

Con il Patto di stabilità si è dunque aggiunto nel complessivo quadro normativa un dato "in grado di caratterizzare, nell'esame dei tradizionali limiti alla competenza del legislatore nazionale,¹² un nuovo aspetto del sistema che si viene delineando, sia pur in via apparentemente transitoria, nella costruzione del rapporto, tra disciplina comunitaria ed istituti di diritto privato¹³.

Se il carattere di generalità del Patto¹⁴ giustifica la conclusione che gli strumenti del diritto interno devono essere conformi, nella loro applicazione, alle prescrizioni delle regole finanziarie europee¹⁵, la necessità di rispettare, sotto l'aspetto del fenomeno economico, il disegno organico che ne è alla base si riflette nel richiamo ad evitare ogni suo sostanziale aggiramento¹⁶ con le conseguenti reazioni in se-

¹¹ GUARINO, *Riflessioni sulle teorie economiche e sulla teoria delle istituzioni*, in *Per una "Teoria delle istituzioni" tra Diritto ed Economia*, a cura di Atripaldi, Napoli, 2006, p. 4 e, in particolare, per l'influenza del vincolo europeo sul sistema economico e finanziario del Paese ("le costrizioni del sistema") in *Eurosistema. Analisi e prospettive*, Milano, 2006, 117 ss.

Sul tema, per specifici aspetti, CARBONI, *La responsabilità finanziaria nel diritto costituzionale europeo*, Torino, 2006, 123 ss.; GIOMI, *Stabilità economica e privatizzazioni*, op. cit., p.191 ss.

¹² MICKLITZ, *Prospettive di un diritto privato europeo: ius commune praeter legem?*, in *Contratto e impresa/Eur.*, 1999,p.42; GRUNDMANN, *La struttura del diritto europeo dei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p. 369; sulle scelte tecniche e di politica del diritto dei principi che si possono ricavare dal diritto comunitario v. da ultimo G. ALPA, *Il diritto privato europeo: significato e confini del sintagma*, in *Lezioni di diritto privato europeo*, raccolte a cura di Alpa e Capilli, Padova, 2007, p.10 ss. e la *Riflessione conclusiva* di PERLINGIERI, sul rapporto tra analisi economica e primato della politica in *Il diritto privato dell'Unione europea (Temi e questioni)*, a cura di Casucci, Napoli, 2007, p.71.

¹³ Puntualizza il ruolo del legislatore nazionale che "supportato da una cultura realmente innovativa, è chiamato a realizzare il primato del politico nel rispetto di un quadro normativa costituzionale e internazionale e nella acquisita consapevolezza che l'essere in Europa non consente né arretramenti né fughe in avanti, PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006, p. 287.

¹⁴ Per l'evoluzione delle regole del Patto di stabilità v. DELLA CANANEA, *Dal vecchio al nuovo Patto di stabilità*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, p.221.

¹⁵ Sul vincolo europeo dei bilanci statali, CARBONI, *La responsabilità finanziaria nel diritto costituzionale europeo*, op. cit., p. 156 ss.

¹⁶ PEDONE, *Riforma del patto di stabilità e legge finanziaria 2007*, nel corso di una lezione tenuta l'11 gennaio 2007 presso la Facoltà di scienze politiche dell'Università di Roma Tre, condotta sotto il profilo rigorosamente economico ma ricca di spunti per il giurista, del cui testo si è potuto prendere conoscenza per la cortesia dell'a, parla del frequente ricorso degli Stati membri ad espedienti contabili in grado di alterare il meccanismo del programma di stabilità, intervenendo sullo "Stock flow

de di Eurostat¹⁷, come è avvenuto, ad esempio, a seguito del tentativo di classificare l'Anas s.p.a. fra gli enti « non considerati nel concetto di settore pubblico »¹⁸.

L'esame delle vicende che hanno caratterizzato la trasformazione di questo ente pubblico economico induce a considerare la norma della l. finanziaria 2007 da cui si è partiti (comma 937^o) nel rispetto della duplice funzione del patto di stabilità « di determinare principi e standard applicativi in rapporto alle finanze nazionali e di verificarne l'osservanza anche con potestà di tipo conformativo »¹⁹, ricercando i vincoli ad un intervento legislativo, inteso a portare al di fuori dell'area dell'amministrazione pubblica situazioni di appesantimento finanziario per correggere l'andamento dei conti pubblici, con la costituzione di società a partecipazione pubblica e la privatizzazione di beni pubblici conseguente alla trasformazione di soggetti pubblici²⁰ o, con la sottoposizione, in alcuni casi dei « soggetti "trasformati" ad un diritto speciale inventato ad hoc »²¹.

adjustement" (SFA) con accorgimenti che hanno dato luogo a contrasti con Eurostat e la Commissione sulla classificazione di determinate operazioni.

- ¹⁷ REVIGLIO, *Grazie alla finanza straordinaria siamo rimasti in Europa. Solo con l'abbattimento del debito vi resteremo*, in *Econ. pubbl.*, 2005, p.78.
- ¹⁸ GIOVANNELLI, *Contabilità di stato e sistema europeo dei conti (SEC 95) nella prospettiva comunitaria*, Milano, 2006, p. 104. Sulla riconduzione dell'Anas nel perimetro dell'Amministrazione pubblica in contrapposizione alle imprese pubbliche di servizi "che vendono i loro prodotti al mercato", v. BISES, *Lezioni di scienza delle finanze, I, L'intervento pubblico nel sistema economico*, Torino, 2005, p. 224.
- ¹⁹ DELLA CANANEA, *Dalla contabilità di stato alle finanze pubbliche: la prospettiva europea*, in *Riv. dir. pubbl. comun.*, 2004, p. 1148; PEREZ, *Il Patto di stabilità e crescita: verso un Patto di flessibilità?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2002, p. 997 ss. e in *Il nuovo patto di stabilità e crescita*, ivi, 2005, p. 777 ss.
- ²⁰ 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, p. 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, p. 542. Esamina criticamente, sotto l'aspetto economico, la tesi se il cambiamento di proprietà generi di per sé incentivi all'efficienza v. BERTERO, *Fa differenza un cambiamento da pubblico a privato, dell'assetto proprietario?*, in *Econ. pubbl.*, 2003, p. 115 ss.
- ²¹ MERUSI, *Torniamo alla divisione dei poteri Considerazioni finali e provvisorie su amministrazione e legislazione*, in AA.Vv., *Condizioni e limiti alla funzione legislativa nella disciplina della Pubblica Amministrazione* in *Annuario dell'Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo*, 2004, Milano, 2005, p. 247.

2. Patto di stabilità, privatizzazioni e strumenti di diritto privato per la gestione del disavanzo

Nella ricerca dei limiti di compatibilità fra interventi legislativi e regole del Patto di stabilità un primo spunto è rappresentato dalla contrapposizione, ormai usuale, fra soggetti privatizzati « realmente divenuti privati e soggetti privatizzati sostanzialmente rimasti pubblici »²², che ripropone all'interprete un diverso aspetto del rapporto fra i processi di privatizzazione formale e sostanziale, accentuato oggi dal frequente ricorso a società di origine legale²³.

L'emersione del fenomeno, pur nella conferma della necessità di «sdrammatizzare»²⁴ il problema della qualificazione delle « società per azioni » speciali a partecipazione pubblica, richiede una riflessione sulla disciplina dei poteri organizzatori riconosciuti all'amministrazione a seguito di interventi legislativi particolarmente significativi sia nella fase della « trasformazione » di enti pubblici in società per azioni, dove alla continuità dei rapporti con l'ente corrisponde una serie di modifiche nell'organizzazione e nella funzione,²⁵ oltre che nel procedimento di costituzione, della società di diritto speciale.

A partire dalla pronuncia della Corte costituzionale (28 dicembre 1993, n. 466) sul riconoscimento delle società per azioni derivanti dalla trasformazione di enti pubblici economici come « società speciali »²⁶ fino alla recente riaffermazione nella giurisprudenza del Consiglio di Stato²⁷, della figura della « società per azioni-ente pubblico » per le

²² Da ultimo, fra i pubblicisti GIOMI, op. cit., p.226.

²³ PIZZA, *Società per azioni di diritto singolare: rassegna 1999-2003*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, p. 372 ss.

²⁴ IBBA, *La tipologia delle privatizzazioni*, in *Giur. comm.*, 2001, I, p.463.

²⁵ SPADA, *Dalla trasformazione delle società alle trasformazioni degli enti e oltre*, in *Scritti in onore di V. Buonocore*, vol. III, tomo III. Milano, 2005, p.3833 ss.

²⁶ Per un quadro completo nel tempo, v. per tutti, CIRENEL, *La società di diritto "speciale" tra diritto comunitario delle società e diritto comunitario della concorrenza: società a partecipazione pubblica, privatizzazioni e "poteri speciali"*, in *Riv. dir. comm. intern.* 1996, p. 774 ss e, successivamente in *Riforma delle società, legislazione speciale e ordinamento comunitario: brevi riflessioni sulla disciplina italiana delle società a partecipazione pubblica*, ivi, 2005, p.41 ss.

²⁷ Ma già prima del consolidamento di questa giurisprudenza CASSESE, *Gli enti privatizzati come società di diritto speciale: il Consiglio di Stato scopre il diritto naturale*, in *Giorn. dir. amm.*, 1995, p. 1134 ss.

società che hanno tratto origine da questa trasformazione²⁸, il tema non sembra sia stato affrontato dal legislatore speciale con sufficiente consapevolezza critica.

Alla riaffermazione da parte della giurisprudenza amministrativa dell'esistenza di indici di pubblicità dell'ente-società, non sempre persuasivi sia per il metodo che nella loro concreta identificazione²⁹, si accompagna il costante richiamo al dato legislativo della costituzione dell'Age control s.p.a. « nella forma di società per azioni con personalità di diritto pubblico » (art. 18, comma 9°, l. 22 dicembre 1984, n. 887), che testimonia peraltro la necessità di un inquadramento legislativo del fenomeno.

Se infatti l'espressa riconduzione dell'Age contrai s.p.a. nell'ambito del diritto pubblico comprova « l'attenzione legislativa nell'uso di una piuttosto che di un'altra locuzione qualificatoria » fornendo un argomento a favore della natura privata delle società legali³⁰, al contempo essa sembra indicare un criterio per il legislatore nel ricorso a forme di diritto privato a tutela di interessi pubblici, legittimo purché a livello di sistema siano rispettate le caratteristiche essenziali di operatività dell'istituto richiamato³¹.

È in questo più ampia cornice che va valutata l'assunzione a carico dello Stato, in regime di neutralità tributaria (comma 968°, l. finanziaria 2007), degli « oneri per capitale ed interessi dei titoli emessi e dei

²⁸ In senso critico, nella stessa dottrina pubblicistica NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003, p. 177 ss. che parla della "ricostruzione di regimi ad ambiti variabile, frutto della scomposizione e frammentazione di discipline diverse"; M. G. ROVERSI MONACO, *La teoria dell'ente pubblico in forma di società (considerazioni critiche)*, Torino, 2004, p. 33 ss. ma v. anche, ampiamente, GOISIS, *Contributo allo studio della società in mano pubblica*, Milano, 2004, p. 229 ss.

²⁹ Sulle più recenti decisioni di questo orientamento, che ha avuto inizio con Cons. Stato, sez. IV, 2001, n. 1206, in *Giust. civ.*, 2002, I, p. 253 ss; Cons. Stato, sez. IV, 5 marzo 2002, n. 1303, ivi, 2002, p. 2309 ss con nota di GIGANTE, *Verso la ripubblicizzazione di Poste italiane s.p.a.*; Cons. Stato, sez. VI, 17 settembre 2002, n. 4711, in *Dir. proc. amm.* 2003, p. 486, 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*, v. ora 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. 241/90*, in *Serv. pubbl. appa.*, 2006, p.338 ss.

³⁰ IBBA, *Le società "legali"*, Torino, 1992, p. 359.

³¹ Ha ricordato OPPO, *Diritto privato e interessi pubblici*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, I, p. 38 che "l'interesse pubblico ...non può chiedere al diritto privato più di quanto esso può dare e deve accettare del diritto privato ciò che gli è essenziale".

mutui contratti da Infrastrutture s.p.a. »³² che si è riflessa, secondo i dati dell'Istat del marzo 2007, sul livello di indebitamento pubblico e sul disavanzo di competenza per due punti del Pil³³ dovendo provvedere la Cassa depositi e prestiti alla liquidazione del patrimonio separato costituito da Infrastrutture s.p.a. (art.75, comma 4°, art. 75, l. 27 dicembre 2002, n. 289).

A questa società ad origine legale, costituita inizialmente per finanziare « in via sussidiaria le infrastrutture e le grandi opere pubbliche, purché suscettibili di utilizzazione economica » (art. 8, l. 15 giugno 2002, n. 112)³⁴, era stato successivamente affidato il compito di finanziare « prioritariamente » gli investimenti per la realizzazione della infrastruttura ferroviaria del « Sistema Alta velocità/Alta capacità *anche al fine di ridurre la quota a carico dello Stato* » (art. 75, comma 1°, cit.).

Se sono ampiamente note le vicende sia di carattere politico-economico che le contestazioni di origine comunitaria che hanno condotto alla fusione legale per incorporazione, le stesse acquistano ulteriore significato se connesse all'ulteriore trasformazione della « missione affidata per legge »³⁵ alla stessa « Infrastrutture s.p.a. » effettuata dalla l. finanziaria per il 2005, nel periodo che ha immediatamente preceduto l'estinzione della società con la sua fusione nella Cassa depositi e prestiti s.p.a.

Con una norma, in verità di non facile lettura (art. 1, comma 450°, l. 30 dicembre 2004, n. 311), era stato infatti previsto il trasferimento alla società « a prezzi di mercato » di tratti di rete stradale nazionale « assoggettabili a pedaggio figurativo, comunque non a carico degli utenti »³⁶, non solo per garantire un'entrata ma per introdurre ad una gestione economica di beni pubblici³⁷.

³² Per alcune osservazioni sulla portata della legge finanziaria 2007, v. G.P. MANZELLA, *La crescita e lo sviluppo*, in *La legge finanziaria 2007 e la pubblica amministrazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2007, p.259.

³³ Per una prima indicazione LAZZI GUAZZINI, *Una riforma ogni dieci manovre* in *Il sole/24 ore* del 1 marzo 2007.

³⁴ OPPO, *Patrimonio dello Stato e società per azioni*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, II, p. 505.

³⁵ NAPOLITANO, *Le società pubbliche tra vecchie e nuove tipologie*, in *Riv. soc.*, 2006, p.1007.

³⁶ RENNA, *La "privatizzazione" delle strade e l'introduzione dei "pedaggi ombra"* in *Urb. e appalti*, 2005, p. 516; MARTINETTI, *Revisione dei pedaggi: ritorno al passato?*, ivi, p. 534 ss.

³⁷ Sul punto v. la sintesi di POLICE, *L'occasione e gli obiettivi di una rinnovata riflessione sui beni pubblici*, in *I beni pubblici: tutela, valorizzazione e gestione*, Atti del Convegno di Studi Ville Tuscolane, 16-18 novembre 2006, Milano, 2008, XIII ss.

La successione, o meglio l'affastellamento di queste norme, specie in relazione alle contraddittorie vicende legislative collegate alla trasformazione dell'ente pubblico economico nell'Anas s.p.a., suggerisce di non limitarsi a rilevare solo la mancata programmazione del dato legislativo ma di cercare di identificare, nell'ambito degli effetti del Patto di stabilità sull'ordinamento interno, il condizionamento del legislatore nazionale³⁸ reso evidente da un fenomeno di « parossismo normativo »³⁹ rivelatore dell'incertezza operativa di uno strumento di intervento introdotto in sede legislativa.

In questa prospettiva diversi sono gli strumenti utilizzati per la gestione del disavanzo: sempre nella finanziaria del 2007 si hanno sia forme di indirizzo e di controllo nel processo di privatizzazione delle strutture pubbliche che interventi sulla disciplina degli effetti negoziali di pattuizioni di diritto privato di amministrazioni pubbliche.

È quanto avviene, nel primo caso, con una disciplina (commi 259°-265°) che sembra individuare nella concessione o locazione ai privati « il metodo "normale" di valorizzazione e utilizzazione a fini economici dei beni immobili di proprietà dello Stato »⁴⁰, nel secondo, con la dichiarazione della « inefficacia » dei « contratti » stipulati dagli enti territoriali locali per realizzare « operazioni di ammortamento del debito con rimborso unico a scadenza e le operazioni in strumenti derivati » se non portati a preventiva conoscenza dell'amministrazione centrale, « prima della loro sottoscrizione » (comma 737°, art. 1, l. 27 dicembre 2006, n. 296)⁴¹.

Per quanto attiene quest'ultimo profilo, la disciplina di coordina-

³⁸ M. MAZZAMUTO, *La riduzione della sfera pubblica*, Torino, 2000, p. 33 ss.

³⁹ Si mutua l'espressione da RESCIGNO, *Le tecniche legislative oggi in Italia*, in *Analisi di leggi-campione (Problemi di tecnica legislativa)*, a cura di Visintini, Padova, 1995, p. 737 ss. e, più recentemente, in *Introduzione alla logistica: le caratteristiche del discorso del legislatore e la redazione degli atti normativi in Scienza e tecnica della legislazione. Lezioni* a cura di Traversa, Napoli, 2006, p. 477.

⁴⁰ VACIAGO, *Gli immobili pubblici...ovvero, purché restino immobili in Mercato concorrenza regole*, 2007 p. 104.

⁴¹ Su questo regime DE MARCO, *Indebitamento: taglio dei costi e riduzione dei rischi di mercato*, in *Dir. prat. amm.*, 2007 fase. 2, p. 82 ss. Nella panoramica di contributi tecnici sui "derivati di credito" e sulle loro caratteristiche (per tutti v. CAPUTO NASETTI, CARPENZANO, GIORDANO, *I derivati di credito*, Milano, 2001, *passim*), si segnalano PAGNONI, *Contratti di swap in I contratti del mercato finanziario* a cura di Gabrielli-Lener, II, Torino, 2004, p. 1082 ss. e le conclusioni, di una discorsività solo apparente, del commento dal titolo "At the risky end of finance" in *The Economist* del 2 aprile 2007.

mento e di regolazione tecnica riconosciuta in precedenza per via regolamentare al Ministero dell'economia⁴² con l'indicazione delle modalità di accesso degli enti locali al mercato dei capitali⁴³ al fine di contenere i rischi e garantire la trasparenza della loro gestione⁴⁴, è stata configurata dalla giurisprudenza costituzionale come una potestà legislativa di coordinamento « ancorata su una forte ragione di emergenza... » tale da « giustificare gli orientamenti nonostante gli evidenti elementi di criticità sul fronte dei principi costituzionali »⁴⁵.

Ora, la previsione di inefficacia contenuta nella legge finanziaria del 2007 oltre ad essere la causa di una brusca riduzione della « vendita di *swap* strutturati (abbinati a una o più opzioni) agli enti locali », ⁴⁶ induce nell'accentuazione della finalità di coordinamento fra amministrazioni centrali e amministrazioni locali, ad alcune osservazioni sul ricorso del legislatore nazionale ad una nozione, « ambigua, per i tanti significati che le sono stati attribuiti »⁴⁷, e comprensiva, nella sua distinzione dall'irrelevanza, sia della mancanza di effetti « da sempre e per sempre » o di effetti attuali in attesa di effetti futuri, sia, nella sua figura « più problematica » dell'inefficacia relativa, della privazione di effetti di un

⁴² Sulla necessità di un controllo sull'uso dei derivati nella finanza locale v. l'intervista di LANZILLOTTA, "Ecco perché il rischio derivati va sanzionato" in *Il sole/24 ore* del 5 gennaio 2005. Per un significativo caso di eccesso nella leva finanziaria, forse al limite almeno secondo quanto è dato comprendere dalla lettura della stampa finanziaria, v. C. GATTI, *Nomura in tribunale sui bond liguri* ivi, 6 aprile 2007.

Interesse presenta per una considerazione unitaria del sistema anche il punto 3 del considerando del reg. n. 351/2002 del 25 febbraio 2002 sulla riclassificazione "dei flussi relativi ai contratti di *swap* e di *forward agreement* per la necessità di un trattamento specifico di questi flussi...nell'ambito della procedura".

⁴³ Regolamento 1 dicembre 2003, n. 389 (G.U. n. 28 del 4 febbraio 2004) sulla cui applicazione v. G. P. MANZELLA, *Funzione di coordinamento e debito degli enti territoriali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, p. 441 ss.

⁴⁴ CARACCILO, LA GROTTIERA, *Note sull'accesso degli enti pubblici al mercato dei capitali anche con riguardo agli strumenti di finanza innovativa*, in *Interesse pubblico e controllo della finanza innovativa* a cura di Rossano - Siclari, Padova, 2006, p.713 ss.; nella stampa finanziaria v. CARROZZI, *Sui Boc un freno alle speculazioni*, in *Il sole/24 ore* del 7 marzo 2004.

⁴⁵ CERULLI IRELLI, *I vincoli europei e le esigenze di coordinamento della finanza pubblica*, op.cit., p. 819.

⁴⁶ BUFACCHI, *Strumenti di copertura pericolosi solo se abusati*, in *Il sole/24 ore*, del 2 giugno 2007.

⁴⁷ G. BENEDETTI, *La rescissione nell'orizzonte della fonte e del rapporto giuridico*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, p. 29.

atto efficace tra le parti od anche nei confronti dei terzi⁴⁸.

La previsione della « trasmissione...prima della sottoscrizione dei contratti », oltre a porre alcuni problemi di interpretazione (ad es. in tema di responsabilità precontrattuale dell'ente locale), richiama l'attenzione sulla natura dell'interesse tutelato in sede comunitaria.

Se la previsione dell'inefficacia è stata dettata, come tutto sembra far comprendere, non a tutela esclusiva del solo interesse dell'amministrazione locale (che, di per sé avrebbe giustificato un'inefficacia relativa) ma del più generale interesse pubblico che ne giustifica il carattere assoluto, acquista rilievo, nell'ambito degli strumenti di gestione del debito pubblico, la funzione istituzionale del Ministero di coordinare l'« accesso al mercato dei capitali » (art. 41, l. 28 dicembre 2001, n. 448, l. finanziaria 2002) delle amministrazioni locali per « contenere il costo dell'indebitamento e di monitorare gli andamenti di finanza pubblica »⁴⁹.

⁴⁸ SCALISI, *Inefficacia (dir. priv.)*, Enc. dir., XXI, Milano, 1071, p. 347; G. BENEDETTI, op. ult. cit. p.30 che ricorda come "la categoria della "semplice efficacia" è generica, e può assumere rilievo soltanto negativo, nel senso che essa non dipende dalla invalidità del negozio".

⁴⁹ Mentre DELLA CANANEA, *Il coordinamento della finanza pubblica alla luce dell'Unione economica e monetaria*, in *Giur. cost.*, 2004, p. 80 sulla base di un'interpretazione della Corte considerata di tipo sistematico (dec. 13 gennaio 2004, n. 4, ivi, p. 56 ss.) dopo aver osservato "che le norme volte ad accertare la compatibilità finanziaria dei costi della contrattazione integrativa danno attuazione ai principi...stabiliti dallo Stato in linea con gli impegni assunti in sede comunitaria" ne aveva tratto conferma che "le norme europee non sono il fondamento di quelle nazionali, come è consonagli assetti istituzionali di tipo gerarchico. Piuttosto, vincolano il significato da anettere alle disposizioni costituzionali nazionali, secondo la logica di un ordinamento composito."; PINELLI, *Patto di stabilità interno e finanza regionale*, ivi 2004, p. 515, commentando la successiva decisione del 26 gennaio 2004, n. 36 ha richiamato l'attenzione sul diverso profilo dell'individuazione di un limite massimo all'entità dei disavanzi "indispensabile per garantire il Patto di stabilità e crescita e nello stesso tempo ancora in grado di consentire alle regioni di articolare autonomamente le loro manovre di politica finanziaria "rispetto ai vincoli alla crescita di spesa corrente rispetto al precedente esercizio finanziario, o altre misure parimenti o più restrittive, dove l'invocazione degli obblighi stabiliti a Bruxelles rischia di risolversi in un pretesto per coprire un sostanziale recupero di discrezionalità del legislatore nazionale".

Nella stessa finalità, sia pur in una diversa prospettiva operano sia l'istituzione (comma 724° della finanziaria 2007) dell'Unità per il monitoraggio degli enti locali con il compito di valutare sistemi premiali per il loro accorpamento, di misurare i livelli dei servizi resi ai cittadini e la valutazione dei risultati "tenendo altresì conto dei dati relativi al patto di stabilità interno" (per un primo esame del nuovo istituto, CAROSI, *Un nuovo controllore per gli enti locali*, in *Dir. prat. amm.*, 2007, fase. I, p. 10 ss. che il sistema di pubblicità (comma 587°) delle partecipazioni pubbliche in consorzi e società.

L'esercizio dei « poteri di ordine amministrativo, di regolazione tecnica » ritenuti necessari dalla Corte Costituzionale⁵⁰ « perché la finalità di coordinamento ... possa essere concretamente realizzata » non solo non è più circoscritto nell'ambito di una norma secondaria (art. 1 e 3, d.m. 1° dicembre 2003, cit.), ma trova nella dichiarazione di inefficacia dei « contratti » che non siano stati trasmessi « prima della sottoscrizione » la garanzia dell'effettiva conoscibilità della amministrazione centrale, resa possibile solo dalla tempestiva trasmissione della proposta di regolamento contrattuale.

Pur se la formulazione della norma appare ridondante, l'aver accentuato gli effetti della trasmissione della documentazione prima della sottoscrizione dei contratti quale « elemento costitutivo dell'efficacia degli stessi » (comma 737°), anche se ha dato luogo ad alcune perplessità⁵¹, sembra confermare la natura strumentale dell'invio e rafforza, in un delicato equilibrio tra rispetto dei poteri di autonomia finanziaria delle amministrazioni locali e degli impegni assunti dallo

⁵⁰ Corte cost. 30 dicembre 2003, n.376, in *Giur. cost.*, 2003, p. 3858 e, nelle diverse prospettazioni di incostituzionalità formulate dalle regioni, v. Corte cost. 13 gennaio 2004, n. 4. ivi, 2004, p. 57 con nota di DELLA CANANEA, *Il coordinamento della finanza pubblica alla luce dell'Unione economica e monetaria* e in *Giorn. dir. amm.* 2204, p. 733 con nota di A. BENEDETTI, *Competenza statale "di principi" e coordinamento della finanza pubblica*; Corte cost. 26 gennaio 2004, n. 36 in *Giur. cost.*, 2004, p. 497 commentate con riserve da PINELLI, *Patto di stabilità e finanza regionale*, op.cit.; Corte cost. 12 gennaio 2005, n. 35, in *Giur. cost.*, 2005, p. 267, con ampia nota di commento e in *Giorn. dir. amm.*, 2005 con nota di MERCATI, *Il coordinamento della finanza pubblica. La pervasività di una funzione*, p. 647 ss. inquadrate da DE SIANO, *L'autonomia finanziaria di entrata e di spesa degli enti territoriali*, in *La Repubblica delle autonomie nella giurisprudenza costituzionale* a cura di Pioggia-Vandelli, Bologna, 2006, p.308, nell'ambito delle decisioni rese "sul grado di dettaglio necessario affinché una disposizione statale possa essere ritenuta legittimamente rientrante nell'attività di coordinamento della finanza pubblica".

Sul tema dei contenimenti della spesa sanitaria, v., ma per un diverso profilo, Corte cost. 7 luglio 2006, n. 279, in *Giur. cost.*, 2006, p.2781 con nota di CASSETTI, *Lo sconto imposto ai produttori sul prezzo dei farmaci tra le misure di contenimento della spesa sanitaria: le incongruenze della "copertura" dei disavanzi regionali*.

Sul rapporto tra funzioni degli enti locali e controllo della Corte dei conti, Corte cost., 6 luglio 2006, n. 267, ivi, 2006, p. 2797 con nota di CHIAPPINELLI, *Evoluzione dell'ordinamento e controlli: le funzioni degli organismi regionali e della Corte dei conti*.

⁵¹ DE MARCO, *Indebitamento: taglio dei costi e riduzione dei rischi di mercato*, op. cit., p.85, propone il dubbio "se il contratto non sottoposto previamente al dipartimento sia radicalmente "nullo" o soltanto "inefficace", con possibilità di essere successivamente sanato".

Stato in sede comunitaria, la funzione e il ruolo di coordinamento nel merito svolto dall'amministrazione centrale sulle forme di accesso al credito ai fini del contenimento del costo dell'indebitamento e di un monitoraggio effettivo degli andamenti della finanza pubblica.

Sotto l'aspetto del rapporto istituzionale la nuova disposizione sembra dunque in grado di tradursi, in attuazione del patto di stabilità⁵², in un rafforzamento dei « modelli relazionali tra i diversi livelli di governo interessati »⁵³, come sembra di poter dedurre dal raffronto con altre norme.

Indicativa del diverso trattamento riservato in relazione alla natura degli interessi tutelati in una situazione di conflitto con l'indirizzo fissato dal patto di stabilità è la disposizione, quasi contestuale, intesa alla « riduzione dei costi degli apparati pubblici regionali e locali e a tutela della concorrenza » (così la rubrica dell'art. 13, l. 4 agosto 2006, n. 248 di conversione del d.l. 4 luglio 2006, n. 223) che, mentre prevede la nullità dei contratti (comma 4°) stipulati in violazione delle sue prescrizioni precisa che « perdono efficacia » i contratti « relativi alle attività non cedute o scorporate » nel periodo transitorio (comma 3°).

Nel primo caso il rimedio della nullità corrisponde alla tutela di un interesse generale « conformato ... anche nel suo fondamento sostanziale dal tipo di operazione contrattuale posta in essere »,⁵⁴ mentre la dichiarazione di inefficacia successiva alla scadenza del periodo transitorio si fonda su una valutazione, in termini di attualità, del rapporto di incompatibilità dell'interesse perseguito dalle parti con la

⁵² Di obiettivo interesse è la ricerca di GIULIANI, *Fra politics and policy: annotazioni sulla politica europea dell'Italia*, in *Riv. it. pol. pubbl.*, 2007, p.20 sull'andamento per l'Italia di due dei potenziali indicatori della capacità di riduzione dei contrasti con la Commissione, rappresentati dal rapporto fra pareri motivati e lettere di messa in mora e fra i ricorsi alla Corte e le lettere di apertura dell'infrazione.

⁵³ G. P. MANZELLA, *Funzione di coordinamento e debito degli enti territoriali*, op. cit., p. 44. Va anche ricordato che chiude il sistema la previsione che "delle operazioni...in violazione alla vigente normativa, viene data comunicazione alla Corte dei conti per l'adozione dei provvedimenti di sua competenza". Sulla funzione della Corte nel settore di garante degli equilibri economico-finanziari della repubblica, da ultimo, LAZZARO, *Controllo e giurisdizione della Corte dei conti: situazione e prospettive*, in *Foro it.*, 2007, V, c. 166.

⁵⁴ SCALISI, *Nullità ed inefficacia nel sistema europeo dei contratti*, in *Il contratto e le tutele (Prospettive di diritto europeo)* a cura di S. Mazzamuto, Torino, 2002, p. 200.

disciplina del mercato⁵⁵ che, in quanto non destinata ad incidere sugli effetti già prodotti, manifesta il carattere relativo della dichiarazione di inefficacia.

Le scelte legislative ora ricordate confermano, in un quadro di trasformazione del sistema, la diversa funzione delle tecniche della nullità e dell'inefficacia⁵⁶ in quanto volte, rispettivamente, alla conservazione e alla composizione degli interessi in conflitto.

Mentre la disciplina dell'art. 13, l. 4 agosto 2006, n. 248 incide in modo definitivo sulla funzione del regolamento contrattuale, la norma della finanziaria 2007 se preclude, a garanzia di un corretto esercizio del potere di coordinamento dell'amministrazione centrale, ogni effetto negoziale in assenza della preventiva trasmissione del regolamento contrattuale da stipulare, non esclude con la dichiarazione di inefficacia la possibilità che, anche a seguito della trasmissione tardiva di un contratto questo possa essere ancora realizzato se ritenuto congruo, nella sua compatibilità finanziaria (e quindi nel merito), dalla stessa amministrazione centrale, tenuta in ogni caso a dare comunicazione «delle operazioni ... in violazione alla ... normativa alla Corte dei conti per l'adozione dei provvedimenti di sua competenza» (comma 737°, cit.).

Operando in modo diverso si verrebbe a circoscrivere il potere dell'amministrazione centrale ad una mera raccolta di dati, escludendo un giudizio sulla congruità dell'operazione finanziaria dell'ente locale in funzione del rispetto del Patto di stabilità e all'esercizio di una « *moral suasion* » sul contratto di finanziamento che l'amministrazione locale intende porre in essere⁵⁷.

⁵⁵ Sulla diversa rilevanza della cultura del mercato nell'ordinamento dell'Unione e nella Costituzione, v., da ultimo, IUDICA, *L'economia di mercato tra Costituzione italiana e Costituzione europea, (Il contributo della giurisprudenza costituzionale)*, in *I cinquanta anni della Corte costituzionale*, Napoli, 2006, p. 165 ss.

⁵⁶ Sull'abbandono della configurazione consueta della nullità "impiegata in funzione costruttiva e conformativa del regolamento contrattuale per scopi di finalizzazione della tutela normativa a strategie di cambiamento" v. da ultimo, ancora SCALISI, *Contratto e regolamento nel piano d'azione delle nullità di protezione*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, p. 459 ss. e in *Invaldità ed inefficacia. Modalità assiologiche della negozialità*, ivi, 2003, p. 210 ss.

⁵⁷ Sembra orientata in questo senso la circolare esplicativa del Ministero dell'Economia del 31 gennaio 2007 (in G.U. n. 29 del 5 febbraio) quando precisa, sia pure con alcune incertezze sotto il profilo del procedimento contrattuale, che "l'introduzione di questo comma nasce dall'esigenza di rafforzare il dettato dell'art. 41 laddove prevede il monitoraggio dell'indebitamento, in quanto si ritiene che una preventiva informazione al Ministero ...delle operazioni *concluse* permetta un censimento

Se le due previsioni della legge finanziaria per il 2007 ora ricordate, (rispettivamente comma 737° per la dichiarazione di inefficacia dei contratti delle amministrazioni locali e comma 966° per l'assunzione a carico dello Stato degli oneri di finanziamento dell'Alta velocità) rappresentano due delle soluzioni adottate per incidere nella gestione del disavanzo⁵⁸, mentre l'ultimo intervento in tema di « privatizzazione » di immobili pubblici potrebbe rappresentare la « riscoperta di un metodo di governo ... che corregga i difetti finora riscontrati »⁵⁹ le vicende della « Infrastrutture s.p.a. » presentano interesse, oltre che in questa prospettiva, per le conclusioni che se ne possono trarre in termini di qualificazione pubblicistica o privatistica di una « società legale » e per la loro rilevanza nella valutazione comunitaria delle condizioni di legittimità dell'intervento pubblico nell'economia⁶⁰.

più puntuale delle stesse. In tal modo si è fornito al monitoraggio il supporto costituito dall'inefficacia del contratto in caso di omessa trasmissione preventiva..." per poi specificare il regime applicabile alle "operazioni la cui data di contrattazione è antecedente alla data di entrata in vigore della legge...ma i cui contratti, a quella stessa data, non siano stati ancora sottoscritti, nonché nel caso di modifica, rimodulazione, novazione o rinegoziazione di operazioni in essere...". Si aggiunge infine, sul piano dell'assetto negoziale che si assume "concluso" che in caso di "di dati non rilevabili sul mercato al momento della sottoscrizione del contratto, che potranno essere comunicati appena disponibili. A puro titolo esemplificativo, si potrà posticipare la comunicazione dell'entità di un tasso che viene rilevato a posteriori rispetto alla chiusura dell'operazione già trasmessa".

⁵⁸ Altre previsioni operano o sul piano dell'organizzazione della Pubblica amministrazione come nel caso della costituzione di "un sistema a rete" tra le centrali di spesa e la Consip s.p.a. (c. 457), della predeterminazione del numero dei consiglieri di società a partecipazione pubblica (c. 459 per le società Sviluppo Italia s.p.a. e Sogin s.p.a.) e della loro riduzione nelle società a partecipazione pubblica non quotate (c. 465), sul regime dei loro compensi (c. 466 e 718 ss.) od anche nei rapporti con i terzi, come nel caso della limitazione del numero dei consiglieri nelle società locali miste, con il previsto adeguamento degli statuti e dei patti parasociali (c. 729).

Particolare menzione merita, almeno per le sue vicende al momento, la norma del comma 267° che applicava il regime di riduzione del c.d. "cuneo fiscale" "subordinatamente all'autorizzazione delle competenti autorità europee" che, soppressa in modo quasi immediato (art. 1 d.l. del 28 maggio 2007, n. 67) solleva il problema dell'alternativa fra l'inutilità della previsione della finanziaria o il sorgere di un ulteriore contenzioso in sede comunitaria.

⁵⁹ VACIAGO, *Gli immobili pubblici...ovvero, purché restino immobili*, op. cit., p.106.

⁶⁰ Come ha rilevato in un documento (pubblicato sotto il titolo "*Decisioni finanziarie dello Stato ed esigenze riformatrici*" in *Giorn. dir amm.*, 2007, p. 415 ss) l'Osservatorio della finanza pubblica (coordinato da D'Auria, Fiorentino, Perez) costituito dall'Istituto di ricerca per la pubblica amministrazione (Irpa) "sulla base dell'architettura

3. Le società di origine legale nel riordino della Pubblica amministrazione: dalla costituzione di Infrastrutture s.p.a. alla trasformazione di Anas s.p.a. in attuazione del Patto di stabilità interno per gli enti pubblici

Per meglio comprendere questo secondo aspetto l'esame della disciplina legale di « Infrastrutture s.p.a. » deve essere tuttavia preceduto da una ricognizione delle modifiche apportate della legge finanziaria per il 2007 (comma 482°) al regime di privatizzazione di enti pubblici (art 28, l. 28 dicembre 200 l, n. 441, l. finanziaria per il 2002) che, nelle sue alterne vicende richiama un sistema nel quale « le immagini del pubblico e del privato, riferite agli strumenti giuridici dell'azione e dell'organizzazione amministrativa, si presentano riflesse in un gioco di specchi dove l'una rimanda all'altra, perdendo la propria identità e le ragioni della distinzione degli ambiti rispettivi di applicazione»⁶¹.

a) Criteri informativi della trasformazione di enti pubblici in società per azioni

Confermato (comma 482°), nell'ambito della normativa originaria (« Patto di stabilità interno per gli enti pubblici ») il « *fine di conseguire gli obiettivi di stabilità e crescita, di ridurre il complesso della spesa di funzionamento delle amministrazioni pubbliche, di incrementare l'efficienza e di migliorare la qualità dei servizi* », la competenza del « riordino, (del)la trasformazione o (del)la soppressione e messa in liquidazione degli enti ed organismi pubblici...» è ora trasferita al Ministro per le riforme e le innovazioni nella pubblica amministrazione « di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze » e con il Ministro di volta in volta interessato.

A questa modifica si accompagnano interventi sostanziali nella disci-

oggi vigente, il bilancio dello Stato non fornisce contezza degli interventi, originariamente di carattere pubblicistico, attualmente realizzati ad opera di società poste al di fuori del settore statale ma appartenenti al settore istituzionale delle amministrazioni pubbliche S13, cui il protocollo sulla procedura per i disavanzi eccessivi riferisce la determinazione del saldo dell'indebitamento netto" Sulla necessità del raccordo con il sistema europeo dei conti nazionali per rispondere alle richieste di una corretta rappresentazione finanziaria richiesta dalla Comunità, PEREZ, *Proposte di riforma della finanza*, ivi p. 427 e già in *Le nuove misure per il contenimento della spesa pubblica*, in AA.Vv. *Le limitazioni amministrative della spesa*, Milano, 2003, p. 14 ss.

⁶¹ TRIMARCHI BANFI, *Il diritto privato dell'amministrazione pubblica*, *Dir. amm.*, 2004, p.682.

plina della trasformazione di soggetti pubblici in soggetti di diritto privato.

Mentre nella formulazione originaria si prevedeva « la trasformazione *in società per azioni o in fondazioni di diritto privato* » degli enti « ai quali non siano affidati compiti di garanzia di rilevanza costituzionale, finanziati direttamente o indirettamente a carico del bilancio dello stato o di altri enti pubblici », la nuova disposizione, oltre ad abrogare il regime dei casi di esclusione e delle condizioni di verifica, prevede (lett. b) la « trasformazione degli enti ed organismi pubblici che *non svolgono funzioni e servizi di rilevante interesse pubblico in soggetti di diritto privato* ».

Appare opportuno soffermarsi su questa precisazione a seguito dei problemi che si sono manifestati negli ultimi anni, non solo per alcune « trasformazioni » non sempre ben disciplinate in sede normativa, ma per l'incidenza, segnalata dalla Corte dei conti della « tendenza a dirottare la spesa, soprattutto di investimento, su canali paralleli (Infrastrutture s.p.a., Cassa depositi e prestiti)...» sulla stessa « rappresentatività del bilancio dello Stato » e delle conseguenze della « attività di una serie di società costituite per l'esercizio di compiti pubblici e per intero possedute dal Ministero dell'economia e delle finanze »⁶², con la sottrazione « al controllo...(di) numerose gestioni sovvenzionate dallo Stato »⁶³.

Se è stata riconosciuta, a seguito della trasformazione iniziale di enti pubblici economici in società per azioni di diritto speciale, la destinazione di queste ultime ad essere progressivamente immesse, almeno secondo il programma iniziale, sul mercato (l. 8 agosto 1992, n. 239 e l. 30 luglio 1994, n. 474) come strumento al servizio delle finanze pubbliche per alleggerire l'apparato statale e per reperire risorse⁶⁴ una funzione diversa è stata svolta dalla successiva normativa sulle

⁶² Corte conti SS.RR. in sede di controllo (rendiconto generale dello Stato per l'esercizio 2004) in BATTINI, *Osservatorio della Corte dei conti* in *Giorn. dir. amm.*, 2005, p. 982. In precedenza la stessa Corte dei conti (SS.RR. 25 giugno-14 luglio 2004), *ivi.*, 2004, p. 1033, aveva messo in rilievo che gli interventi dettati per la Patrimonio s.p.a. e la trasformazione della Casa depositi e prestiti rendono "disagevole una compiuta conoscenza dei risultati della gestione patrimoniale da parte del Parlamento". Nella stampa specializzata v. quanto aveva affermato GIARDA in un'intervista ne *Il sole/24 ore* del 10 dicembre 2004 sotto il titolo "La spesa corrente cresce del 3% reale" sulla frequenza di "interventi che non sono di sostanza: non riguardano il conto economico ma la struttura societaria del settore pubblico".

⁶³ Corte conti, determinazione 27 febbraio 2006, n. 4 in *Foro it.*, 2007, III, c. 16.

⁶⁴ Per una sintesi GIOMI, *Stabilità economica e privatizzazioni (Profili giuridici)*, op. cit., p.230ss.

trasformazioni (artt. 11 e 14, l. 15 marzo 1997, n. 5, cd. l. Bassanini) in « associazioni o in persone giuridiche di diritto privato degli enti che non svolgono funzioni o servizi di rilevante interesse pubblico... » (artt. 11 e 14, l. 15 marzo 1997, n. 59)⁶⁵.

La previsione, nell'ambito del patto di stabilità interno per gli enti pubblici (art. 28, l. 28 dicembre 2001, n. 448), della possibilità per l'esecutivo di disporre « la trasformazione in società per azioni o in fondazioni di diritto privato », esclusa (comma 2° ora abrogato) per i soli enti pubblici con funzioni di preminente interesse generale (quali la previdenza sociale a livello nazionale, la difesa e la sicurezza, la prevenzione e vigilanza per la salute pubblica e compiti di garanzia di diritti di rilevanza costituzionale), era infatti subordinata alla verifica che i servizi ... (fossero) più proficuamente erogabili al di fuori del servizio pubblico (comma 5° ora abrogato).

A sua volta l'art. 29⁶⁶ aveva autorizzato le pubbliche amministrazioni oltre che « gli enti finanziati direttamente o indirettamente a carico del bilancio dello Stato ... a costituire, nel rispetto delle condizioni di economicità di cui alla lett. a) ossia ("a condizione di ottenere conseguenti economie di gestione"), soggetti di diritto privato ai quali affidare lo svolgimento di servizi, svolti in precedenza »⁶⁷.

In questo quadro, mentre numerose, anche se non sempre coerenti con le finalità perseguite, sono state le trasformazioni in applicazione della l. Bassanini, l'unico esempio, a quanto risulta, di ricorso a questo procedimento nell'ambito della normativa del patto di stabilità, è rappresentato dalla trasformazione dell'Anas, con un provvedimento d'urgenza (d.l. 8 luglio 2002, n. 138 convertito con l. 8 agosto 2002, n. 178) che ha dato inizio ad una sequela di interventi legislativi che, oltre a legittimare un giudizio di grave sommarietà sulla tecnica legislativa del provvedimento iniziale, non sembrano ancor oggi aver dato una sistemazione definitiva al problema della natura giuridica del soggetto originato dalla « trasformazione » legale e al suo ruolo, come è stato sottolineato

⁶⁵ FRANCARIO, *Privatizzazioni, dimissioni e destinazione "naturale" dei beni pubblici*, in *Dir. amm.*, 2004, p. 94 ss.

⁶⁶ Un confronto fra le diverse letture della disposizione è in GOISIS, *Contributo allo studio delle società in mano pubblica come persone giuridiche*, op. cit., p.2 ss.

⁶⁷ Sottolinea il carattere "promozionale" e non solo "facoltizzante" della disposizione NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, op.cit. p.89.

sia con riguardo ad una corretta attività di regolazione⁶⁸ che alle note vicende del progetto di fusione Abertis-Autostrade s.p.a.⁶⁹.

Per ben comprendere le omissioni che hanno caratterizzato la trasformazione dell'ente pubblico economico Anas è opportuno considerarla nell'ambito dei diversi regimi di trasformazione previsti negli ultimi anni e del proliferare di società legali di nuova costituzione in attuazione - almeno nelle intenzioni - di una riorganizzazione « efficientistica » e strutturale della pubblica amministrazione chiamata ad « operare secondo criteri organizzativi e produttivi di mera matrice aziendalistica », con provvedimenti che non sempre hanno tenuto « in debito conto le enormi specificità (ontologiche e teleologiche) dell'esercizio della funzione pubblica »⁷⁰.

I diversi regimi adottati nella trasformazione dal pubblico al privato richiedono una considerazione del fenomeno in un ambito più generale che, prendendo spunto dalla disposizione di diritto comune dell'art. 2449 c.c., ora all'esame della Corte di giustizia⁷¹ comprende, nel richiamo alle *leggi speciali* introdotto in sede di riforma del diritto societario, oltre gli statuti particolari e i modelli organizzativi resi possibili dalla *proprietà pubblica* della partecipazione sociale⁷² con la nomina in sede extra-assembleare di amministratori e sindaci, il ri-

⁶⁸ V. nell'ambito di un'indagine di carattere economico BENFRATELLO, IOZZI, VALBONESI, *Autostrade*, in *Riv. politica. econ.*, 2006, p. 253, pubblicato anche in *Politiche di liberalizzazione e concorrenza in Italia*, a cura di Pammolli, Cambini, Giannaccari, Bologna, 2007, p.142 ss., specie p. 168-169 e, sotto il profilo giuridico, le osservazioni di MARI, *La trasformazione societaria di Autostrade s.p.a.*, in *Giorn. dir. amm.*, 2007, p.78.

⁶⁹ SCARPA, *Lo strano caso di Autostrade-Abertis (una Love story dal finale aperto)*, in *Merito concorrenza regole*, 2007, p.88.

⁷⁰ E. BONELLI, *Efficienza e sistema dei controlli tra Unione europea e ordinamento interno*, op.cit., p. 40.

⁷¹ Ma v. già sul punto le conclusioni dell'avvocato generale Poireres Maduro del 7 settembre 2006 (cause riunite C-463/04 e C-464/04)

⁷² Diverso era l'ipotesi disciplinata dall'art. 2450 c.c., ora abrogato (art. 3, comma primo d.l. 15 febbraio 2007, n. 10 convertito con l.6 aprile 2007, n.46) in forma forse intempestiva in applicazione esclusivamente "tattica" delle previsioni comunitarie che, in relazione alla "natura" dell'attività svolta dalla società e non alla titolarità pubblica della partecipazione sociale poteva forse acquisire un suo spazio nella dimensione comunitaria nell'indirizzo tracciato dalla Corte Ce a tutela dei principi della libera circolazione dei capitali e del diritto di stabilimento con le note decisioni in tema di "golden share" (causa C-503/99 del 4 giugno 2002 contro il Belgio e la recente decisione del 28 settembre 2006 contro l'Olanda cause riunite C-282/04 e C-283/04 sulla quale v. FRENI, *Golden share, ordinamento comunitario e liberalizzazioni asimmetriche: un conflitto irrisolto*, in *Giornale. Dir. amm.*, 2007, p. 145 ss.).

corso a tecniche alternative a tutela dell'interesse pubblico quali i « poteri speciali »⁷³ nei limiti indicati dalla Corte di giustizia per la cd. «golden share virtuosa»⁷⁴ o la previsione, di più recente introduzione (commi 381°-384°, l. 23 dicembre 2005, n. 266) di un aumento riservato di capitale di dubbia legittimità comunitaria⁷⁵ per la sostanziale espropriazione nei confronti dei soci privati⁷⁶.

b) In particolare: esistenza di un « alto indice di autonomia finanziaria »

Alla formula iniziale della l. 8 agosto 1992, n. 359 sono seguite, in attuazione della delega per la trasformazione « in associazioni o in persone giuridiche di diritto privato degli enti che non svolgono funzioni o servizi di rilevante interesse pubblico...» (artt. 11 e 14, l. 15 marzo 1997, n. 59) 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) in società per azioni controllate, almeno nella fase iniziale, dal Tesoro.

Elementi di specialità della forma di organizzazione pubblica sono rappresentati dal richiamo alla lucratività causale della « societarizzazione » e, in alcune fattispecie, dal divieto di circolazione delle partecipazioni sociali che impedisce di considerare lo Stato azionista l'anello intermedio tra lo stato imprenditore e l'azionista privato con i possibili riflessi dell'attività istituzionale sull'oggetto sociale.

Sotto il primo profilo l'art. 14, lett. b), l. n. 59 del 1997 nel prevedere la delega al governo per la « trasformazione in ente pubblico economico o in società di diritto privato *di enti ad alto indice di autonomia finanziaria* » individua un elemento la cui esistenza appare condizione

⁷³ Da ultimo, ampiamente, SPATTINI, *Poteri pubblici dopo la privatizzazione (Saggio di diritto amministrativo dell'economia)*, Torino, 2006, p. 197 ss.

⁷⁴ BALLARINO- BELLODI, *La golden share nel diritto comunitario*, in *Riv. soc.*, 2004, p. 37; per un aggiornamento da ultimo v., SACCO GINEVRI, *La nuova golden share: L'amministratore senza diritto di voto e gli altri poteri speciali*, in *Giur. comm.*, 2005, II, p. 708 ss.; CAGGIANO, *Il quadro giuridico comunitario per lo sviluppo di imprese europee di servizi di interesse economico generale*, in *L'impresa europea di interesse generale* a cura di G. P. Rossi, Milano, 2006.

⁷⁵ D'ATTORRE, *Il principio di eguaglianza tra soci nelle società per azioni*, Milano, 2007, p.137.

⁷⁶ G. ROSSI, *La legge sulla tutela del risparmio e il degrado della tecnica legislativa*, in *Riv. soc.*, 2006, p. 20.

di legittimità, della trasformazione stessa.

La formula utilizzata, pur nelle incertezze per la sua novità, ha permesso di cogliere nella previsione sia pur «- non senza fatica - il criterio che dovrebbe presiedere alla scelta fra il modello della società, da una parte, e i modelli dell'associazione e della fondazione, dall'altra; il primo destinato - sembrerebbe - ad iniziative di tipo imprenditoriale ... gli altri due più appropriati ad enti cui sono affidati compiti ... non imprenditoriale »⁷⁷.

Tuttavia, solo nel caso del Poligrafico dello stato il provvedimento di trasformazione è stato subordinato, nel collegamento funzionale tra forma societaria e sostanza dell'ente, alla « verifica dei necessari requisiti economici e patrimoniali » e all'approvazione da parte del Tesoro «di un piano triennale d'impresa» (art. 1, comma 1°, d.lgs. 21 aprile 1999, n. 116) al quale corrispondeva, per il rispetto della trasparenza delle relazioni finanziarie fra stato e impresa pubblica, il vincolo della « separazione contabile o societaria » (v. anche art. 8, comma 2° *bis*, l. 10 ottobre 190, n. 287) tra le attività da « affidarsi in esclusiva, nel rispetto della normativa comunitaria » e le « attività o produzioni dedicate al mercato » (art. 11, comma 5°).

Le diverse condizioni previste per le altre trasformazioni, oltre ad incidere sulla funzionalità degli organismi societari, sono invece in grado di influenzare, come nel caso dell'Acquedotto pugliese s.p.a., il giudizio sulla natura del soggetto trasformato in una situazione dove, sia le modalità di redazione del « valore di stima » per la determinazione dell'ammontare definitivo del capitale sociale, sia il regime legale della sua organizzazione con la costituzione di distinti « rami d'azienda » per gestire i « servizi idrici integrati », confermano una perdurante funzione della società di rilevante interesse pubblico.

c) Trasformazione dell'Anas e mancanza del piano finanziario

A questi due primi gruppi di norme è infine seguita con la l. 28 dicembre 2001, n. 448 (art. 28) la previsione, nell'ambito del patto di stabilità interno, di una trasformazione degli enti pubblici che riflette

⁷⁷ IBBA, *La tipologia delle privatizzazioni*, op.cit., p. 470. Concorda con questa valutazione GOISIS, *Contributo allo studio*, op. cit., p.144 quando conclude che la forma societaria non può "essere per nulla slegata dalla sostanza dell'ente e dunque puramente astratta e neutra. Essa deve invece essere consequenziale ad una realtà sostanziale: l'autonomia finanziaria che, attraverso la forma della società...o dell'ente pubblico economico, aspira a strutturarsi come vera e propria impresa".

un diverso utilizzo della tecnica delle norme speciali nella riorganizzazione dei pubblici poteri.

Si è in presenza di una situazione nella quale non è più sufficiente l'intento di mantenere un'influenza e un controllo sull'ente trasformato ma dove alla specialità del regime societario si accompagna un regime giuridico dei beni pubblici attribuiti alla società che « hanno la stessa sostanza dei beni appartenenti agli enti non territoriali organizzati in forma pubblicistica»⁷⁸.

Dato l'inserimento della trasformazione in una riforma di sistema era questa, con tutta probabilità, l'occasione per realizzare un modello societario che, pur vincolato ad interessi pubblici, rispondesse alla richiesta di pervenire, come è stato sottolineato in sede generale, ad un ente « caratterizzato da economicità oggettiva, ma meno legato causalmente all'interesse lucrativo e alla struttura che ne discende »⁷⁹, tenendo presente che l'applicazione a determinate attività del diritto amministrativo « rappresentato dalla disponibilità e dalla svendita di fondi pubblici »⁸⁰ circoscrive lo spazio delle regole a tutela di un interesse pubblico nella disciplina di uno strumento di diritto privato.

E sotto questo aspetto che va considerata, in connessione alle modifiche intervenute nel ruolo istituzionale di Infrastrutture s.p.a., la trasformazione legale dell'ente pubblico economico Anas, in società per azioni.

Le limitate modifiche apportate in sede di conversione del decreto legge (art. 7, l. 8 agosto 2002, n. 178), oggetto di una immediata critica della Corte dei conti nella relazione per l'anno 2003 per l'impossibilità di una ricostruzione unitaria⁸¹ sono state seguite, nell'immediato, da una serie di sostanziali innovazioni nella disciplina dell'ente, prima in sede di legge finanziaria (art. 76, l. 27 dicembre 2002, n. 289),

⁷⁸ V. i contributi di NAPOLITANO, (*"Il Patrimonio della Stato s.p.a. tra passato e futuro: verso la scomposizione del regime demaniale e la gestione privata dei beni pubblici?"*) e RENNA (*"Beni "pubblici" degli enti "privatizzati"*) in *Titolarità pubblica e regolazione dei beni* in *Annuario 2003* dell'Associazione dei professori di diritto amministrativo, Milano, 2004, p.251 ss.

⁷⁹ OPPO, *Patrimonio dello Stato e società per azioni*, op. cit., p.505.

⁸⁰ STELLA RICHTER, *Dall'ente pubblico all'ente a legittimazione democratica necessaria*, in *Foro amm. (CdS)*, 2002, p. 3301.

⁸¹ La Corte ha contestato, fin dall'inizio oltre l'aspetto delle entrate "proprie" dell'ente il ruolo di regolazione e di controllo sulle concessionarie e di operatore nazionale per la realizzazione delle grandi infrastrutture, suggerendo "che le funzioni di regolazione e di controllo siano ricollocate in ambito ministeriale".

poi in occasione di un provvedimento « *omnibus* » dedicato a « misure di contrasto all'evasione fiscale e disposizioni urgenti in materia tributaria e finanziaria » (art. 4, comma 117°, l. 24 dicembre 2003, n. 350) per pervenire infine a quello che sembrava essere l'assetto definitivo (art. 6, l. 2 dicembre 2005, n. 248 in sede di conversione del d.l. 30 settembre 2005, n. 203), anche se nella l. finanziaria 2007 è contenuto l'espresso riconoscimento della necessità di un nuovo piano finanziario (comma 1018°, l. 27 dicembre 2006, n. 296).

Le linee di evoluzione del sistema, anche se non sempre coerenti con il procedimento di trasformazione iniziale sono delineate nella stessa legge finanziaria (comma 979°) quando le funzioni di soggetto concedente di Anas s.p.a. per l'autostrada Pedemontana sono trasferite « ad un soggetto di diritto pubblico...appositamente *costituito in forma societaria* e partecipato dalla stessa Anas e dalla regione Lombardia o da soggetto da essa interamente partecipato » accentuando, nell'attenzione per una proclamata « imprenditorializzazione » dell'attività, le caratteristiche istituzionali del nuovo soggetto con il riconoscimento normativa della società per azioni-ente pubblico.

Considerando nel suo complesso il processo di trasformazione in società per azioni dell'Anas va sottolineata, oltre alla deroga al criterio di stima dei conferimenti in natura che ha visto, in questo come in altri casi, affidato al Ministro dell'economia il compito « imponente »⁸², di stabilire «modalità e valori della iscrizione in bilancio », fonte di scelte non sempre avvertite nei loro effetti sulla disciplina della società, la previsione di un regime iniziale di inalienabilità delle partecipazioni sociali, una volta esclusa la possibilità di applicare, in favore dei creditori sociali, l'art. 2362 c.c. nella formula ante riforma societaria.

Il regime di inalienabilità trovava la sua giustificazione in una disciplina solo parziale del rapporto concessorio da parte del legislatore d'urgenza, corretto solo in parte dall'art. 76 della successiva legge finanziaria che, oltre ad attribuire « nell'ambito della convenzione di concessione ... all'Anas per le strade ed autostrade ad essa affidate ... i diritti e i poteri dell'ente proprietario » aveva radicalmente innovato il sistema introdotto con il decreto legge.

La società era stata infatti autorizzata come avvenuto in altri privatizzazioni, « a costituire, a valere sul proprio netto patrimoniale, un

⁸² OPPO, op. ult. cit., p. 499.

fondo speciale di importo pari alla somma del valore netto della rete autostradale e stradale ... e del valore dei residui passivi ... » destinato alla copertura « degli oneri di ammortamento, anche relativamente ai nuovi investimenti e al mantenimento della rete stradale e autostradale nazionale, nonché alla copertura degli oneri inerenti l'eventuale ristrutturazione societaria » (comma 1° *quater*).

La costituzione di un fondo *ex lege* per imputare al conto economico dell'esercizio di competenza componenti negative di reddito per un onere che avrebbe dovuto manifestarsi concretamente negli esercizi successivi richiama l'attenzione sulla mancanza, nel procedimento di trasformazione, di un quadro di riferimento in termini di economicità aziendale dell'intera operazione di trasformazione.

Diretto è il raffronto con quanto avvenuto per F.S. s.p.a. dove l'istituzione di un fondo « di ristrutturazione di importo pari al valore netto dell'infrastruttura risultante dal bilancio al 31 dicembre 1997 » era stata prevista (art. 43, comma 5°, l. 23 dicembre 1998, n. 448, intitolata « Misure di finanza pubblica per la stabilizzazione e lo sviluppo ») in attesa della « valutazione del ramo d'azienda Gestione delle infrastrutture » da parte del Ministero del Tesoro.

In questo caso la costituzione del fondo trovava la sua giustificazione nel d.p.r. 8 luglio 1998, n. 227 che, in attuazione della dir. Ce 91/440 aveva precisato « i conti del gestore dell'infrastruttura ferroviaria devono presentare un *tendenziale equilibrio* tra i ricavi derivanti dalla riscossione dei canoni ... e i contributi pubblici da definirsi nel contratto di programma ... da un lato e i costi relativi alla gestione dell'infrastruttura al netto degli ammortamenti dall'altro »⁸³.

Nella ricerca delle fonti di approvvigionamento economico-finanziarie, necessarie a garantire la sopravvivenza di una società di capitali si collocava, come già si è avuto occasione di ricordare, l'art. 6 *ter*, l. 2 dicembre 2005, n. 248 che, prevedeva la possibilità per l'Anas di « subconcedere » a seguito di atto di indirizzo, a società da essa costituite « i compiti » (dalla costruzione alla gestione) che le erano stati « affidati » su « tratte stradali o autostradali assoggettate o assoggettabili a pedaggio

⁸³ La mancanza di un piano d'impresa quale condizione per la trasformazione appare ancor più strana per la presenza nella stessa norma nel riassetto dei Coni (art. 8 d.l. 8 luglio 2002, n. 138) della previsione di successivi apporti al capitale sociale "stabiliti...tenuto conto del piano industriale della società...dal Ministro per l'Economia...", ed era in grado di riflettersi in una contestazione a livello comunitario per aiuti indebiti dello stato.

reale o figurativo » (o « virtuale » nella previsione dell'art. 2, comma 4°), comunque non a carico degli utenti. Previsione questa non solo scarsamente funzionale, come riconosciuto dallo stesso Ministro *pro tempore*⁸⁴, ma tale da incidere sulla ricostruzione del pedaggio, considerato esempio *ante litteram* di finanza di progetto del bene autostradale⁸⁵ « contenitore » di mercati rilevanti⁸⁶.

La riorganizzazione aziendale *ex lege* si completa oggi con la possibilità per il Ministro delle infrastrutture, titolare della programmazione degli interventi per un « progressivo miglioramento adeguamento e implementazione della rete delle strade e autostrade statali » (art. 1, comma 2°) di avvalersi, con un contratto di servizio, delle strutture dell'Anas s.p.a. tramite una società da questa costituita con il conferimento del relativo « ramo d'azienda ».

L'ingerenza del Ministero trascende, infine, ancora una volta le funzioni di programmazione con la disciplina delle « modalità con cui l'Anas s.p.a. procede *alla gestione* o alla cessione della partecipazione, ovvero della partecipazione di maggioranza delle società subconcessionarie ...» (art. 2, comma 4°) e delle « *modalità di gestione ... delle partecipazioni* possedute dall'Anas s.p.a. in concessionarie autostradali », andando ben al di là della valutazione dell'« eventuale trasferimento anche a società all'uopo costituite » (art. 2, comma 4°, ult. cpv.) e dell'individuazione delle « modalità di designazione degli organi sociali in sede di costituzione delle nuove società » cui subconcedere la gestione di tratte stradali o autostradali.

4. Costituzione delle società di origine legale Patrimonio s.p.a. e Infrastrutture s.p.a. (artt. 7 e 8, l. 15 giugno 2002, n. 11 e trasformazione della Cassa depositi e prestiti (art. 5, l. 24 novembre 2002, n. 326)

Alle perplessità sul condizionamento, a tutela degli interessi generali di un sistema a rete⁸⁷, dell'autonomia gestionale di una società di

⁸⁴ Cfr. le dichiarazioni del Ministro Siniscalco in *Il sole/24 ore* del 9 giugno 2005.

⁸⁵ SCOTTI CAMUZZI, *Il project financing nel settore pubblico*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2002, I, p. 5.

⁸⁶ AMOROSINO, *I beni autostradali*, in *Titolarità pubblica e regolazione dei beni*, op. cit., p. 58.

⁸⁷ Per un esame dei problemi di "dimensione minima efficiente" nel settore in relazione della delega della regolazione tariffaria all'Anas s.p.a. non adeguatamente at-

capitali ad auto-organizzarsi corrispondono ulteriori dubbi quando si consideri in modo unitario il regime delle società legali Patrimonio s.p.a. e Infrastrutture s.p.a. (artt. 7 e 8, l. 15 giugno 2002, n. 112).

Fin dal momento della loro costituzione, sempre in sede di decretazione d'urgenza, era stato posto, oltre ad un problema di costituzionalità negli assetti della pubblica amministrazione, la questione della natura giuridica delle nuove strutture, destinate rispettivamente alla « valorizzazione, gestione ed alienazione del patrimonio dello Stato nel rispetto dei requisiti e delle finalità proprie dei beni pubblici » e a finanziare « in via sussidiaria ... le infrastrutture e le grandi opere pubbliche, purché suscettibili di utilizzazione economica ».

In sede di audizione avanti le Commissioni bilancio e Finanze della camera, la Corte dei conti aveva contestato l'intreccio societario nel quale si profilava « il rischio di un annebbiamento del controllo e di una diluizione della trasparenza in un settore così delicato del patrimonio dello stato » individuando i rischi non giustificati di un suo impoverimento e le « difficoltà insormontabili per una compiuta resa del conto anche nei suoi effetti patrimoniali, dovuta al Parlamento ».

Anche se la vicenda di « Infrastrutture s.p.a. » si è ormai conclusa con la sua estinzione per fusione per legge (la società, era infatti soggetta ad un regime di scioglimento coattivo ai sensi dell'art. 12 ,comma dodicesimo, « la società non può sciogliersi se non per legge ») merita ricordare alcune previsioni della sua disciplina legale che, oltre a far dubitare della natura di soggetto di diritto privato della società, possono fungere da indice per una ricostruzione di maggior efficacia rispetto ai parametri richiamati dalla giurisprudenza amministrativa⁸⁸.

Se la nomina dei componenti degli organi sociali (art. 8, comma 5°) da parte del Ministro dell'economia era accompagnata, secondo lo schema di diritto comune delle società, dalla « delega dei poteri ... a un comitato esecutivo o a uno o più dei suoi membri », su questo meccanismo si era innestato il potere del Ministro di formulare volta

trezzata v. le osservazioni di COCO e PONTI, *Riflessioni per una riforma della regolazione nel settore autostradale*, in *Le virtù della concorrenza (Regolazione e mercato nei servizi di pubblica utilità)* a cura di De Vincenti-Vigneri, Bologna, 2006, p. 312.

⁸⁸ Hanno affermato la natura della società di ente strumentale dello Stato RENNA, *La regolazione amministrativa dei beni a destinazione pubblica*, op. cit., p. 164; D'OTTAVI, *I profili storici in La società per azioni quale forma attuale di gestione dei servizi pubblici (La società per azioni per gli enti locali)*, a cura di Mele; parla di natura "ibrida" DUGATO, *Ruolo e funzioni di Infrastrutture s.p.a.*, in *Titolarità pubblica e regolazione dei beni*, op. loc. cit.

per volta (« con uno o più decreti ») « le linee direttrici per l'operatività della società » realizzando un modello di governo dall'esterno, tale da incidere sull'autonomia dell'iniziativa dell'esercizio di impresa.

Indicative dell'alternatività dei ruoli affidati a Infrastrutture s.p.a. nell'ambito della pubblica amministrazione erano sia la norma che incardinava nel Ministero delle Infrastrutture « la funzione di vigilanza e controllo sull'attuazione della concessione » del sistema alta velocità/alta capacità, « anche nell'interesse di Infrastrutture » nel suo ruolo di soggetto finanziatore perseguito con la costituzione di patrimoni separati, sia il trasferimento (comma 450°, art. 1, l. 30 dicembre 2004, n. 311) « a prezzi di mercato » di tratti di rete stradale nazionale « assoggettabili a pedaggio figurativo, comunque non a carico degli utenti ».

A sua volta la trasformazione della Cassa depositi e prestiti (art. 5, l. 24 novembre 2002, n. 326), oltre a collocarsi nel quadro delle modifiche strutturali dell'organizzazione pubblica in società ad origine legale dettate da politiche di bilancio⁸⁹, si è riflessa nella correzione dell'andamento dei conti pubblici sulla stessa « significatività del conto generale del patrimonio »⁹⁰.

Alla duplicità di compiti previsti in sede legislativa (finanziamento dello Stato e degli enti pubblici con il beneficio della garanzia dello Stato e finanziamento delle opere, degli impianti, delle reti destinate alla fornitura di servizi pubblici, raccogliendo fondi « esclusivamente » presso investitori istituzionali) in grado di incidere sia sulla qualificazione di società ad origine legale come soggetto incaricato della cura di interessi generali che sulla sua organizzazione⁹¹, corrisponde nello statuto una serie di previsioni che, in attuazione dei principi della riforma societaria, tendono a tutelare gli interessi dei soggetti (fondazioni cd. « ex bancarie ») chiamati a partecipare alla società.

Per la realizzazione della prima attività è prevista (comma 8°) l'istituzione di « un sistema separato ai soli fini contabili e organizzativi », con

⁸⁹ SALVEMINI, *Politiche di bilancio e regole europee: una riflessione aperta*, in *Econ it.*, 2003, p. 374

⁹⁰ V. Corte conti, ult. cit.

⁹¹ NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, op. cit. p. 179; MUCCIARELLI, *Ma cos'è diventata la Cassa depositi e prestiti?*, in *Mercato concorrenza regole*, 2004, p. 35 ss. Sulla presenza nell'attività della Cassa dei caratteri propri dell'attività bancaria sotto il profilo sia della raccolta, svolta attraverso la struttura delle Poste, sia degli impieghi, rappresentati dall'erogazione di finanziamenti COSTI, *L'ordinamento bancario*, Bologna, 2007, p. 224.

l'esclusione del regime della separazione patrimoniale⁹² in una gestione che, condotta «secondo criteri di trasparenza e di salvaguardia dell'equilibrio economico» è soggetta ad un potere del Ministro dell'economia che, anche se qualificato di indirizzo (comma 9°), incide concretamente sull'esercizio dell'attività sociale.

Sembra inoltre confliggere con le caratteristiche di autonomia della destinazione e disponibilità di mezzi patrimoniali il vincolo all'attività sociale in settori estranei al finanziamento in favore di soggetti pubblici, come avviene per la gestione delle partecipazioni pubbliche (azioni Eni, Enel, Poste italiane) che, trasferite alla CDP ed assegnate alla gestione prevista per la prima attività (art. 7, lett. a) sono *soggette ai « criteri di gestione »* del Ministero cedente (lett. d), comma 11°).

Come è stato osservato, la titolarità del Ministro dell'economia del potere di indirizzo della gestione separata e di determinarne i criteri oltre a sollevare, per la presenza nella Cassa delle fondazioni, i problemi propri della società per azioni in mano pubblica di diritto comune, si traduce nel problema della responsabilità di « società o enti » per abuso dell'attività di direzione e coordinamento di società⁹³.

L'indicazione puntuale dei criteri di gestione delle partecipazioni,

⁹² Il fenomeno della separatezza contabile ed organizzativa nella disciplina dell'attività ricorre anche nella trasformazione in società per azioni della Sace (art. 61. 24 novembre 2002, n. 326) dove alle "funzioni" in materia di assicurazione e garanzia dei rischi non di mercato (art. 6, comma 9°) assistite da garanzia dello stato si contrappone la possibilità di esercitare, nel rispetto di questa separatezza e della disciplina delle assicurazioni private (comma tredicesimo) "attività assicurativa e di garanzia dei rischi di mercato, come definiti dalla disciplina dell'Unione europea". (comma dodicesimo).

La duplicità dei compiti si riflette sull'organizzazione societaria del modello legale delle società nel settore assicurativo mettendo in evidenza la *fungibilità delle tecniche* che la Sace può adottare sostituendo la contabilità separata con la costituzione di una società per azioni dove la sua partecipazione, non inferiore al trenta per cento "non può essere sottoscritta" con i crediti conferiti in conto capitale all'atto della trasformazione (comma dodicesimo).

Il rispetto di un'autonomia funzionale nel livello di specialità dell'organizzazione societaria che ricorda per alcuni aspetti il regime della Simest, società legale per la promozione della partecipazione a società ed imprese miste all'estero (l. 24 aprile 1990, n.100) trova conferma nella legittimazione della Sace a "concordare" con questa società "l'esercizio coordinato dell'attività" di acquisizione di "partecipazioni in società estere in casi direttamente e strettamente collegati all'esercizio dell'attività assicurativa e di garanzia ovvero per consentire un più efficace recupero degli indennizzi erogati" (comma quattordicesimo). (v. per alcuni punti di contatto il regime per l'Anas, all'epoca ente pubblico previsto dall'art.2, comma 4° d.lgs. 26 febbraio 1994, n. 143).

⁹³ PORTALE, *Fondazioni "bancarie" e diritto societario*, in *Riv. soc.*, 2005, p. 33.

incidendo sui poteri del consiglio di amministrazione, sembra in definitiva quasi indicare con la riduzione della capacità operativa dell'organo, anche nella composizione integrata, una sua minore legittimazione nell'attività di gestione, quasi come reazione ad una trasformazione intesa talvolta come « fuga » dal diritto pubblico⁹⁴.

Ma la delimitazione della gestione separata ai soli fini organizzativi e contabili, oltre a non consentire « una imputazione differenziata di decisioni e responsabilità né all'interno della CDP né nei confronti dei terzi »⁹⁵ indica anche che il potere d'indirizzo non può essere richiamato come condizione d'esenzione da responsabilità per le decisioni dell'organo di amministrazione giacché la contrapposizione tra esercizio dei diritti dell'azionista di maggioranza (lo Stato) e potere di indirizzo si traduce, nella conformazione a quest'ultimo, in assunzione di responsabilità degli amministratori quando assumono « come proprie, ad ogni effetto, le relative decisioni »⁹⁶.

La qualificazione *ex lege* della CDP come intermediario finanziario e l'applicazione nei suoi confronti della relativa disciplina (art. 107, d.lgs. 1° settembre 1993, n. 385) « sia per le caratteristiche del soggetto vigilato che per la specialità di disciplina della gestione separata », se ha permesso di ipotizzare che la sottrazione della Cassa alla disciplina delle banche « nonostante la sua natura oggettivamente bancaria » possa consentirle « in futuro di svolgere il ruolo di holding pubblica »⁹⁷, lascia impregiudicata la questione se l'adozione della forma societaria sia sufficiente ad escludere la natura pubblica dell'ente⁹⁸ o se possa ancora affermarsi, per le modalità organizzative previste nel processo di trasformazione, la presenza di un unico soggetto⁹⁹.

⁹⁴ V.le conclusioni di ATELLI, *La giurisdizione della Corte dei conti sulle società a partecipazione pubblica nell'età della fuga verso il diritto privato*, in AA.VV. *Giurisdizione della Corte dei conti e responsabilità amministrativo-contabile a dieci anni dalle riforme*, Napoli, 2005, p. 119.

⁹⁵ TORCHIA, *Parere sull'assetto della governance della Cassa depositi e prestiti e sui poteri del Ministro dell'economia e delle finanze*, reso in data 9 luglio 2004, richiamato da Portale, op. cit., p. 35; sub nota 30.

⁹⁶ PORTALE, op.cit., p.33.

⁹⁷ MUCCIARELLI, *Ma cos'è diventata la Cassa depositi e prestiti?*, op.cit., 37; DELLA CANNANA, *La società per azioni Cassa depositi e prestiti*, in *Giorn. dir. amm.*, 2003, p.366.

⁹⁸ IBBA, *Società pubbliche e riforma del diritto societario*, in *Riv. soc.*, 2005, p.22.

⁹⁹ Sul significato di autonomia e separazione G. OPPO, *Sulla "autonomia" delle sezioni di credito speciale*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1979, I, p. 1 ss.; nell'ambito di un più recente dibattito,

5. Cartolarizzazione del patrimonio immobiliare pubblico e natura della società veicolo Scip s.r.l. nell'interpretazione del Consiglio di Stato

Nel procedimento di cartolarizzazione del patrimonio immobiliare pubblico la funzione della società veicolo, società di diritto speciale indipendentemente dalla partecipazione di un socio pubblico, ne ha giustificato l'inquadramento fra le società anomale in quanto il suo fine non è la distribuzione degli utili ai soci ma il perseguimento di finalità pubbliche ad esse esterne¹⁰⁰.

L'accertamento della sua natura per verificare se essa sia effettivamente privata, condizione necessaria per evitare un ulteriore aggravio per i conti pubblici¹⁰¹, è stata oggetto di un significativo *revisement* nella più recente giurisprudenza del Consiglio di Stato¹⁰² rispetto ad un precedente orientamento¹⁰³, sulla base della vincolatività delle procedure per la valorizzazione del bene immobile¹⁰⁴.

A. ZOPPINI, *Autonomia e separazione del patrimonio, nella prospettiva dei patrimoni separati della società per azioni*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p. 549 ss; SPADA, *Persona giuridica e articolazioni del patrimonio: spunti legislativi recenti per un antico dibattito*, ivi, 2002, I, p. 842 ss.

¹⁰⁰ TOMBARI, *Profili organizzativi della "società veicolo" nella legge sulla privatizzazione e valorizzazione del patrimonio immobiliare pubblico*, in *La cartolarizzazione del patrimonio immobiliare pubblico* a cura di Morbidelli, Torino, 2004, p.231; GIANNELLI, *Profili societari della cartolarizzazione in La cartolarizzazione del patrimonio immobiliare degli enti pubblici (esperienze e prospettive)* a cura di Ferrari, Milano, 2006, p. 117 ss.

¹⁰¹ GIOMI, *Stabilità economica e privatizzazioni*, op. cit., p. 275.

¹⁰² Cons. Stato, sez. IV, 31 gennaio 2006, n. 308, in *Giorn. dir. amm.*, 2006, p. 622 con nota di GOISIS, *La giurisdizione sugli atti di selezione degli acquirenti da parte di Scip s.r.l.* La decisione è stata confermata da Cass. sez. un. 12 marzo 2007, n. 5593 che non si è peraltro soffermata "sulle questioni relative alla natura pubblicistica o privatistica dei rapporti della società Scip con lo Stato e gli enti pubblici già proprietari dei beni da privatizzare". Sul punto sia permesso di rinviare anche SANTONASTASO, *Società di diritto speciale ed esercizio di funzioni pubbliche*, in *Studi in onore di V. Caianello*, Napoli, 2007, p. 530 ss.

¹⁰³ Cons. Stato, sez. III, 8 luglio 2003, n. 2342.

¹⁰⁴ Di obiettiva rilevanza per una valutazione complessiva del fenomeno sono le osservazioni della Corte conti nelle "Analisi dei risultati delle cartolarizzazioni" del 9 gennaio 2006 (deliberazione n. 4/2006/G), trasmesse alla Presidenza della Camera e del Senato in data 31 marzo con particolare accentuazione all'aspetto dei costi, sottolineato in precedenza da CIOCIA, *La dismissione del patrimonio immobiliare pubblico*, Napoli, 2004, p. 145, specie per quanto attiene la scarsa trasparenza delle operazioni di cartolarizzazione e la cd. sovracollateralizzazione. Già COSTI, *Dismissione del patrimonio immobiliare pubblico e mercato finanziario in La cartolarizzazione del patrimo-*

All'affermazione, in sede di accertamento della giurisdizione, che gli atti della procedura di vendita sono « espressione di attività pubblicistica provvedimentale » ha fatto seguito il riconoscimento della natura « formalmente privatistica » delle società di cartolarizzazione per il loro « carattere strumentale rispetto al perseguimento di finalità pubblicistiche e l'esistenza di una disciplina derogatoria rispetto a quella propria dello schema societario ».

Ripercorrendo l'*iter* di questa giurisprudenza che, contrapponendo una pubblicità « sostanziale » ad una pubblicità « formale » configura un uso anomalo della natura privata del soggetto « in quanto strumento di elusione di norme imperative pubblicistiche »¹⁰⁵, la mancanza di autonomia « nella posizione funzionale della Scip e nell'esercizio dell'attività demandata dal legislatore » è stata collegata alle indicazioni del Ministero dell'economia, nel trasferimento a titolo oneroso del bene immobile, sul prezzo di cessione, sulle modalità di pagamento, sulle caratteristiche dell'operazione di cartolarizzazione e della procedura di vendita degli immobili trasferiti¹⁰⁶.

Circostanze queste che hanno portato a riconoscere, al di là della formale qualificazione della Scip « come persona giuridica privata in quanto società a responsabilità limitata ...», il suo «carattere strumentale ... rispetto al perseguimento di finalità pubblicistiche (... in forza di poteri autoritativi delegabile dalla p.a. e nella fedele esecuzione di disposizioni e provvedimenti da questa emanati) »¹⁰⁷ in collegamento ad una « disciplina derogatoria rispetto a quella propria dello schema societario, sintomatica, in particolare, della strumentalità della società rispetto al conseguimento di finalità pubblicistiche ».

nio immobiliare pubblico, op.cit., p. 98 aveva osservato che anche se alla costituzione della Scip partecipi un soggetto terzo la società la società "è da ritenere sempre controllata dal Ministero dell'Economia (e in effetti soci di Scip sono due fondazioni olandesi che l'hanno costituita su mandato del Ministero dell'Economia)".

¹⁰⁵ GOISIS, *La giurisdizione sugli atti di selezione*, op. cit., p. 633.

¹⁰⁶ Per una descrizione del contenuto dei decreti ministeriali TERRACCIANO, *Il demanio quale strumento di finanza pubblica*, Torino, 2003, p.179; CANTARELLI, *Cartolarizzazioni e mercato: la cartolarizzazione nell'esperienza del Tesoro*, in *La cartolarizzazione del patrimonio immobiliare degli enti pubblici*, op. cit., p. 55 ss.

¹⁰⁷ Ha osservato R. QUADRI, *La destinazione patrimoniale (profili normativi e autonomia privata)*, Napoli, 2004, p. 69 come analogamente a quanto avviene "in relazione alla cartolarizzazione dei crediti d'imposta e contributivi,...il rilievo pubblicistico del soggetto cedente - anche se in tale circostanza, lo Stato cede beni immobili e non crediti - finisce per connotare tutta l'operazione".

Se il ragionamento del Consiglio di Stato rispetta ancora nelle sue premesse, nonostante l'indubbio valore innovativo di questa argomentazione, i criteri seguiti dalla precedente giurisprudenza sugli indici di qualificazione delle società nella trasformazione di enti pubblici economici in quanto « strettamente funzionalizzate al perseguimento delle finalità di interesse pubblico », perplessità sorgono, a fronte di una ricostruzione così ricca di implicazioni sotto il profilo del metodo, sulla rilevanza riconosciuta all'« oggetto esclusivo » rappresentato dalla realizzazione di un'operazione di cartolarizzazione e alla disciplina derogatoria rispetto al diritto comune delle società.

Considerare elemento decisivo per la natura pubblica della società l'indicazione nel decreto ministeriale di « società veicolo », ritenendo la circostanza atta ad identificare l'« ente societario ... mezzo e strumento per la realizzazione delle politiche e delle finalità dal legislatore dettate all'amministrazione », non solo significa negare il ruolo proprio della « società veicolo » nel procedimento di cartolarizzazione¹⁰⁸, ma fa reagire sul giudizio di qualificazione del soggetto la sua natura di strumento istituzionale (art. 3, l. n. 130 del 1999, primo comma, « la società cessionaria o la società emittente titoli se diversa dalla società cessionaria, hanno *per oggetto esclusivo* la realizzazione di una o più operazioni di cartolarizzazione dei crediti »).

La ricostruzione operata dal Consiglio di Stato sulle caratteristiche pubblicistiche della procedura di vendita non solo rendeva superfluo questo esame ma la disciplina richiamata non apporta alcun elemento a favore della natura pubblicistica del soggetto, in quanto le caratteristiche di specialità della Scip sono proprie della società veicolo intesa come strumento funzionale operante con carattere di generalità.

Non sono dunque le connotazioni tipiche, proprie del procedimento di cartolarizzazione, a dare alla società veicolo una qualificazione pubblicistica ma è il perseguimento delle finalità pubbliche, ad essa esterne,

¹⁰⁸ GIANNELLI, *La società per la cartolarizzazione dei crediti: questioni regolamentari e profili di diritto societario e dell'impresa*, op. cit. p. 945; DI CIOMMO, *I soggetti che svolgono operazioni di cartolarizzazione e la separazione patrimoniale*, in *La cartolarizzazione dei crediti in Italia*, a cura di R. Pardolesi, Milano, 1999, p. 51; BESSONE, *Cartolarizzazione dei crediti. "Soggetti", disciplina delle attività, garanzia di pubblica vigilanza*, in *Dir. banca e merc. fin.*, 2002, I, p.11; VALENTINO, *Le cessioni dei crediti. Il factoring e la cartolarizzazione*, Napoli, 2003, p. 222.

rappresentato dalla dismissione del patrimonio immobiliare pubblico¹⁰⁹.

Le incertezze sul punto sono ad esempi palesi non solo per il richiamo alla costituzione della società, circostanza di per sé, insufficiente a procedere in termini di qualificazione, e alla normativa secondaria non in grado, per sua natura, di pubblicizzare le Scip¹¹⁰ ma quando, con riguardo al versamento del capitale sociale alle fondazioni di diritto olandesi, si conclude, probabilmente solo per carenza della documentazione presentata dal Ministero dell'Economia, che « non essendone in alcun modo precisato il titolo, se di sovvenzione, contributo, finanziamento od altro ... pare più che altro doversi ascrivere all'ipotesi del socio occulto, che eroghi la provvista finanziaria di una società », senza tener conto del ruolo, sia nella legge sulla dismissione del patrimonio pubblico dello Stato (artt. 2 l. 23 novembre 2001, n.410) che degli enti locali (art. 84 l.27 dicembre 2002, n. 289), della partecipazione di un soggetto terzo alla costituzione della società in base ad un rapporto di mandato¹¹¹.

Profilo quest'ultimo che, proprio per l'analisi effettuata dal giudice amministrativo¹¹², si presenta ricco di sviluppi specie se confrontato con i problemi che conseguono per le società a totale partecipazione pubblica dalla condizione, ai fini del cd. affidamento *in house* (art. 113 *bis*, d. lgs. 18 agosto 2000, n. 267), di un controllo degli « enti pubblici titolari del capitale sociale ... sulla società ... analogo a quello esercitato sui propri servizi » che propone, nell'esame dei rapporti tra potestà organizzativa pubblica e mercato, un diverso aspetto della facoltà

¹⁰⁹ TOMBARI, *Profili organizzativi della "società veicolo" nella legge sulla privatizzazione*, op. cit., p. 237. V. anche quanto osserva, con specifico richiamo alla cartolarizzazione FRACCHIA, *La costituzione delle società pubbliche e i modelli societari*, in *Dir. econ.*, 2004, p. 599, sulla possibilità che il patrimonio separato potrebbe concorrere ad arginare il fenomeno della frammentazione societaria.

¹¹⁰ Sul punto v. quanto osserva GOISIS, *Contributo allo studio delle società in mano pubblica come persone giuridiche*, op. cit. p.361.

¹¹¹ COSTI, *Dismissione del patrimonio immobiliare pubblico e mercato finanziario*, op. cit., p.98.

¹¹² E che, per molti aspetti, ricorda il tentativo, proprio dell'esperienza del diritto tributario, di reprimere il fenomeno dell'elusione tramite il ricorso alla figura dell'abuso della personalità giuridica. Per una revisione dell'istituto, indipendentemente da quelle che saranno le successive evoluzioni della giurisprudenza della Cassazione, v. G. ZOPPINI, *Abuso del diritto e dintorni (ricostruzione critica per lo studio sistematico dell'elusione fiscale)*, in *Riv. dir. trib.*, 2005, I, p.809 ss.

dell'amministrazione di organizzarsi attraverso società¹¹³.

L'esame del meccanismo messo in atto dall'amministrazione non solo permette di ritenere che la pronunzia del Consiglio di Stato rappresenta "un passo in avanti" per "lo sforzo di analisi in concreto della società" ma che l'approccio innovativo utilizzato potrebbe preludere ad una valutazione del processo di privatizzazione di strutture organizzative pubbliche come "strumento di elusione di norme imperative pubblicistiche"¹¹⁴.

L'evoluzione di questo metodo di ricerca e dell'analisi economica che ne è alla base potrebbe quindi giustificare il riconoscimento alla decisione del Consiglio di Stato del carattere di "leading case" in un momento in cui la trasformazione dei modelli organizzativi accentua la necessità di ricercare nel cimento fra l'armonia e l'invenzione¹¹⁵ i criteri per individuare la disciplina applicabile alle varie figure soggettive¹¹⁶.

6. Etero-organizzazione della struttura di società di origine legale nella legge finanziaria 2007. Prime conclusioni

In alcune indicazioni della legge finanziaria 2007 si delinea un regime nella gestione sociale in contrapposizione alla regola della contabilità separata prevista a tutela di un interesse generale, come nel caso del Poligrafico dello stato s.p.a., a garanzia delle regole di mercato, della CDP s.p.a., a salvaguardia dell'equilibrio economico (art. 8, l. 24 novembre 2003, n. 326), della Rai s.p.a. per l'adempimento del servizio

¹¹³ SCOTTI, *Organizzazione pubblica e mercato: società miste, in house providing e partenariato pubblico privato*, in *Dir. amm.*, 2005, p.925.

¹¹⁴ GOISIS, *La giurisdizione sugli atti di selezione degli acquirenti da parte di Scip s.r.l.*, op.cit., p.62; per l'abuso della forma societaria v. anche M. G. ROVERSI MONACO, *La teoria dell'ente pubblico informa societaria*, op. cit., specie p. 74 ss. In senso diverso 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.241/90*, consultabile al sito www.giustamm.it, p. 6 ss e, nel quadro di una più generale ricostruzione del fenomeno v. dello stesso A. *Il conferimento di potestà pubbliche ai privati*, Torino, 2005, passim.

¹¹⁵ Usa quest'espressione, ricca di significato specie nella prospettiva di una ricerca informata alla "natura delle cose", MERUSI, in *Pubblico e privato nell'istituto della responsabilità amministrativa ovvero la riforma incompiuta*, in *Dir. amm.*, 2006, p. 20 e già in *La privatizzazione per fondazioni tra pubblico e privato*, ivi, 2004, p. 448 ss.

¹¹⁶ CHIRULLI, *Autonomia pubblica e diritto privato nell'amministrazione (dalla specialità del soggetto alla rilevanza della funzione)*, op, cit., p. 265 ss.

pubblico (art. 18, l. 3 maggio 2004, n.112) (ma v. anche per altre fattispecie la disciplina dell'Enav s.p.a. dove si dubita che l'oggetto sociale consista nello svolgimento di attività « autenticamente economiche »¹¹⁷ e della « Riscossione s.p.a. » (art. 3, l. 2 dicembre 2005, n. 248).

Indicative di un diverso approccio al tema della natura di società a totale partecipazione pubblica di origine legale sono, oltre le norme in deroga al diritto comune già ricordate, le modifiche introdotte nella disciplina della società di diritto speciale « Sviluppo Italia s.p.a. ».

La società, costituita *ex lege* (d.lgs. 9 gennaio 1999, n. 1, art. 1), dopo aver subito una prima radicale modifica nella sua struttura operativa (d. lgs. 14 gennaio 2000, art. 1, comma 4°) con una disciplina vincolante nei fini (missione di politica industriale)¹¹⁸ e nelle modalità di attuazione che ne legittimava la riconduzione, per le deroghe al diritto comune fra le società di interesse nazionale (art. 2451.c.c.)¹¹⁹ è ora assoggettata ad una disciplina (comma 460°- 461°, l. 27 dicembre 2006, n. 296) che, non lasciando spazio all'autonomia operativa della società e delle sue controllate i cui « atti di *gestione ordinaria* e straordinaria» individuati dal Ministero « necessitano della preventiva approvazione », esclude la funzione di guida dell'organizzazione nei confronti dell'attività¹²⁰ e rappresenta un indice significativo per il riconoscimento della c.d. società-ente pubblico.

Nella ricerca della linea di confine tra rilevanza dell'interesse pubblico e utilizzazione di forme di diritto privato un momento di riferimento e di riflessione è rappresentato dalla giurisprudenza comunitaria quando si è espressa sui limiti della facoltà dell'amministrazione di organizzarsi, nel rapporto tra potestà organizzativa pubblica e mercato, attraverso proprie società.

L'aver conseguentemente subordinato, al fine di evitare facili elusioni del precetto comunitario, il cd. affidamento in house (art. 113 *bis*, d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267) in favore delle società pubbliche per la gestione

¹¹⁷ SCOCA, *Il punto sulle c.d. società pubbliche*, in *Dir. econ.*, 2005, p. 249.

¹¹⁸ CHIRULLI, *Autonomia pubblica e diritto privato nell'amministrazione*, op. cit., p. 534.

¹¹⁹ SANTONASTASO, *Le società di interesse nazionale*, Milano, 2002, p. 644 ss.; CHIRULLI, op. ult. cit., p. 237.

¹²⁰ M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, 1966, p. 90 ss. ha individuato la correlazione tra organizzazione e attività nel fatto che la prima svolge una funzione di guida nei confronti della seconda posto che "organizzare è sempre ordinare, semplificare, schematizzare o tipicizzare".

di servizi pubblici locali all'esistenza di un controllo degli « enti pubblici titolari del capitale sociale analogo a quello esercitato sui propri servizi », non solo legittima una considerazione in termini pubblicistici della struttura societaria, quale momento organizzativo della stessa amministrazione, ma indica un criterio interpretativo per la riconduzione di un soggetto nell'ambito del diritto privato o del diritto pubblico.

Ricollegando in questo quadro la linea interpretativa adottata da ultimo dal Consiglio di Stato alle conseguenze che vengono tratte « nel momento in cui l'amministrazione costituisce una società, *non sostanzialmente discontinua* (corsivo aggiunto), in virtù dell'effettività ed intensità del controllo societario, rispetto all'ente dominante e chiamata all'esercizio di attività proprie dell'ente pubblico »¹²¹, il vincolo del Patto di stabilità non solo condiziona il legislatore nazionale ma giustifica una valutazione del dato normativo nazionale in termini di elusione della disciplina comunitaria.

Si propone in tal modo, nel rapporto tra norma comunitaria e norma nazionale intesa ad eluderla, un nuovo e diverso terreno d'indagine nel rapporto fra abuso del diritto e frode alla legge rispetto a quanto comunemente avviene, nell'ottica della frode alla legge nazionale, sia per la scelta da parte del soggetto privato di una disciplina straniera¹²² che, pur esclusa in concreto dalla Corte di giustizia nel

¹²¹ GOISIS, *Contributo allo studio delle società in mano pubblica come persone giuridiche*, op.cit., p. 364.

¹²² LIPARI, "Concorrenza" fra ordinamenti e sistema delle fonti, in *La concorrenza tra ordinamenti giuridici*, a cura di Zoppini, Roma-Bari, 2004, p. 94. Per il settore tributario dove il richiamo alla figura dell'abuso del diritto e alla frode alla legge si presenta con particolare rilievo per le asimmetrie esistenti fra i diversi ordinamenti (LUIPI, *Concorrenza tra ordinamenti, comunità europee e prelievo tributario*, in *La concorrenza tra ordinamenti giuridici*, op. cit., p. 178; GNES, *La scelta del diritto (Concorrenza tra ordinamenti, arbitraggi, diritto comune europeo*, Milano, 2004, p. 374 ss.) la Corte Ce, ancor di recente dopo aver riaffermato la competenza del giudice nazionale a "prendere in considerazione il carattere puramente fittizio di queste (operazioni di detrazione) nonché i nessi giuridici, economici e/o personali tra gli operatori coinvolti nel piano di riduzione del carico fiscale" (causa C-255/02 del 21 febbraio 2006, *sub* p.to 81), ha concluso (p.to 86) che "perché possa parlarsi di comportamento abusivo, le operazioni controverse devono, nonostante l'applicazione formale delle condizioni previste ... dalla sesta direttiva e dalla legislazione nazionale che la traspone, procurare un vantaggio fiscale la cui concessione sarebbe contraria all'obiettivo perseguito da queste stesse disposizioni. Non solo. Deve altresì risultare da un insieme di elementi obiettivi che le dette operazioni hanno essenzialmente lo scopo di ottenere un vantaggio fiscale".

filone « Centros »¹²³ sotto il profilo dell'abusiva utilizzazione della disposizione comunitaria¹²⁴, conferma la necessità di individuare il fine della norma violata e gli interessi protetti, sia per quanto attiene il profilo dell'abuso della persona giuridica per eludere la responsabilità patrimoniale dell'imprenditore¹²⁵ che dell'individuazione, sulla base « di elementi oggettivi e verificabili ... di una costruzione di puro artificio » utilizzata per eludere l'imposizione tributaria.¹²⁶

In questa prospettiva la norma della legge finanziaria dalla quale si è partiti (comma 966°), relativa all'assunzione da parte dello Stato degli oneri per il finanziamento dell'Alta velocità, oltre a comprovare la riconduzione della «Infrastrutture s.p.a.» nell'ambito della pubblica amministrazione, è un indice degli effetti che conseguono, nel rapporto tra ordinamento comunitario e ordinamento nazionale, dal vincolo esercitato dal riequilibrio dei conti pubblici, in rapporto ai parametri del Patto di stabilità, su di una effettiva politica delle privatizzazioni¹²⁷.

L'aver ricondotto, in applicazione delle regole del sistema integrato dei conti europei e nazionali finanziarie europee (reg. Ce n. 3605 del 1993 e reg. Ce n. 2223 del 1996 che approva il Sec 95), le società di cartolarizzazione entro la sfera pubblica con il loro assoggettamento alle regole di contabilità pubblica e l'interrogativo, di fronte alla scelta, legislativa per la Patrimonio s.p.a. se « l'ente privato ha la sostanza o solo il nome della

¹²³ Nell'ampia letteratura in argomento v. da ultimo, GUACCERO, *Libertà di stabilimento e diritto societario degli Stati membri: Europa vs Usa*, in *Europa dir. priv.*, 2007, p. 133 ss.

¹²⁴ KARAYANNIS, *L'abus de droit découlant de l'ordre juridique communautaire à propos de l'arrêt C-367/96, Alexandros Kefalas E.A.Ielleniko Dimosio*, in *Cahiers de droit eur.*, 1999, p.530 e quanto osserva M. BENECKE, *Gesetzesumgehung im Zivilrecht (Lehre un d praktischer Fall im allgemeinen und Internationalen Privatrecht)*, Tübingen, 2004, specie p. 311 ss.

¹²⁵ Sulle diverse forme di repressione, ZORZI, *L'abuso della personalità giuridica (Tecnica sanzionatorie a confronto)*, Padova, 2002, 119 ss.

¹²⁶ Sul punto v. da ultimo Corte giust. Ce 13 marzo 2007 (causa C-524/04), sub p.to 92 e le precedenti decisioni nei casi "Halifax" (C-255/02) e "Part Service" (C-425/06) che hanno rinviato al giudice nazionale il compito di "stabilire contenuto e significati reali delle operazioni" e la considerazione del loro "carattere fittizio...nonché i nessi giuridici, economici e/o personali tra gli operatori coinvolti".(p.to 81 causa C- 255/02).

Sul tema v. fin d'ora sul "significant scepticism" nei confronti della giurisprudenza comunitaria, DE LA FERIA, *Prohibition of Abuse of (Community) Law: the creation of new general Principle of EC law through Tax*, in *Common Market Law Review*, 2008, 396 e per l'esigenza di "contestualizzare" l'evoluzione delle scelte di sistema, già G. ZOPPINI, *Abuso del diritto e dintorni*, op.cit., p. 829.

¹²⁷ GIOMI, *Stabilità economica e privatizzazioni*, op. cit., p. 259 ss.

società per azioni? »¹²⁸ inducono ad una conclusione, non più circoscritta alle società veicolo come « ingegnoso accorgimento di finanza creativa che consente di contabilizzare un miglioramento dei saldi di bilancio, in modo da renderli coerenti con i vincoli a cui essi sono sottoposti »¹²⁹ ma di carattere ben più generale sul ricorso alla forma societaria nella riorganizzazione della Pubblica amministrazione.

Al riguardo, spesso la normativa speciale è incoerente con i caratteri propri della disciplina della società per azioni e, riproponendo forme e vincoli propri dell'ente pubblico economico¹³⁰ giustifica sia la necessità di evitare la conservazione, da parte di enti qualificati come privati, di privilegi pubblicistici¹³¹ sia di rifuggire, nel ricorso allo strumento di diritto privato inteso come « integrazione della regolamentazione » di istituti del diritto amministrativo¹³², da « proclamazioni di intenti che non trovano riscontro o pieno riscontro nel dettato normativo... » e danno luogo a « problemi di rapporto tra i due momenti in sede interpretativa ed applicativa »¹³³.

Individuare con uno sforzo e un dialogo comune tra giurisprudenza e dottrina sia dell'area pubblicistica che del diritto privato i casi in cui ci si trova di fronte a enti pubblici travestiti da società non solo può contribuire, nel rispetto delle diverse impostazioni, ad una più corretta formulazione nel testo legislativo del rapporto fra interessi pubblici e diritto privato ma può anche rappresentare un punto di partenza per cercare di risolvere, almeno in parte, i problemi della responsabilità amministrativa nelle società a partecipazione pubblica,¹³⁴ individuando i limiti di compatibilità degli strumenti normativi

¹²⁸ OPPO, *Patrimonio dello Stato e società per azioni*, op. cit., p.503.

¹²⁹ BRANCASI, *La cartolarizzazione dei beni pubblici di fronte all'ordinamento comunitario*, op. cit., p.173.

¹³⁰ G. NAPOLITANO, *Le società pubbliche tra vecchie e nuove tipologie*, op.cit., p. 1010.

¹³¹ OPPO, *Le ragioni del diritto: il diritto commerciale*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, I, p. 512.

¹³² NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, op. cit., p. 512.

¹³³ OPPO, *La legge "finta"*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, II, p. 484.

¹³⁴ Prima degli ultimi interventi legislativi che peraltro non sembrano aver risolto i problemi, v. IBBA, *Azioni ordinarie di responsabilità e azione di responsabilità amministrativa nelle società in mano pubblica. Il rilievo della disciplina privatistica*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, II, p 156; TORCHIA, *Responsabilità civile e responsabilità amministrativa per le società in partecipazione pubblica: una pericolosa sovrapposizione*, in *Serv. pubbl. e app.*, 2006, p. 223 ss. e i contributi contenuti in *Responsabilità amministrativa e giurisdizione contabile (ad un decennio dalle riforme)*, Milano, 2006.

nazionali « tra loro e con quello comunitario »¹³⁵ con i principi affermati nel suo ruolo ispiratore dalla Corte di Giustizia¹³⁶.

¹³⁵ TIZZANO, *La Corte di giustizi delle comunità europee e i diritti nazionali*, in *Dir. un. eur.*, 2005, p. 843.

¹³⁶ TESAURO, *Diritto comunitario*, Padova, 2005, p.216; TIZZANO, op. cit. p. 839; JOERGES, *Il ruolo interpretativo della Corte di Giustizia e la sua interazione con le Corti nazionali nel processo di europeizzazione del diritto privato*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2000, p. 275 e, da ultimo su un diritto dell'economia europea "notevolmente diverso - e molto più interessante - della *law in books*", in *Cosa resta della Costituzione economica europea?*, ivi, 2005, p. 72 in un fascicolo sostanzialmente monografico dedicato al tema "*L'identità sociale dell'Europa*" con i contributi, fra gli altri di maggior rilevanza per l'aspetto qui esaminato, oltre l'editoriale di MONATERI, *Il problema di una definizione in Europa: una questione di teologia politica*, di RODOTÀ, *Il Codice civile e il processo costituente europeo* e di SOMMA, *Giustizia sociale nel diritto europeo dei contratti*.

3.

Ancora della Rai: « così com'è oggi, è un centauro con una natura in parte umana e in parte equina... »* **

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L'ordinanza delle Sezioni Unite del 22 dicembre 2009, n. 27092. – 3. Insufficienza degli indici di riconoscibilità della natura di ente pubblico-società della Rai S.p.a. – 4. La Corte dei conti e l'assoggettamento della Rai S.p.a. al controllo *ex art.* 12 l. 21 marzo 1958, n. 259 (d.P.C.M. 10 marzo 2010). – 5. La disciplina speciale dell'azione sociale di responsabilità nella Rai S.p.a. (art. 49, comma 8 d.lgs. 31 luglio 2005, n. 177). - 6. Pendenza del processo di privatizzazione e natura giuridica della Rai S.p.a. – 7. Conclusioni.

1. Premessa

L'ordinanza della Cassazione del 22 dicembre 2009, n. 27092 cui si pubblica qui¹ trae origine da due giudizi promossi dal procuratore regionale della Corte dei conti avanti la sezione giurisdizionale per il Lazio per il risarcimento dei danni cagionati alla Rai S.p.a. dall'illegittima

* Da *Giur. cost.*, 2010, 4085-4109.

** Così si esprimeva Padoa-Schioppa, al cui ricordo sono dedicate queste osservazioni, riferendo il 16 maggio 2007, quale Ministro dell'economia, avanti la Commissione parlamentare per l'indipendenza e la vigilanza dei servizi radiotelevisivi sulle vicende del c.d. « caso Petroni ».

¹ Pubblicata in *Foro it.* 2010, I, 1473 unitamente a Cass., sez. un., 19 dicembre 2009, n. 26806, commentata, quest'ultima, da G. D'AURIA, *Non esiste (con eccezioni) la responsabilità erariale per i danni cagionati alle società pubbliche dai loro amministratori*. Per una sintesi descrittiva A. LA MORGESE, *Le Sezioni unite intervengono sulla responsabilità amministrativa degli amministratori delle società a partecipazione pubblica*, in *www.neldiritto.it*, 2010, I, 4,77 ss.

nomina del direttore generale, a sua volta indice, nel quadro degli indirizzi costituzionali, di un malinteso modo di intendere il rapporto tra interesse pubblico e l'utilizzazione degli strumenti del diritto privato².

La giurisdizione del giudice contabile è stata riconosciuta nei confronti della concessionaria del servizio pubblico radiotelevisivo per la sua « natura sostanziale di ente assimilabile a una amministrazione pubblica », nonostante l'abito formale che riveste di società per azioni (peraltro partecipata totalitariamente da enti pubblici: lo Stato per il 99,55% per cento e la Siae - Società italiana degli autori ed editori per il residuo 0,45 per cento) », sì che, ad avviso della Corte Suprema³ ne discende la diretta conseguenza della « qualificabilità come erariale del danno cagionato dai suoi agenti, nonché da quelli degli enti pubblici azionisti, con conseguente assoggettabilità all'azione di responsabilità amministrativa davanti al giudice contabile »⁴.

Tuttavia gli argomenti richiamati a sostegno della decisione non persuadono, anche se nella recente dottrina pubblicistica la Rai è stata di frequente ricondotta « nell'alveo degli enti pubblici a struttura della società per azioni » ma con la diversa argomentazione della sua indisponibilità a « disporre autonomamente della propria esistenza » fino al termine della concessione che, « in ragione delle caratteristiche del servizio

² Sottolinea questo profilo V. ONIDA, *Un caso emblematico di incompatibilità* » (fra diritto e politica), in questa Rivista 2006, 4707 mentre A. PACE, *Parere pro veritate sull'applicabilità al dott. Alfredo Meocci della c.d. incompatibilità successiva prevista dall'art. 2, comma 9 della l. 14 novembre 1995, n. 481*, *ivi*, 4705, aveva sottolineato che il dipendente della Rai « appena nominato alla carica di commissario dell'AGCom avrebbe dovuto, a pena di decadenza, rimuovere la causa di incompatibilità derivante dall'essere dipendente della Rai e quindi in evidente conflitto d'interessi ... ».

³ Oggetto di critica radicale da parte di R. ESPOSITO, *Ego te baptizo piscem: la Corte di cassazione dalla nomofilachia alla nomo poiesi (a proposito di società in mano pubblica e giurisdizione della Corte dei conti)*, scritto destinato agli *Studi in onore di A. Pace*, consultato in dattiloscritto per la cortesia dell'A. che aveva già approfondito il tema della giurisdizione nella responsabilità delle società in mano pubblica in *Il paradosso dell'asino di Buridano: le società pubbliche tra libertà d'impresa e funzione amministrativa (il caso della Rai)*, in AA.VV., *Una nuova pubblica amministrazione: aspetti problematici e prospettive di riforma dell'attività contrattuale*, a cura di C. FRANCHINI e F. TEDESCHINI, Torino 2009, 381 e *ivi* ampie cit. di dottrina e giurisprudenza cui si rinvia.

⁴ Più specificamente la Corte ha riconosciuto la giurisdizione del giudice contabile « in ordine alle azioni di responsabilità amministrativa esercitate per ottenere il risarcimento dei danni... cagionati alla società da componenti del suo consiglio di amministrazione e dai dipendenti della stessa società e degli enti pubblici azionisti, in seguito alla nomina del direttore generale e alla conclusione di contratti atinenti al trattamento economico del direttore generale e degli *ex* direttori generali ».

pubblico ad essa normativamente rimesso », legittima come referente lo Stato-comunità e non lo Stato-persona⁵.

2. L'ordinanza delle Sezioni Unite del 22 dicembre 2009, n. 27092

Prima di esaminare questa conclusione che ricorda un profilo già dibattuto in passato con riguardo alle società d'interesse nazionale⁶, appare opportuno ripercorrere gli argomenti richiamati dalla Corte Suprema a sostegno della sua tesi⁷.

Va innanzi tutto sottolineato che nello stesso contesto temporale le Sezioni unite della Cassazione, con la sentenza del 19 dicembre 2009, n. 26806 ora ricordata (*sub nota* 1), avevano « sovvertito »⁸ gli orientamenti giurisprudenziali che si erano consolidati negli ultimi anni dopo la svolta del 2003⁹ sulla responsabilità degli amministratori di società a

⁵ G. GRÜNER, *Enti pubblici a struttura di S.p.a. Contributo allo studio delle società « legali » in mano pubblica di rilievo nazionale*, Torino 2009, p.142.

⁶ F. DE MARCO, *Le società di interesse nazionale*, in *Dir. fall.* 1950, 113.

⁷ Argomenti ora ripresi in una recente ordinanza del Consiglio di Stato, n. 5379 del 24 novembre 2010, anche se non ulteriormente approfonditi, in occasione del riconoscimento della giurisdizione del giudice amministrativo nei confronti della Rai S.p.a., anche « a voler prescindere dal tema della qualificabilità di Rai S.p.a. quale ente pubblico... ».

A sostegno della natura pubblica della società concessionaria vengono infatti richiamati i «numerosi... elementi che attestano tanto la strumentalità della stessa rispetto al conseguimento di finalità pubblicistiche, quanto la sua attrazione in orbita pubblicistica ». Comprovverebbero questa conclusione « le circostanze costituite dalla prevista nomina di numerosi componenti del Consiglio di amministrazione non già ad opera del socio pubblico, ma della Commissione parlamentare di vigilanza, dalla indisponibilità dello scopo da perseguire, prefissato con atto normativo, dalla destinazione alla copertura dei costi del servizio dalla stessa gestito di un canone di abbonamento, avente natura di imposta ».

⁸ È questo il termine utilizzato da C. IBBA, *Forma societaria e diritto pubblico*, in *Riv. dir. civ.* 2010, I, 365; per la giurisprudenza successiva v. Cass., sez. un. 23 febbraio 2010, n. 4309, in *Le società* 2010, 1361 ss. con commento di D. DALFINO, *Società pubbliche, responsabilità degli amministratori e riparto di giurisdizione*; Cass., sez. un., ord. 9 aprile 2010, n. 8429, *ivi*, 1177 ss. con nota parzialmente critica di A. CAPRARA, *Sul d.g. di società in mano pubblica decide la Corte dei conti se il patrimonio danneggiato è pubblico*, in presenza di un vincolo di destinazione pubblicistica dei risultati netti dell'attività svolta dalla società di gestione di una casa da gioco.

⁹ Cass., sez. un., ord. 22 dicembre 2003, n. 19667, in *Foro amm.-C.d.S.* 2003, 3585 e Cass. 26 febbraio 2004, n. 3899, in *Foro it. I*, 2005, 2675, con nota di G. D'AURIA, *Amministratori e*

partecipazione pubblica¹⁰, e negato la giurisdizione della Corte dei conti per i danni attinenti la società con l'esclusione del danno all'immagine subito dal socio pubblico con una radicale modifica del quadro del c.d. « diritto vivente » conseguente ad un'articolata ricostruzione dei « principi generali e delle linee portanti del sistema »¹¹.

Questa decisione, nel verificare i limiti entro i quali sia « davvero configurabile la giurisdizione del giudice contabile che il legislatore ha...presupposto in rapporto ad atti di *mala gestio* degli organi di società a partecipazione pubblica », ha fatto salva la « specificità di singole società a partecipazione pubblica il cui statuto sia soggetto a regole legali *sui generis*, come nel caso della Rai... ».

Il che altro non è se non un autorevole ed indiscutibile suggerimento della necessità di verificare, caso per caso, se ricorrano negli statuti delle società « legali » e delle società « legificate » momenti della relativa disciplina tali da condurre ad una diversa conclusione sulla possibilità di applicare le regole dettate dalla Cassazione in tema di giurisdizione del giudice contabile¹².

dipendenti di enti economici e società pubbliche: quale « revirement » della Cassazione sulla giurisdizione di responsabilità amministrativa? e in Giorn. dir. amm. 2005, 1195, con nota di F. GOISIS, L'applicazione di discipline pubblicistiche a una società in mano pubblica longa manus del socio dominante. Sul progressivo ampliamento delle frontiere della giurisdizione contabile v., ma prima dell'ultima giurisprudenza, l'ampia ricerca di M. ANTONIOLI, Società a partecipazione pubblica e giurisdizione contabile, Milano 2008, passim.

¹⁰ Per una sistematica critica a questo orientamento cfr. C. IBBA, *Azioni ordinarie di responsabilità e azione di responsabilità nelle società in mano pubblica. Il rilievo della disciplina privatistica*, in *Responsabilità amministrativa e giurisdizione contabile (ad un decennio dalle riforme)*, Atti del LI Convegno di studi di Scienza dell'amministrazione, Milano 2006, 301 ss. e, sempre dello stesso A. *Sistema dualistico e società a partecipazione pubblica*, in *Riv. dir. civ.* 2008, I, 584 ss.; *Forma societaria e diritto pubblico*, op. loc. cit., « Generale » e « speciale » nel diritto dell'iniziativa economica, in *Giornate di studio in ricordo di Giorgio Oppo*, Accademia nazionale dei Lincei, 6-8 maggio 2010, testo provvisorio, 22 del dattiloscritto.

Fra i cultori del diritto commerciale v. di recente, in particolare, anche G. ROMAGNOLI, *La responsabilità degli amministratori di società pubbliche fra diritto amministrativo e diritto commerciale*, in *La società « pubblica » tra diritto privato e diritto amministrativo*, a cura di V. Domenichelli, Padova 2008, 151 ss.; A. ROSSI, *La responsabilità degli amministratori delle società pubbliche*, in *Giur. comm.* 2009, I, 531 ss.

¹¹ O. CAGNASSO, *La responsabilità degli amministratori di società a partecipazione pubblica secondo una recente e innovativa sentenza della Cassazione*, in *Nuovo dir. soc.* 2010, fasc. 3, 36 ss.

¹² Basti ricordare le conclusioni di V. CERULLI IRELLI, « Ente pubblico »: *problemi di identificazione e disciplina applicabile*, in *Ente pubblico ed enti pubblici*, a cura di V. CERULLI IRELLI e G. MORBIDELLI, Torino 1994, 99: « ... è una mera questione di interpretazione stabilire quale degli istituti ritenuti di applicazione generale agli enti pubblici si applicano a que-

Non sembra tuttavia che l'ordinanza sul caso Rai, pur richiamandosi espressamente all'evoluzione della giurisprudenza della Corte Suprema, abbia esaminato con il necessario approfondimento la rilevanza e la natura dei c. d. « indici di riferimento » portati a sostegno della natura pubblica della società concessionaria del servizio pubblico radiotelevisivo.

Deporrebbero a favore di questa conclusione concorrere, « concorde-mente ed univocamente », i « peculiari caratteri del regime della Rai » rappresentati:

- dalla sua diretta designazione « quale concessionaria dell'essenziale servizio pubblico radiotelevisivo, svolto nell'interesse generale della collettività nazionale per assicurare il pluralismo, la democraticità e l'imparzialità dell'informazione »;
- dall'essere destinataria di « un canone di abbonamento, avente natura d'imposta... che è riscosso e... versato dall'agenzia delle entrate »;
- dall'essere compresa « tra gli enti cui lo Stato contribuisce in via ordinaria, sottoposti pertanto al controllo della Corte dei conti »;
- ed infine « dall'essere tenuta all'osservanza delle procedure di evidenza pubblica nell'affidamento di appalti, in quanto "organismo di diritto pubblico" ai sensi della normativa comunitaria in materia ».

Merita quindi esaminare singolarmente la portata di questi argomen- ti, diversi sia nella loro rilevanza che nella loro funzione, tenendo pre- sente che le caratteristiche della Rai S.p.a., sono state dettate, fin dalla prima riforma istituzionale dello statuto della concessionaria pubblica, in attuazione delle indicazioni (i c.d. « comandamenti ») contenute nella decisione della Corte cost. n. 225 del 1974.

Premesso che il legislatore della riforma aveva previsto che si dovesse « provvedere al servizio pubblico della radio e della televisione con qual- siasi mezzo tecnico, mediante atto di concessione ad una società per azioni a totale partecipazione pubblica... » (art. 3 l. 14 aprile 1975, n. 103) sembra che la Cassazione abbia privilegiato ad un esame della disciplina positiva della Rai S.p.a. condotto, nel quadro complessivo dell'ultima riforma del sistema radiotelevisivo, sulla base dell'art. 49, comma 2, d.lgs. n. 117 del 2005, la ripetizione tralazia di un elenco di indici di riconoscibilità nei cui confronti sono state da tempo formulate sostanziali riserve¹³.

ste figure: questione che va affrontata, caso per caso, tenuto conto della disciplina di specie relativa alle singole figure, della disciplina c.d. generale sugli enti pubblici, quale determinabile sulla base dell'elaborazione giurisprudenziale... ».

¹³ V. CAIANELLO, *Gli enti pubblici tra norma giuridica e realtà sociale*, in *Ente pubblico ed*

3. Insufficienza degli indici di riconoscibilità della natura di ente pubblico-società della Rai S.p.a.

a) Il primo criterio, indice della « specificità » dello statuto della società concessionaria che ne legittimerebbe « l'inclusione nel novero degli enti pubblici » è rappresentato dalla designazione normativa della Rai S.p.a. come concessionaria « dell'essenziale servizio pubblico radio-televisivo, svolto nell'interesse generale della collettività nazionale per assicurare il pluralismo, la democraticità e l'imparzialità dell'informazione » e sottoposta, in quanto « espressione dello Stato comunità », a penetranti controlli di legittimità da parte della Commissione parlamentare « per la verifica dell'esercizio di tale funzione ».

È questo certamente un argomento di grande fascino per i temi di interesse generale che richiama, specie in funzione dei problemi che hanno caratterizzato il passaggio dal sistema monopolistico all'attuale regime misto pubblico-privato e che sono ora accentuati dall'evoluzione tecnologica della comunicazione radiotelevisiva¹⁴, ma sembra

enti pubblici, cit., 404 ss.

¹⁴ Per un'ampia illustrazione critica delle diverse fasi dell'evoluzione normativa che ha portato all'attuale disciplina della Rai v. per tutti, A. PACE in A. PACE - M. MANETTI, *Rapporti civili. La libertà di manifestazione del proprio pensiero*, in *Comm. cost.* Branca-Pizzorusso, sub art. 21, Bologna 2006, sia per l'attenta ricostruzione storica che non può essere trascurata in un'interpretazione complessiva della normativa della società concessionaria (p. 575 ss.) che voglia tener conto dell'evoluzione delle spinte riformistiche sia per la lettura critica del sistema radiotelevisivo nel suo complesso (p. 625 ss.).

V. ora anche G. GARDINI, *Dal « servizio pubblico » al « sistema » radiotelevisivo: la breve storia di un grande fallimento*, in *Dir. pubbl.* 2008, 637 ss. e in chiave di ricostruzione della natura della Rai quale concessionaria pubblica la sintesi di R. ESPOSITO, *op. cit.*, 19 ss. che prende le mosse dalla genesi dell'entità societaria Rai per escluderne la qualificazione come « società legale ». Sul punto meritano di essere ricordate, per la loro rilevanza in una ricostruzione delle vicende che hanno portato ad una riforma di un altro sistema le discussioni sulla qualificazione della Monte Titoli S.p.a. (l. 19 giugno 1986, n. 289) che se ne hanno giustificato, secondo alcuni autori, la qualificazione come società d'interesse nazionale (così G. NICCOLINI, *Interessi pubblici e interessi privati nella estinzione della società*, Milano 1990, 68, ma in senso contrario v. P. SPADA, *La Monte Titoli S.p.a. tra legge e autonomia privata*, in *Riv. dir. civ.* 1987, II, 551) hanno anche indotto ad una riflessione comune, sia per questa società come per la Rai S.p.a., sulla necessità di verificare fino a che punto sia possibile per il legislatore ordinario « impadronirsi » legittimamente di una società di fonte contrattuale. Sul punto v. G. OPPO, *Commento di sintesi alle relazioni in L'amministrazione accentrata dei valori mobiliari: la Monte Titoli S.p.a.*, in *Atti del Convegno di Verona del 23 maggio 1987*, Padova 1989, 109 e C. IBBA, *La « legificazione » della Monte Titoli S.p.a.*, in *Riv. dir. civ.* 1991, I, 208 ss.

che l'affermazione, formulata solo in sede di un'astratta ricognizione del « tipo » società per azioni-ente pubblico, provi troppo.

Non si deve dimenticare, infatti, che nel corso della stagione delle privatizzazioni l'individuazione normativa del soggetto destinatario dell'affidamento di un regime in concessione in favore di una società di diritto speciale o, comunque in occasione della « trasformazione » di una società pubblica di diritto speciale in società di diritto comune da privatizzare, come nel caso della « Aeroporti di Roma s. a. »¹⁵ è stata regola comune, in coerenza, del resto, con il principio fissato dall'art. 14 l. 8 agosto 1992, n. 359.

Anche se la giurisprudenza del Consiglio di Stato, recependo uno schema proposto da una parte della dottrina pubblicistica¹⁶, ha affermato la perdurante natura pubblica di società di diritto singolare, quali le F.S. S.p.a., le Poste italiane S.p.a. e l'Enel S.p.a.¹⁷ non sembra che questa interpretazione, del resto oggetto a sua volta di ampie riflessioni, possa essere trasferita automaticamente nei confronti della Rai S.p.a. senza aver prima provveduto ad una ricognizione nel sistema della legge di riforma di quali siano gli indici nella struttura del soggetto concessionario in grado di far prevalere il momento pubblico sul momento privato¹⁸.

¹⁵ Un esempio interessante delle incertezze che hanno accompagnato i processi di privatizzazione è fornito dalla discussione parlamentare in occasione della privatizzazione della Aeroporti di Roma s. a. che ha dato luogo al d.P.C.M del 25 febbraio 1999 (per più ampi ragguagli sia permesso rinviare a F. SANTONASTASO, *Le società di interesse nazionale*, Milano 2002, 82, sub nota 207).

In altra esperienza (Regno Unito), è significativo quanto osserva ora, sia pura a livello di informazione giornalistica in relazione ad alcuni recenti avvenimenti che hanno interessato la BAA (British Airport Authority), J. KAT, *Forty years of political taxing on Britain runways*, in *Financial Times* del 5 gennaio 2011 quando, dopo aver ricordato « When a "golden share" blocking takeover was removed, BAA was soon the subject of a bidding war », conclude « The new business drove ahead the concept of "airport as shopping mall". This development reached its epitome in Heathrow's Terminal 5, where you can spend all day shopping without realising that the building has another function».

¹⁶ R. GAROFOLI, *Le privatizzazioni degli enti dell'economia*, Milano, 1998, *passim*.

¹⁷ Per un'analitica revisione di quest'orientamento P. PIZZA, prima in *Società per azioni di diritto singolare, enti pubblici e privatizzazioni: per una rilettura di un recente orientamento del Consiglio di stato*, in *Dir. proc. amm.* 2003, 518 ss. e, successivamente nell'ampia e documentata monografia *Le società per azioni di diritto singolare tra partecipazioni pubbliche e nuovi modelli organizzativi*, Milano 2007, specie 391 ss.

¹⁸ Anche se in un settore diverso da quello radiotelevisivo di estremo interesse, per vedere come può essere interpretata l'evoluzione del fenomeno « enti pubblici e

Al riguardo, riprendendo quanto già argomentato in altra sede¹⁹, il necessario punto di partenza è rappresentato dalla ricostruzione del significato, nel quadro della normativa speciale della società concessionaria, dell'art. 49 (comma 2) d.lgs. 31 luglio 2005, n. 117 quando stabilisce che per quanto « non... diversamente previsto dal presente testo unico la Rai - Radiotelevisione Italiana S.p.a. è assoggettata alla disciplina generale delle società per azioni, anche per quanto concerne l'organizzazione e l'amministrazione ».

Il che significa, di necessità, dover procedere ad una ricognizione degli elementi di deroga al regime di diritto comune contenuti nella disciplina di settore ripercorrendo, ma in chiave diversa con riferimento a parametri di diritto positivo, l'iter seguito dall'ordinanza della Cassazione.

In questa ricognizione va ricordato che fin dalla prima riforma istituzionale, successiva alla decisione della Corte costituzionale del 1974 che aveva riconosciuto la possibilità di affidare la gestione del servizio pubblico radio televisivo indifferentemente ad « un ente pubblico » o a « un concessionario privato purché nella mano pubblica », è stata riaffermata la natura di società di interesse nazionale (art. 2461 c.c., ora art. 2451 c.c.) della Rai S.p.a., in quanto individuata nominativamente come il soggetto concessionario.

Rispetto alle tradizionali società di interesse nazionale (all'epoca banche di interesse nazionale e società esercenti linee di navigazione di preminente interesse nazionale) era stata introdotta nell'occasione, utilizzando lo schema aperto dell'art. 2461 c.c. una nuova fattispecie di società di diritto speciale la cui disciplina era istituzionalmente caratterizzata dall'intreccio funzionale tra le disposizioni di diritto speciale e le esigenze di tutela degli interessi coinvolti dal servizio in concessione²⁰.

sucedanei », sono le osservazioni di G. MONTEDORO, *Mercato e potere amministrativo*, Napoli 2010, 118 ss. sul ricorso all'autonomia privata per la realizzazione delle finalità di tutela dell'interesse pubblico. È quanto avviene, ma con valutazione legale tipica, nei confronti della Rai S.p.a. privatizzata con l'inserimento « in considerazione dei rilevanti e imprescindibili motivi di interesse generale e di ordine pubblico connessi alla concessione del servizio », di una clausola di limitazione del possesso azionario e del divieto dei « patti di sindacato di voto o di blocco o comunque (de)gli accordi relativi alle modalità di esercizio dei diritti inerenti alle azioni della Rai » (art. 21, l. 3 maggio 2004, n. 112).

¹⁹ Sia consentito per ragioni di brevità rinviare a F. SANTONASTASO, *Le società di diritto speciale*, in *Tratt. di diritto commerciale* Buonocore - Costi, IV, t. 10, Torino 2009, 433 ss.

²⁰ Sull'attuale sistema v. O. GRANDINETTI, *La riforma Gasparri del sistema radiotelevisivo (commento al d.lgs. 1° agosto 2003, n. 269 e alla legge 3 maggio 2004, n. 1.12)*, in *Giorn.*

L'ambiguità strutturale, propria del modello organizzativo introdotto dall'art. 2461 c.c., oscillante da sempre nella contrapposizione ente pubblico-ente privato²¹, richiedeva ai fini del riconoscimento della natura della società concessionaria un'analisi preliminare dell'incidenza delle deroghe di diritto speciale al diritto comune delle società.

Una tale indagine, che sembra del tutto assente nella più recente giurisprudenza, se condotta in termini di un giudizio di adeguatezza sull'organizzazione di diritto positivo della società concessionaria e sui criteri che vanno osservati nella gestione della sua attività istituzionale, trova la sua premessa nel riconoscimento, da parte della giurisprudenza della Corte costituzionale, della funzione della struttura privatistica della concessionaria integrata dalle norme di diritto speciale di garantire la contemporanea tutela del compito di diffusione del pensiero e dell'esercizio di un'attività economica.

Piuttosto che un astratto richiamo ad indici di riferimento - a volte non del tutto completi nella loro descrizione come nel caso del canone di abbonamento - doveva essere esaminata l'effettiva portata delle deroghe di diritto speciale dettate per le esigenze del servizio al quale si deve conformare lo schema organizzativo della società nel suo coordinamento con il regime comune delle società in tema di « organizzazione » e « amministrazione »²² in tema di:

- limiti all'organizzazione della struttura societaria ma con il significativo riconoscimento, in tema di indicazioni legislative regionali nei confronti della concessionaria pubblica, del loro condizionamento al « rispetto della libertà d'iniziativa economica... anche con riguardo alla determinazione dell'organizzazione dell'impresa... » da parte della concessionaria (art. 46. comma 2 del t.u.)²³;

dir amm. 2004, 1282 ss. e in *Il testo unico della radiotelevisione (commento al d.lgs. 31 luglio 2005, n. 177)*, ivi, 2006, 121 ss.

- ²¹ Ricorda ora l'affermazione di questa ambiguità istituzionale - che è peraltro connotata all'istituto delle società di interesse nazionale - G. GRÜNER, *op. cit.*, 174, sub nota 119, quando riconosce la prevalenza sulla disciplina di diritto comune delle « discipline pubblicistiche, proprio perché il rinvio in loro confronto è contenuto (ancorché in forma implicita) nelle leggi speciali istitutive o costitutive degli organismi... in esame »: che è proprio l'esame che manca nel caso concreto nell'ordinanza della Cassazione.
- ²² Per un esame delle disposizioni che concorrono a comporre il regime di deroga v. quanto detto nelle *Società di diritto speciale*, cit., specie 433-459.
- ²³ Rileva l'importanza della previsione, unitamente alla facoltà per la concessionaria di svolgere direttamente o attraverso società collegate attività commerciali ed editoriali

- « funzioni di controllo e di garanzia », esterne al potere gestorio, conferite (art. 20, comma 3) al consiglio di amministrazione per vigilare sul corretto adempimento delle « finalità e degli obblighi del servizio pubblico generale radiotelevisivo » che, oltre a riflettersi sui requisiti di nomina dei componenti l'organo di gestione, incidono anche sugli obblighi di amministrazione attiva traducendosi in un limite all'esercizio dei poteri di delega;
- criteri di nomina dei consiglieri sia nel sistema a regime - una volta completato il processo di privatizzazione - che nelle fasi transitorie che lo precedono;
- poteri del direttore generale (artt. 3 e 5 l. 25 giugno 1993, n. 206);
- rapporti tra presidente e direttore generale;
- esistenza di un sistema di separazione contabile tale da rendere impermeabili e non comunicabili gli elementi di bilancio relativi alle varie attività della concessionaria e delle società del suo gruppo²⁴.

L'esame della Corte, proprio per il suo espresso richiamo ai « peculiari caratteri del regime della Rai » che « concordemente e univocamente depongono nel senso della (sua) inclusione... nel novero degli enti pubblici » avrebbe dovuto, per arrivare a questa conclusione, prima approfondire nel quadro delle deroghe al sistema di diritto

connesse alla diffusione di immagini, suoni e dati e di altre attività correlate, purché non interferiscano negativamente sull'espletamento del servizio pubblico e concorrano ad una equilibrata gestione aziendale, R. ESPOSITO, *Ego te baptizo*, cit., 21 del dattiloscritto.

²⁴ Il sistema di separazione contabile, predisposto su indicazioni comunitarie per assicurare (art. 47 t.u.) trasparenza nelle relazioni tra Stati membri e imprese pubbliche, è richiesto sia per « consentire la determinazione del costo di fornitura del servizio pubblico generale radiotelevisivo, coperto dal canone di abbonamento... che... la trasparenza e la responsabilità nell'utilizzo del finanziamento pubblico » (sul punto v. ampiamente, da ultimo, G. MARI, *Natura giuridica della Rai: impresa pubblica e organismo di diritto pubblico?*, in *Foro amm.-C.d.S.* 2008, 2358 ss.) c per evitare l'utilizzazione del canone per finanziare attività non inerenti allo stesso servizio pubblico generale.

In presenza dello svolgimento, direttamente o attraverso società collegate, di attività commerciali ed editoriali « purché... non risultino di pregiudizio al migliore svolgimento dei pubblici servizi concessi e concorrano all'equilibrata gestione aziendale » (art. 45 t.u.), la separazione contabile, oltre ad essere garanzia di trasparenza nell'ambito della concessionaria e del suo gruppo, si riflette nell'indicazione da parte della AGCom (art. 47, cit., comma 2) della società di revisione contabile che sarà nominata dalla concessionaria stessa, espressa previsione della sua indipendenza e imparzialità (così E. MARCHISIO, *Usi alternativi del gruppo di società. La regolazione dei gruppi tra disciplina del « governo » delle società e diritto settoriale delle imprese*, Napoli 2009, 420 ss.).

comune legittimate dall'art. 2451 c.c.²⁵, la portata e la funzione del regime speciale della Rai S.p.a. (la « specificità » del suo « *statuto legale* » per usare il linguaggio dell'ordinanza del 19 dicembre, n. 26806), considerato nella sua evoluzione a partire dalla prima riforma istituzionale (l. 14 aprile 1975, n. 103) e solo successivamente procedere ad una (eventuale) qualificazione della natura pubblica della concessionaria del servizio pubblico.

b) La mancata analisi della disciplina positiva della Rai S.p.a. si riflette anche nell'eterogeneità degli altri argomenti richiamati dalla Corte a sostegno della natura di ente pubblico della società concessionaria, con motivazioni che non solo operano su un piano diverso rispetto all'individuazione del criterio di qualificazione ma che in alcuni casi peccano di sostanziale imprecisione (ad esempio, per quanto attiene la rilevanza dell'applicabilità della nozione comunitaria di organismo di diritto pubblico).

In una breve analisi delle ulteriori motivazioni contenute nell'ordinanza va ricordato:

²⁵ Anche se la riforma del 2004 non ha riproposto espressamente l'indicazione per la Rai di società di interesse nazionale (art. 1 l. 14 aprile 1975, n. 103; art. 1 l. 23 giugno 1993, n. 206), la rilevanza delle modifiche al regime di diritto comune in funzione degli interessi tutelati porta a ricondurre la Rai nell'ambito di questa categoria e non a considerarla solo una semplice società di diritto speciale. Mentre R. ZACCARIA, *Diritto dell'informazione e della comunicazione* (con la collaborazione di A. Valastro), Milano 2004, 295, considera tuttora la Rai una società di interesse nazionale sia pur per negare la possibilità di una sua privatizzazione integrale, R. MANSERVISI, *La Rai S.p.a.*, in *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, a cura di M. CAMMELLI e M. DUGATO, Torino 2008, 134, dopo aver affermato che l'entrata in vigore della riforma ha fatto venir meno l'attualità del tema della natura della Rai è costretto a ripercorrere, al termine di una riflessione su alcune delle questioni interpretative legate a questo accertamento, le varianti di maggior interesse legate sul versante organizzativo alla sua « lunga qualificazione... quale società di interesse nazionale ».

Per alcune osservazioni sul possibile impatto delle novità della riforma delle società di capitali in grado di riflettersi sulle scelte del concreto regime di una società di interesse nazionale v. M. DE ACUTIS, *La società « pubblica » tra diritto privato e diritto amministrativo: il punto di vista del giuscommerzialista*, in *La società « pubblica » tra diritto privato e diritto amministrativo*, Atti del Convegno, Padova, 8 giugno 2007, a cura di V. Domenichelli, Padova 2008, 51 ss. Non convince, per la sua sommarietà, l'intervento di N. LONGOBARDI, *ivi*, 183, quando in una considerazione unitaria di Gepi S.p.a. e Rai S.p.a. afferma che poiché entrambe « ricevono direttive dall'esterno non possono essere considerate vere e proprie società nel senso del codice civile ». A parte la mancata ricognizione critica dei rispettivi statuti legali viene completamente trascurato, nell'esame del rapporto, pur richiamato, tra autonomia privata e etero direzione pubblica, l'incidenza e il condizionamento sul soggetto concessionario del regime concessorio.

- Il far capo, ai fini del riconoscimento della natura pubblica della Rai S.p.a., alla soggezione della concessionaria « per la verifica della correttezza dell'esercizio della... funzione ai penetranti controlli di vigilanza da parte di un'apposita commissione parlamentare, espressione dello Stato comunità », ripropone l'equivoco di ricomprendere, quale criterio di qualificazione del soggetto concessionario, il rispetto di un principio posto, in attuazione di una precisa indicazione della Corte costituzionale (sentt. nn. 225 e 226 del 1974). fin dalla prima legge di riforma del settore a garanzia di un corretto esercizio del servizio pubblico radiotelevisivo.

Il ruolo e la funzione della Commissione di vigilanza, sono stati riaffermati ancor di recente dalla stessa Corte che, in occasione di un conflitto di attribuzioni sorto tra poteri dello Stato a seguito della revoca di un consigliere di amministrazione della Rai effettuata senza una previa deliberazione della Commissione stessa, ha riconosciuto che l'evoluzione del regime legale di nomina dei componenti del consiglio di amministrazione dimostrava « come il legislatore si sia conformato ai principi affermati da(lla)... Corte in tema di prevalenza dell'indirizzo e della vigilanza parlamentare sulla gestione della società concessionaria del servizio pubblico radiotelevisivo »²⁶, che avevano giustificato la riconduzione nella legge di riforma della società concessionaria fra le società d'interesse nazionale²⁷.

La « particolare disciplina » degli organi di governo della Rai S.p.a. (ex art. 2451 c.c.) che si esprime nelle caratteristiche di un modulo organizzativo « di fondamentale importanza per la salvaguardia della natura e della missione del servizio pubblico radiotelevisivo »²⁸ rende, a sua volta, manifesta la riconduzione alle Camere della fase di determinazione delle scelte generali (c.d. « parlamentarizzazione » del sistema radiotelevisivo pubblico) e la scelta della Commissione di vigilanza quale organo « competente ad esprimere - nel suo ruolo di « autorità di indirizzo

²⁶ Corte cost. 13 marzo 2009, n. 69 in questa *Rivista* 2009, 646 con nota di E. LEHNER, *Il caso Petroni: luci e ombre della sent. n. 69 del 2009*; v. anche V. VINCENZI, *La commissione Rai: una vicenda del tutto singolare, giuridica ovvero politica?*, in *Rass. parl.* 2009, 69 ss.

²⁷ Sul regime della società concessionaria a seguito della legge di riforma v. all'epoca, le diverse letture di M. NIGRO, *Sulla natura giuridica della Rai*, in *Cons. Stato* 1977, 797 ss.; F. BENVENUTI, *Sulla natura privatista della Rai*, *ivi*, 1977, 785; M.S. GIANNINI, *Sulla natura giuridica della Rai*, in *Il dir. delle radiodiffusioni e delle telecomunicazioni*, 1978, 664 ss.; E. BOCCHINI, *La « società per azioni » Rai*, Napoli 1983, specie 72 ss.

²⁸ E. LEHNER, *op. cit.*, 657.

e garanzia » - la volontà del Parlamento »²⁹.

c) del pari ininfluyente per l'inclusione della Rai S.p.a. fra gli enti pubblici è di essere la società concessionaria « destinataria, per coprire i costi del servizio, di un canone di abbonamento, avente natura di imposta e gravante su tutti i detentori di apparecchi di ricezione... che viene riscosso e le viene versato dall'agenzia delle entrate ».

Non solo non vi è alcun esercizio di un potere autoritativo da parte della società concessionaria, essendo il canone d'abbonamento « un'imposta di scopo, i cui proventi affluiscono nel bilancio statale sotto un capitolo di entrata a cui di *fatto* (corsivo originario) corrisponde un equivalente capitolo di spese in favore della Rai »³⁰, che rappresenta la necessaria fonte di finanziamento per consentirle di adempiere ai compiti del servizio pubblico generale³¹.

Non bisogna infatti confondere il problema della natura del canone (nel rapporto cittadino - ente impositivo la cui disciplina è riservata alla legge statale) con l'utilizzazione del suo gettito destinato, a parte la quota assegnata all'Accademia nazionale di Santa Cecilia, nell'ambito del rapporto di concessione « alla copertura dei costi del servizio pubblico generale radiotelevisivo », con la conseguenza che è

²⁹ Era questa, del resto, la tesi della Commissione nel corso del procedimento per conflitto di attribuzione deciso in suo favore dalla Corte costituzionale con la decisione del 31 marzo 2009, n. 69. Per un ampio commento R. DICKMANN - G. MALINCONICO, *La posizione della Commissione di vigilanza Rai nel quadro delle competenze normative in materia di servizio pubblico radiotelevisivo*, in *www.federalismi.it* n. 5/2009 che riconoscono, fra l'altro, l'inapplicabilità della normativa comune sui limiti della *prorogatio* per la natura privatistica della società concessionaria (*ivi*, *sub nota*. 27).

³⁰ A. PACE - M. MANETTI, *op. cit.*, 698.

³¹ Sulla natura del canone, oltre alla giurisprudenza costituzionale (Corte cost. 12 maggio 1988, n. 535 in questa *Rivista* 1988, p. 2535 con nota di A. FANTOZZI, *Brevi note sulla qualificazione tributaria del canone radiotelevisivo*, e 26 giugno 2002, n. 284, *ivi*, 2002, 2063 con nota di R. BORRELLI, *Il canone radiotelevisivo di nuovo dinanzi alla Corte; l'ennesimo capitolo della storia di un contributo controverso*) v., nella giurisprudenza di legittimità, Cass. 3 agosto 1993, n. 8549 in *Riv. dir. trib.* 1995, II, 801 con nota critica di G. FALSITTA, *Canone tv, utenti nell'ombra e giudici nella nebbia* e in *Giur. it.* 1994, I, 1191 con nota di F. DI NUNZIO, *Sulla natura giuridica del canone di abbonamento alla radiotelevisione*.

Sulla prevalenza del fine pubblico e la natura fiscale del canone rispetto alla tutela dei diritti del cittadino contribuente che non abbia pagato il canone o receda dall'abbonamento già stipulato, v. la decisione della Corte Europea dei diritti dell'uomo del 31 marzo 2009 (causa Faccio c. Italia, n. 33/049) commentata da E. DE MITA, *Il canone tv supera l'esame dei diritti umani*, in *Il Sole 24 Ore* del 12 luglio 2009 che sottolinea l'affermazione della Corte sulla natura del canone quale « contributo dovuto per l'interesse della comunità e non un prezzo per un servizio particolare ricevuto ».

stata negata, ancor di recente, dalla Corte costituzionale ogni legittimità ad una legge regionale intesa a rendere possibile l'utilizzazione di una quota parte del canone³².

d) rivela, infine, una sovrapposizione di discipline operanti su piani diversi la rilevanza riconosciuta alla circostanza, fra « i peculiari caratteri del regime della Rai », che la società concessionaria « è tenuta all'osservanza delle procedure di evidenza pubblica nell'affidamento di appalti, in quanto "organismo di diritto pubblico" ai sensi della normativa comunitaria in materia ».

Anche se temperata dal riconoscimento che la natura di organismo pubblico della Rai era stato affermato in precedenza ai soli «... limitati fini che in quella sede venivano in considerazione»³³, l'aprioristica inclusione della società concessionaria « nel novero degli enti pubblici » appare risentire - e sicuramente in misura eccessiva³⁴ - del-

³² Corte cost. 15 luglio 2010 n. 255 che in relazione alla l. reg. Piemonte 26 ottobre 2009, n. 25 (Interventi a sostegno dell'informazione e della comunicazione istituzionale via radio, televisione, cinema e informatica) ha stabilito l'illegittimità costituzionale per violazione della competenza legislativa in materia di « sistema tributario dello Stato » (art. 117, comma 2 lett. e, Cost.) di una norma (art. 8, comma 2) che prevedeva « intese » tra Regione e Ministero dello sviluppo economico per l'utilizzazione di una quota parte del canone di abbonamento.

L'illegittimità costituzionale della disposizione che, con una certa contraddittorietà nella sua stessa formulazione letterale, autorizzava la Giunta regionale « nel rispetto della libertà di iniziativa economica della società concessionaria, anche con riguardo alla determinazione dell'organizzazione dell'impresa, nonché nel rispetto dell'unità giuridica ed economica dello stato e del principio di perequazione, ... a promuovere intese con il Ministero dello sviluppo economico a definire l'utilizzo di quota parte del canone di abbonamento Rai corrisposto dai cittadini piemontesi... » è stata riconosciuta perché « prevedendo "intese" tra Regione e Ministero dello sviluppo economico per l'utilizzazione di una quota... del canone... si pone in palese contrasto con la disciplina statale di tale canone, la quale, da un lato, non consente alcun intervento del legislatore regionale... e, dall'altro, stabilisce espressamente - all'art. 47 del d.lgs. n. 177 del 2005 - che il gettito di detto tributo erariale è destinato alla copertura dei costi del servizio pubblico generale radiotelevisivo, con ciò escludendo qualsiasi possibilità di "intese" con la Regione sulla destinazione del gettito del medesimo tributo ».

Sulle condizioni che legittimano la qualificabilità quale servizio di interesse economico generale della missione di servizio pubblico di un'emittente televisiva pubblica e della compensazione degli oneri di servizio v. la giurisprudenza comunitaria commentata da V. SQUARATTI, *Gli aiuti pubblici alle imprese: compensazione di oneri di servizio nel settore della radio telediffusione e nel settore del trasporto postale*, in *Dir. pubbl. comp. ed eur.* 2009, IV, 371 ss.

³³ Cass., sez. un., 23 aprile 2008, cit. *supra sub* nota 23.

³⁴ V. ad esempio la forzatura interpretativa della qualificazione di Autostrade per

le incertezze originate da una « definizione/enigma », quale quella dell'organismo pubblico nell'ordinamento comunitario³⁵.

Senza ripercorrere i termini della contrapposizione, spesso presente nell'analisi dell'organismo di diritto pubblico, quando « non cogliendone il carattere funzionale (si) affronta anche tale questione in termini "essenzialisti" ... e magari (si) traccia su questa nuova frontiera una diversa linea di confine tra ente pubblico e privato »³⁶ è ormai comunemente accettata sia sotto il profilo del diritto comunitario che nazionale³⁷, pubblico³⁸ e commercialistico³⁹, la conclusione, sulla

l'Italia S.p.a. come organismo di diritto pubblico, operata dai giudici amministrativi quando hanno ravvisato il requisito della « gestione soggetta a controllo pubblico » (art. 3.26, d.lgs. n. 163 del 2006) nella sussistenza di una concessione amministrativa, ricordata da M. LIBERTINI, *Organismo di diritto pubblico, rischio d'impresa e concorrenza: una relazione ancora incerta*, in *Contratto e impresa*, 2008, 1225.

- ³⁵ Utilizza questa espressione M.P. CHITI, *Impresa pubblica e organismo di diritto pubblico: nuove forme di soggettività giuridica o nozioni funzionali?*, in *Organismi e imprese pubbliche (natura dell'attività e incidenza sulla scelta del contraente e tutela giurisdizionale)*, a cura di M.A. SANDULLI, Milano 2004, 69.
- ³⁶ G. Napolitano, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano 2003, 172 ss. che sottolinea come la « qualificazione serva soltanto a determinare i soggetti tenuti ad applicare una certa normativa; non a individuare una nuova natura giuridica di cui si possa predicare l'attribuzione addirittura come termine di identificazione ». Dello stesso A. v anche *Soggetti privati « enti pubblici »*, in *Dir. amm.* 2003, 809 ss.
- ³⁷ Per tutti v. nell'ottica che qui interessa M.P. CHITI, *L'organismo di diritto pubblico e la nozione comunitaria di P.A.*, in *Annuario 1999-2000* dell'Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo, Milano 2001, 77 a cui avviso la qualificazione in termini di organismo di diritto pubblico « non ha una vis espansiva per configurare globalmente in senso pubblicistico un soggetto giuridico » e « non ha valore in termini soggettivi » ma rileva solamente nella qualificazione « come soggetti tenuti ad applicare il diritto comunitario di talune persone giuridiche pubbliche e private che possiedono i requisiti previsti dalla normativa comunitaria applicabile, le quali per il resto rimangono giuridicamente rilevanti secondo le caratteristiche loro imprese dal diritto nazionale delle loro attività ». Dello stesso A. v. successivamente, *Impresa pubblica e organismo di diritto pubblico: nuove forme di soggettività giuridica o nozioni funzionali?*, in *Organismi e imprese pubbliche*, a cura di M.A. SANDULLI, Milano 2004, 67 ss. (Atti del Convegno « Impresa pubblica tra mercato, regole e giudice », Università degli Studi di Roma Tre, 6 maggio 2004) quando, dopo aver ricordato che nella prospettiva dei soggetti la stessa figura soggettiva può essere tenuta all'applicazione di diverse discipline, richiama l'efficace formula di G. Napolitano sulla possibilità di « individuare porzioni oggettivamente pubbliche di attività soggettivamente private ».
- ³⁸ G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, cit., 172 ss. e ivi ampi richiami.
- ³⁹ M. LIBERTINI, *op. cit.*, 1201 ss. che considera « problematica » l'applicazione giurisprudenziale della qualifica di organismo di diritto pubblico nei confronti della Rai.

base della giurisprudenza della Corte di giustizia⁴⁰, che la nozione di organismo pubblico, più ristretta della nozione di impresa pubblica comprensiva di ogni impresa soggetta ad « influenza dominante » da parte di un ente pubblico, non è stata elaborata per allargare il novero dei soggetti rientranti nella pubblica amministrazione ma si presenta quale nozione funzionale al fine di evitare distorsioni delle regole concorrenziali del mercato⁴¹.

e) Ultimo argomento richiamato a sostegno della natura di ente pubblico della Rai S.p.a. è l'essere la concessionaria del servizio pubblico « compresa tra gli enti cui lo Stato contribuisce in via ordinaria, sottoposti pertanto al controllo della Corte dei conti ».

La circostanza merita un esame particolare, non solo per la rilevanza istituzionale della soggezione della Rai al momento della decisione della sezioni unite della Cassazione al controllo previsto dall'art. 2 l. 21 marzo 1958, n. 259 ma per il recente d.P.C.M del 10 marzo 2010 e la conseguente nomina di un consigliere della Corte con « le funzioni di Delegato al controllo sulla gestione finanziaria della Rai S.p.a., a norma dell'art. 12... con effetto dal 7 luglio 2010 ».

4. La Corte dei conti e l'assoggettamento della Rai S.p.a. al controllo ex art. 12 l. 21 marzo 1958, n. 259 (d.P.C.M. 10 marzo 2010)

Mentre la sottoposizione della Rai al controllo contabile della Corte dei conti ai sensi dell'art. 2, l. 21 marzo 1958, n. 259, in quanto « ente » destinatario di contribuzioni ordinarie da parte dello Stato, non

⁴⁰ Comune è il richiamo a Corte giust. del 12 dicembre 2002 (C-470/99), in *Foro amm.-C.d.S.* 2002, 3009.

⁴¹ C. CASTRINUOVO, S. MAZZAMUTO, *Manuale di diritto privato europeo*, Milano 2007, III, 411; L. CESARO, in M. CASSOTTANA - A. NUZZO, *Lezioni di diritto commerciale comunitario*, Torino, 2006, 386, sottolineata, al termine di una sintesi della giurisprudenza comunitaria, che è organismo di diritto pubblico « l'ente che persegue, al pari della pubblica amministrazione, interessi pubblicistici ed in cui la veste di diritto privato rappresenta unicamente lo strumento che, in virtù della concreta valutazione della medesima pubblica amministrazione, meglio consente di perseguire i predetti interessi pubblicistici » (corsivo aggiunto).

Si domanda infine se il diritto comunitario abbia « addirittura modificato i confini della nozione di amministrazione pubblica » per il condizionamento effettuato dalla nozione di organismo pubblico F. FRACCHIA, *Ordinamento comunitario, mercato e contratti della Pubblica a amministrazione*, Napoli 2010, 60-61.

presentava, di per sé, specifica rilevanza sul piano della qualificazione della natura del soggetto essendo la nozione di « ente » comprensiva anche di soggetti di diritto privato⁴², diversa appare la premessa della soggezione al regime di controllo previsto dall'art. 12 che si esercita « sulla gestione finanziaria *degli enti pubblici...* ».

Sembrirebbe a questo punto dell'indagine che l'indicazione dell'esecutivo confermi una maturata adesione ad una ricostruzione in senso pubblicistico della Rai S.p.a., e il riconoscimento della sua appartenenza alla categoria dell'ente pubblico-società per azioni, anche se sussistono tuttora perplessità e critiche sul riconoscimento di questa categoria e sui suoi confini⁴³.

Merita quindi esaminare con attenzione la motivazione del d.P.C.M. del 10 marzo tenendo presente che anche altri soggetti, a totale o in alcuni casi a prevalente partecipazione pubblica operanti sotto forma di società per azioni, sono sottoposti a tale forma di controllo sia per espressa indicazione della norma istitutiva, come nel caso dell'Anas S.p.a. (art. 7, comma 11 l. 8 agosto 2002, n. 178), della Cassa depositi e prestiti e della Sace (rispettivamente art. 5 l, comma 17 e art. 6, comma 16 l. 24 novembre 2002, n. 326), di Arcus S.p.a. già Sibec S.p.a. (art. 10, comma 10 l. 18 ottobre 1997, n. 352), di Coni servizi S.p.a. (art. 8, comma 10 l. 8 agosto 2002, n. 178) sia, anche in assenza di qualsiasi indicazione legislativa, come è avvenuto per F.S. S.p.a., dopo un iniziale controllo *ex art. 2*, di Eni S.p.a., Enel S.p.a. e Poste italiane S.p.a. a seguito della decisione della Corte costituzionale del 28 dicembre 1993, n. 466⁴⁴ che ha corretto alcune anomalie presenti nel processo di privatizzazione di enti pubblici economici e di società a partecipazione pubblica.

La prima osservazione che si trae da questo elenco, certamente non completo (basti pensare nella seconda alternativa anche ad Enav S.p.a.,

⁴² Ricorda, da ultimo G. GRÜNER, *op. cit.*, 250, *sub* nota 31 e ivi ampie citazioni, come il controllo previsto dall'art. 2 « assume quanto ad ambito soggettivo di applicazione gli "enti" - non ulteriormente qualificati e comprensivi, quindi, anche degli enti autenticamente privati - cui lo Stato contribuisce in via ordinaria... »

⁴³ M.G. ROVERSI MONACO, *La teoria dell'ente pubblico in forma di società. Considerazioni critiche*, Torino 2004, 64 ss.; in senso contrario v. M. RENNA, *Le società per azioni in mano pubblica. Il caso delle S.p.a. derivanti dalla trasformazione di enti pubblici economici ed aziende autonome statali*, Torino 1997, 70 ss.

⁴⁴ La decisione, oggetto di ampi commenti è pubblicata in questa *Rivista* 1993, I, 3860 con nota di A. CERRI, *La « mano pubblica » e la gestione privata di attività economica. Problemi processuali e sostanziali di un interessante conflitto*.

Istituto poligrafico S.p.a., Eur S.p.a., Italia Lavoro S.p.a., Consip S.p.a.)⁴⁵ è che in entrambe le fattispecie si è cercato di regolamentare le conseguenze di un processo di privatizzazione spesso rimasto allo stato formale.

Si va così dal regime in cui gli enti che derivano dalla trasformazione o continuano a far parte della Pubblica amministrazione (Arcus, Coni servizi, Anas) o, come nel caso della Cassa depositi e prestiti, presentano, in relazione alla duplicità di scopi e di regimi indicati dalla previsione normativa, un « sistema separato ai soli fini contabili e organizzativi », alla diversa situazione rappresentata dalle società a partecipazione pubblica che, pur derivando anche esse dalla trasformazione di enti pubblici, operano già in un mercato concorrenziale (Enel S.p.a. Eni S.p.a.) o si trovano in procinto (F.S. S.p.a.) o in prospettiva, più o meno remota anche per regole comunitarie (Poste Italiane S.p.a.), ad operare in regime di concorrenza.

Ma proprio da questa duplicità di regimi emerge una carenza nella motivazione dell'atto dell'esecutivo che riconosce la soggezione della Rai S.p.a. al regime dell'art. 12.

Anche se la data d'emanazione del d.P.C.M. fa pensare per la sua tardività - basta analizzare i richiami temporali contenuti nelle premesse - ad una decisiva e innovativa influenza dell'ordinanza della Cassazione, nel provvedimento si continua a richiamare esclusivamente e in modo tratlatizio, il principio affermato dalla Corte nel 1993, senza esaminarlo, come suggerito nella stessa giurisprudenza costituzionale, nel contesto della singola normativa speciale.

Ci si limita infatti, come nei casi in cui alla trasformazione di un preesistente ente pubblico in società per azioni sia seguita un'utilizzazione solo formale dello schema della società per azioni, a motivare il riconoscimento della Rai S.p.a. come ente pubblico con un mero richiamo alla sent. n. 466 del 1993 del 28 dicembre 1993 « in base alla quale la formulazione letterale di "ente pubblico" contenuta nell'art. 12 della l. 21 marzo 1958, n. 259, è estendibile alle gestioni gravanti sul bilancio dello Stato, prescindendo dalla veste giuridica di volta in volta formalmente attribuita e quindi anche alle società in mano pubblica (con partecipazione esclusiva, maggioritaria o prevalente) ».

La motivazione del d.C.M. del 10 marzo 2010 non sembra dunque, almeno nei confronti della Rai S.p.a., correttamente sviluppata.

⁴⁵ Per un'elencazione più completa si rinvia a G. GRÜNER, *op. loc. ult. cit.*

Non va dimenticato il contesto nel quale è stata resa la decisione della Corte costituzionale che ha avuto il merito di identificare e correggere, fin dall'origine del processo di privatizzazione, alcune anomalie segnalate dalla Corte dei conti in una delicata fase di trasformazione dell'ordinamento nella quale in una « confluenza di diritto amministrativo e diritto privato... le nozioni fondamentali del diritto amministrativo (ad esempio servizio pubblico ed ente pubblico) si dilatano, snaturano e degradano, fino a divenire indefinibili e si moltiplicano statuti, modelli, tipi, a causa della loro ibridazione »⁴⁶, dando origine ad un'esplicita « reazione pubblicistica » nei confronti di un recepimento di istituti del diritto privato⁴⁷, non sempre giustificato.

La decisione della Corte costituzionale ha avuto riguardo, in modo prevalente se non esclusivo, al fenomeno delle c.d. « privatizzazioni » e ad alcune delle incongruenze che erano emerse a seguito della trasformazione di enti pubblici e di enti pubblici economici: basti pensare, oltre al tema del mancato controllo della Corte dei conti, ai problemi posti dalla previsione dei c.d. « poteri speciali », corrispondenti all'introduzione in altri ordinamenti nazionali della « *golden share* » o dell'*action spécifique*, sanzionati più volte dalla giurisprudenza della Corte di giustizia⁴⁸.

Operando « sul piano della individuazione dei soggetti » la Corte costituzionale ha prima segnalato « come la stessa dicotomia tra ente pubblico e società di diritto privato si sia andata, di recente, tanto in sede normativa che giurisprudenziale, sempre più stemperando » per poi specificare che la normativa sulle privatizzazioni costituiva « un esempio di quanto si presenti oggi sfumata la linea di confine che, nell'ambito di discipline speciali quali quelle in esame, viene a distinguere

⁴⁶ Per tutti v. S. CASSESE, *Le trasformazioni del diritto amministrativo da XIX al XXI secolo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* 2002, 37.

⁴⁷ G. NAPOLITANO, *Il giudice amministrativo di fronte alla privatizzazione*, in *Merc. conc. reg.* 2003, 539 e in *Soggetti privati « enti pubblici »?*, cit., 801.

⁴⁸ Sul tema. G.C. SPATTINI, *Poteri pubblici dopo la privatizzazione (saggio di diritto amministrativo dell'economia)*, Torino 2006, 120 ss. e successivamente dello stesso A. « *Vere* » e « *false* » « *Golden shares* » nella giurisprudenza comunitaria. La « *deriva sostanzialista della corte di giustizia, ovvero il « formalismo » del principio della « natura della cosa* »: il caso « *Volkswagen* » e altro... , in *Riv.it. dir. pubbl. comun.* 2008, specie 335 ss.; I. DEMURO, *La nomina delle cariche sociali nelle società a partecipazione pubblica dopo le censure della giurisprudenza comunitaria*, in *Profili attuali del diritto societario europeo* a cura di G. FERRI jr e M. STELLA RICHTER jr, Milano 2010, 165 e ivi cit.

gli enti pubblici dalle società di diritto privato » (corsivo aggiunto).

L'affermazione conferma la necessità di procedere, caso per caso, alla ricognizione della disciplina legale dettata per la singola società per poi trarne la conclusione tenendo presente che in una società di interesse nazionale, come la Rai S.p.a., le modifiche in senso pubblicistico introdotte nella struttura societaria di diritto comune sono « funzionali » all'esercizio, sotto forma d'impresa, di una attività, del tutto particolare come nel caso della concessione del servizio pubblico radiotelevisivo.

Di questa analisi non c'è alcuna traccia neppure nel decreto del Presidente del Consiglio, anche se l'esigenza è stata avvertita come dimostrano i richiami ad alcune vicende procedimentali, del tutto neutre in termini di qualificazione della natura della concessionaria, quali la scissione parziale dall'Iri della partecipazione in Rai e la sua attribuzione (10 gennaio 2001) ad una società partecipata totalitariamente dal Ministero del Tesoro (Rai Holding S.p.a.) e la fusione per incorporazione in quest'ultima della Rai-Radiotelevisione italiana S.p.a., che rappresentano le premesse per rendere operante il regime speciale previsto dalla l. 3 maggio 2004, n. 112.

Anche nel decreto 10 marzo 2010 manca, come nell'ordinanza della Cassazione, ogni analisi della normativa speciale della concessionaria del servizio pubblico radiotelevisivo dalla quale trarre indici significativi per affermarne la natura, pubblica o privata, nell'ambito dello schema legale previsto dall'art. 2451 c.c.

5. La disciplina speciale dell'azione sociale di responsabilità nella Rai S.p.a. (art. 49, comma 8 d.lgs. 31 luglio 2005, n. 177)

In questa prospettiva, un indice positivo che non sembra sia stato ancora sufficientemente approfondito è rappresentato dal regime legale dell'azione sociale di responsabilità sul quale la Cassazione si limita ad affermare: « la previsione legislativa della possibilità di promuovere nei confronti dei componenti del consiglio di amministrazione della Rai l'ordinaria azione civilistica di responsabilità (peraltro con il vincolo di una previa deliberazione conforme della commissione di vigilanza) non implica l'esclusione dell'esperibilità dell'azione di responsabilità amministrativa davanti al giudice contabile ».

Si ragiona in tal modo avendo riguardo solo al profilo della mera « coesistenza » fra i due regimi senza tener conto della decisione delle

Sezioni unite della Cassazione del 19 dicembre 2009, n. 26806 quando ha differenziato nel rispetto dell'impianto civilistico, dopo le riserve della dottrina nei confronti del precedente orientamento giurisprudenziale sulla responsabilità contabile⁴⁹, le soluzioni a seconda che il danno sia stato arrecato direttamente al socio pubblico o invece al patrimonio sociale.

La riaffermazione della responsabilità degli amministratori delle società a partecipazione pubblica secondo i principi del diritto comune richiede di valutare il regime speciale introdotto in sede di riforma della Rai S.p.a. sull'esercizio dell'azione sociale di responsabilità (art. 49 t.u.).

Dopo la conferma (comma 1) della soggezione della Rai S.p.a., ove non diversamente previsto dal suo statuto legale, « alla disciplina generale della società per azioni, anche per quanto concerne l'organizzazione e l'amministrazione », conferma che deve rappresentare per l'interprete il criterio fondamentale da osservare nell'analisi della disciplina speciale, il comma 8 introduce un particolare condizionamento nell'esercizio dell'azione di responsabilità, introdotto a tutela degli amministratori della concessionaria.

Il rappresentante del Ministero dell'Economia è infatti vincolato ad esprimere « nelle assemblee della società concessionaria convocate per l'assunzione di deliberazioni di revoca o che comportino la promozione di azione di responsabilità nei confronti degli amministratori... il voto in conformità alla deliberazione della Commissione parlamentare per l'indirizzo generale e la vigilanza dei servizi radiotelevisivi... ».

Il riconoscimento del regime di diritto comune nell'esercizio dell'azione sociale di responsabilità, con la sola eccezione del vincolo per l'esecutivo di eseguire in assemblea le indicazioni della Commissione parlamentare per garantire un'efficace tutela degli interessi dello Stato-comunità, suggerisce di valutare le diverse situazioni che si possono presentare sia nella perdurante fase di partecipazione pubblica totalitaria che nel corso del graduale processo di privatizzazione della concessionaria, quale è ancor oggi previsto, sia pur con le molte riserve formulate dalla dottrina più attenta⁵⁰.

Certamente la specifica modalità con cui viene esercitata l'azione di re-

⁴⁹ Da ultimo C. IBBA, *Forma societaria e diritto pubblico*, cit., 366 e ivi richiami ai precedenti contributi dello stesso A.

⁵⁰ Per tutti v. A. PACE - M. MANETTI, *op.cit.*, 656.

sponsabilità va letta, in pendenza di questo processo, in connessione con la legittimazione del rappresentante del ministero dell'Economia (comma 7) a presentare in assemblea, in occasione della nomina dei consiglieri e « fino alla completa alienazione della partecipazione dello Stato », una « autonoma » lista di candidati redatta in base alle delibere della Commissione parlamentare, « indicando un numero massimo di candidati proporzionale al numero di azioni di cui è titolare lo Stato »⁵¹.

La necessità del parere della Commissione e l'espressione del voto del socio pubblico « in conformità » alla sua deliberazione risponde ad una duplice esigenza.

Se da un lato il regime speciale indica una deroga al diritto comune, necessaria nelle varie fasi della privatizzazione, per garantire che eventuali iniziative della parte privata contro gli amministratori non siano in contrasto con l'interesse tutelato dalla loro indicazione pubblica, non può essere trascurata la diversa funzione svolta dall'intervento della Commissione per garantirne l'autonomia da interferenze dell'esecutivo in presenza di una partecipazione pubblica, indipendentemente dalla sua entità (totalitaria, di maggioranza o di minoranza).

Nel primo caso, in funzione della gradualità del procedimento di privatizzazione che si riflette, come ricordato, sulle modalità della nomina pubblica degli amministratori (comma 7 art. 49, « fino a che il numero delle azioni alienato non superi la quota del 10 per cento del capitale...»), la deroga al regime di diritto comune sottolinea la conformità della norma speciale al principio generale, riconfermato ora dall'affermazione nel nuovo art. 2449 c.c., che gli amministratori di nomina extra-assembleare « possono essere revocati soltanto dagli enti che li hanno nominati »⁵²; nel secondo il necessario scrutinio, preliminare all'esercizio del voto, da parte della Commissione parlamentare tende a garantire la gestione sociale da eventuali interferenze dell'esecutivo, sottolineando, ancora una volta la contrapposizione istituzionale con la Commissione.

Ma se fine della norma speciale è garantire, con questa sola ecce-

⁵¹ Per la rilevanza del canone della proporzionalità nell'interpretazione dell'art. 2449 c.c. v. le diverse letture di M.C. CORRADI, *La proporzionalità tra partecipazione e « potere di controllo » nell'art. 2449 c.c.*, in *Giur. comm.* 2008, II, 932, di C. PECORARO, *Privatizzazione dei diritti speciali di controllo dello Stato e dell'ente pubblico nelle S.p.a.: il nuovo art. 2449 c.c.*, in *Riv. soc.* 2009, 1033 ss. ed ora l'approfondita ricerca di V. DONATIVI, *La nomina pubblica alle cariche sociali nelle società per azioni*, in *Trattato dir. comm. Buonocore - Costi*, Torino 2010, IV, t. 4, VII, 13 ss.

⁵² Sulla portata della norma v. V. DONATIVI, *op.cit.*, specie 164 ss. e 379 ss.

zione, l'esercizio dell'azione sociale di responsabilità (art. 2393 c.c.) e dell'azione sociale di responsabilità da parte dei soci (art. 2393-*bis* c.c.) secondo le regole di diritto comune, questo sembra essere un argomento la cui ricognizione non può essere trascurata nell'esame della rilevanza degli indici di riconoscimento che possono, anche nel protrarsi della partecipazione pubblica totalitaria, essere richiamati a sostegno della natura, privata o pubblica, della società concessionaria⁵³.

6. Pendenza del processo di privatizzazione e natura giuridica della Rai S.p.a.

Un delicato profilo è stato di recente individuato da un'attenta dottrina pubblicistica quando ha esaminato la possibilità per la Rai S.p.a. di sciogliersi « per deliberazione dell'assemblea » (comma 1, n. 6 art. 2484 c.c.).

La novità dell'argomentazione, che peraltro rinnova un tema già sottolineato in passato nei confronti delle società di interesse nazionale, suggerisce di ripercorrerne i passaggi più qualificanti.

Ad una argomentazione positiva condotta sulla base del comma 1 dell'art. 49 che, postulando « implicitamente la necessaria esistenza » della società concessionaria fino alla data del 16 maggio 2016, ne consentirebbe il successivo scioglimento in contrasto con l'indisponibilità del soggetto a decidere della propria esistenza, criterio adottato per una qualificazione pubblicistica⁵⁴, fa seguito l'osservazione della mancata entrata in vigore della norma (e delle conseguenze della norma) che disciplina la « privatizzazione della Rai S.p.a.⁵⁵.

Poiché questa norma « rimette la definizione dei tempi e... degli altri elementi della offerta o delle offerte pubbliche di vendita ad una deliberazione del Cipe... soggetto pubblico del tutto estraneo alla compagine socie-

⁵³ Necessità di una diversa indagine le conseguenze che si avrebbero una volta completato il processo di privatizzazione. Con una Rai S.p.a. totalmente posseduta da privati (« fino alla completa alienazione della partecipazione dello Stato » recita il settimo comma) si potrebbe considerare cessata ogni possibilità d'intervento della Commissione parlamentare, anche se una tale conclusione, rispondente ad un'esaltazione del solo aspetto economico dell'attività d'impresa, suscita una sostanziale perplessità per la carente tutela che si avrebbe nei confronti dell'interesse generale il cui rispetto deve sempre caratterizzare l'operato della società concessionaria del servizio pubblico delle radiodiffusioni.

⁵⁴ G. GRÜNER, *op. cit.*, 86 ss.

⁵⁵ G. GRÜNER, *op. cit.*, 142.

taria », con la sottrazione al Ministero dell'Economia della possibilità « di alienazione delle azioni di cui è titolare... ne deriva che tale Ministero non può neanche procedere ad una deliberazione di auto scioglimento dell'organismo societario... » con la conseguenza di ricondurre la Rai S.p.a. « nell'alveo degli enti pubblici a struttura di società per azioni »⁵⁶.

L'argomento è sicuramente dotato di fascino ma merita di essere integrato da alcune considerazioni che inducono a dare un altro significato alla ricostruzione delle componenti che concorrono nel precetto complessivo dell'art. 49:

- è vero che il comma decimo della disposizione individua l'entrata in vigore del sistema composto dai comma primo - nono ad un momento successivo « alla data di chiusura della prima offerta pubblica di vendita... effettuata ai sensi dell'art. 21, comma 3 della l. 3 maggio 2004, n. 112 », confermando il rinvio a quest'ultima norma per la dismissione della partecipazione dello Stato nella Rai S.p.a. (art. 49, ult. comma), ma al contempo viene fissato un regime transitorio, per l'applicazione delle « procedure » previste dai soli comma 7 e 9, ove « anteriormente a questa data sia necessario procedere alla nomina del consiglio di amministrazione, per scadenza naturale del mandato o per altra causa ».

In realtà occorre porre l'accento su due momenti della normativa transitoria che appaiono particolarmente qualificanti: la rilevanza del termine « procedure » che sembra essere ingiustificatamente restrittivo e la necessità di procedere alla nomina del consiglio di amministrazione « per scadenza naturale del mandato ».

Mentre quest'ultima previsione sembra quasi significare un'aspettativa « naturale » del legislatore ad una protrazione dell'attuale stato di pendenza che va ben al di là della previsione della tempistica individuata per la privatizzazione della concessionaria, il richiamo alle procedure conferma la necessità della delibera della Commissione parlamentare per la nomina di sette membri e la facoltà del socio di maggioranza Ministero dell'Economia (dato che la previsione comprende l'ipotesi di un'alienazione che non « superi la quota del dieci per cento del capitale della Rai S.p.a. ») di indicare « i restanti due membri, tra cui il presidente ».

Ora la previsione del numero di nove dei componenti il consiglio di amministrazione è fissata dal comma terzo dell'art. 49 che ne demanda il compito, una volta che il sistema sia a regime, all'assemblea

⁵⁶ G. GRÜNER, *op. loc. cit.*

(« Il consiglio di amministrazione... composto da nove membri è nominato dall'assemblea »).

Il che significa che anche nel periodo transitorio o, comunque fino alla data del 6 maggio 2016 nel quale « la concessione del servizio pubblico generale radiotelevisivo è affidata... alla Rai-Radio televisione italiana » (comma 1), si applicano, oltre le procedure previste per il regime della nomina, anche le previsioni di eleggibilità dei consiglieri (comma 4) e di garanzia dell'assetto societario fissate per il sistema a regime ed individuate come qualificanti nello statuto legale della concessionaria (come nel caso disciplinato dal comma 8 a tutela dell'autonomia e di indipendenza dei consiglieri rispetto all'esecutivo).

L'efficacia di queste norme, destinate ad avere definitiva attuazione una volta ultimato il processo di privatizzazione, deve essere anticipata, essendo norme di struttura che individuano lo statuto legale della concessionaria, al periodo di pendenza in cui ha (o dovrebbe) aver luogo la privatizzazione della partecipazione pubblica, in modo da garantire nel modo più completo la tutela dell'interesse pubblico che postula, come referente dell'organismo societario, proprio lo Stato comunità « in ragione delle caratteristiche del servizio pubblico ad esso normativamente rimesso »⁵⁷.

- Questa circostanza non permette di condividere la tesi che, una volta individuato il Cipe, le cui direttive definiscono « i tempi, le modalità di presentazione, le condizioni e gli altri elementi dell'offerta o delle offerte pubbliche di vendita... » (art. 21, comma 4 l. 3 maggio 2004, n. 112), alla stregua di un « ... soggetto del tutto esterno alla compagine sociale », ne fa derivare che il Ministero « attualmente azionista quasi totalitario di Rai S.p.a. non può autonomamente procedere, in questa sua precipua qualità, alla alienazione delle azioni di cui è titolare... » e non può conseguentemente neanche procedere « così come il meno è ricompreso nel più... ad una deliberazione di auto scioglimento dell'organismo societario ai sensi dell'art. 2484, comma 1 n. 6 c.c. ».

Si assiste infatti ad una sovrapposizioni di piani nell'argomentazione giuridica.

La natura dell'intervento del Cipe non va considerata nella prospettiva della sua estraneità alla platea azionaria, richiamando il profilo della tutela della situazione giuridica soggettiva del socio, ma de-

⁵⁷ G. GRÜNER, *op. loc. cit.*

ve essere ricostruita, ancora una volta, in funzione della tutela dell'interesse dello Stato-comunità, come comprova l'incisivo ruolo assolto in passato, anche se in via cautelativa, nella stagione delle privatizzazioni dalle direttive dello stesso Comitato (30 dicembre 1992)⁵⁸, nelle procedure di cessione delle partecipazioni dello stato nelle società per azioni derivanti dalla trasformazione degli enti pubblici economici.

- Non persuade infine la conclusione della natura pubblica della Rai S.p.a. giacché una volta che si fosse proceduto « alla prima offerta pubblica di vendita entrerebbe in vigore il richiamato comma 1 dell'art. 49 del d.lgs. n. 177 del 2005, con la conseguenza che Rai S.p.a. non potrebbe, comunque, almeno sino al 6 maggio 2016, autonomamente disporre della propria esistenza, perché concessionaria *ex lege* del servizio pubblico radiotelevisivo »⁵⁹.

Se si accetta il metodo di ricerca che si è proposto, diversa può essere la prospettiva d'indagine.

La norma del primo comma dell'art. 49 (« La concessione del servizio pubblico generale radiotelevisivo è affidata fino al 6 maggio 2016, alla RAI - Radiotelevisione italiana S.p.a. ») che sembrerebbe subordinata nella sua entrata in vigore, stando alla formulazione letterale del comma decimo, alla data di chiusura della prima offerta pubblica di vendita può essere oggetto di una doppia lettura a seconda dell'andamento del processo di privatizzazione o del perdurare dell'attuale stato di transizione.

Da un lato, ove entro il termine del 6 maggio 2016, data entro la quale nello schema della norma la concessionaria non può disporre della propria esistenza in attesa dell'inizio del processo di privatizzazione, avesse luogo la messa sul mercato di tutta o parte la partecipazione pubblica secondo le direttive Cipe, troverebbe attuazione il complessivo impianto dettato dall'art. 49.

Ove invece entro questo termine il processo di privatizzazione non fosse iniziato, più che avere una norma *inutiliter data*, alla quale sarebbe difficile dare un significato che sia diverso dall'esclusione di ogni ultrattività dell'attuale soggetto concessionario, la si potrebbe considerare come l'indicazione del termine ultimo entro il quale dare inizio al processo di privatizzazione, con il conseguente vincolo per il

⁵⁸ F. BONELLI, *Il codice delle privatizzazioni nazionali e locali*, Milano 2001, 79.

⁵⁹ G. GRÜNER, *op. loc. cit.*

legislatore di intervenire sullo statuto legale della concessionaria.

Al pari delle altre norme non procedurali richiamate, sia pur in modo indiretto, a tutela dell'interesse generale coinvolto dall'attività della concessionaria in occasione della disciplina transitoria delle procedure di nomina degli amministratori della società concessionaria « in caso di scadenza naturale del mandato » prima della data di chiusura della prima offerta pubblica di vendita, il termine del 6 maggio 2016 fissato per la scadenza della concessione alla RAI - Radiotelevisione italiana, anche se non entrato formalmente in vigore per il parziale richiamo contenuto nel comma 10, acquista il significato di una messa in mora dell'esecutivo per non aver provveduto alle incombenze fissate dalla legge di riforma.

Infine va ricordato, come si è già accennato, che l'indisponibilità prevista talvolta per le società di interesse nazionale più che essere indice di una loro natura pubblica rappresenta una delle modalità che caratterizzano il tipo, essendo demandata alle singole leggi speciali l'adozione di « una particolare disciplina circa la gestione sociale » (art. 2451 c.c.).

7. Conclusioni

Le riflessioni che precedono prendono spunto dall'osservazione che la « libertà di iniziativa economica della società concessionaria, anche con riguardo alla determinazione dell'organizzazione dell'impresa » riconosciuta espressamente nell'art. 46 del t.u. non ha il solo valore di richiamo ad una generica libertà economica ma significa anche competenza esclusiva del soggetto a darsi un autonomo ordinamento, in coerenza con lo statuto costituzionale dell'autonomia privata⁶⁰.

Ne consegue che lo statuto giuridico della concessionaria, ove non disciplinato dall'intervento della legislazione speciale, continua ad essere regolato dalle norme di diritto comune sì che ulteriori « vincoli o limitazioni all'attività negoziale, alle scelte gestionali, alle politiche del personale e ogni altro aspetto e profilo della libertà imprenditoriale organizzativa, strutturale e funzionale non possono avere fonte eteronoma ed imperativa ma possono derivare soltanto da autodeterminazione o dalla assunzione di vincoli obbligatori di matrice contrattuale »⁶¹.

Si presenta quindi la necessità in presenza di un costante riconosci-

⁶⁰ M. ESPOSITO, *Profili costituzionali dell'autonomia privata*, Padova 2003, 255 ss.

⁶¹ R. ESPOSITO, *Ego te baptizo*, cit., 24.

mento da parte di altra giurisprudenza della Cassazione della natura privata della Rai S.p.a. (ad esempio in tema di rapporto di lavoro) di una nuova decisione delle Sezioni Unite che invece di procedere, come è stato causticamente osservato, ad osservazioni condotte « in forma oracolare »⁶² esami in radice, nelle sue luci ed ombre, l'attuale statuto legale della concessionaria in attesa che si pervenga ad una diversa governance nell'esercizio del servizio pubblico radiotelevisivo⁶³.

⁶² R. ESPOSITO, *op. ult. cit.*, 18.

⁶³ Dall'intervento di M. MASI, direttore generale della Rai al primo Seminario della Commissione parlamentare di Vigilanza (Atti, 2010, 20) e le osservazioni di G. VALENTINI, *Occorre una svolta per salvare la Rai*, in *La Repubblica* del 23 ottobre 2010. La necessità di una revisione delle regole che disciplinano la società concessionaria, considerata del tutto « peculiare » quanto ai rapporti fra direttore generale e consiglio di amministrazione, è ora alla base dell'intervista del Direttore generale della Rai, « *Rivediamo la governance Rai* », in *Il Sole 24 Ore* del 24 dicembre 2010.

Notevole interesse per la ricchezza dei dati sul sistema francese e sulle vicende che lo hanno caratterizzato negli ultimi anni, a partire dalla soppressione parziale della pubblicità alla nomina da parte del Presidente della Repubblica di un nuovo presidente dell'Ortf (Rémy Pflimlin), in applicazione della l. n. 2009-257 del 5 marzo 2009 (« La nomination des présidents des sociétés France Télévisions et Radio France et de la société en charge de l'audiovisuel extérieur de la France est soumise à la procédure prévue au cinquième alinéa de l'article 13 de la Constitution »), agli affidamenti della produzione televisiva con una « grande opacità des coûts » (Corrente dei conti per l'anno 2009), presenta la ricerca di M. ENDEWELD, *France Télévisions (off the record). Histoire secrète d'une télé publique sous influences*, Paris 2010, *passim*.

4.

Riorganizzazione legislativa delle fondazioni nel settore lirico-sinfonico e qualificazione pubblicistica. Verso una tecnica legislativa delle privatizzazioni non più affidata alla sola « magia delle parole »? *

1. All'atto della trasformazione degli enti del settore musicale in fondazioni di diritto privato (d.lgs. 21 giugno 1996, n. 367) si era osservato che l'« ... avere condizionato la nuova disciplina degli enti musicali alla loro preventiva "privatizzazione" ... » era « un'operazione giuridicamente priva di rilevanti contenuti sostanziali »¹. Essendo prevalsa la « magia » delle parole, « nel tentativo di esorcizzare un passato in cui è stata costantemente predicata la supremazia del pubblico » ne erano stati conservati « i riti dietro il paramento di una *over regulation* che, in quanto produttiva di regole speciali, è la negazione del diritto privato »².

Conferma l'attualità di questo giudizio, in presenza di riforme legislative spesso caratterizzate dalla presenza di « relitti storici »³, la lettu-

* Da *Giur. cost.*, 2011, 3252-3265.

¹ G. MARASÀ, *Fondazioni, privatizzazioni e impresa: la trasformazione degli enti musicali in fondazioni di diritto privato*, in *Studium iuris* 1996, 1099. Per quanto riguarda le società per azioni originate, dalla "trasformazione" di enti pubblici, L. V. MOSCARINI, *Categorie dogmatiche e riparto, di responsabilità nel trasporto ferroviario*, in *Dir. trasporti* 2005, 819 (ripubblicato in *Diritto privato e interessi pubblici. Saggi di diritto civile (2001-2008)*, Padova 2009, 222, da cui si cita), osserva, trattando il tema della ripartizione delle responsabilità nel nuovo sistema del trasporto ferroviario come a seguito della "trasformazione" dell'Ente Ferrovie nella S.p.a. Ferrovie dello Stato « è conseguito il permanere dell'unica soggettività, divenuta non più di diritto pubblico, bensì, semmai, di "diritto privato speciale" ».

² G. MARASÀ, *op. cit. cit.* Ha ripreso di recente questa terminologia M. IMMORDINO, a chiusura del contributo, *Le fondazioni teatrali e la loro ancora incerta collocazione tra pubblico e privato*, in *Fondazioni e attività amministrativa* (Atti del Convegno Palermo, 13 maggio 2005) a cura di S. RAIMONDI e R. URSI, Torino 2006, 134.

³ Si richiama la felice espressione utilizzata da G. VALERI, *Brevi note per lo studio del nuovo diritto commerciale*, in *Riv. dir. comm.* 1943, I, 46 ss. per descrivere la « riemer-

ra della decisione della Corte cost. n. 153 del 18 aprile 2011, in tema di fondazioni del settore lirico-sinfonico che, resa in un quadro legislativo più articolato per successive addizioni ed integrato da una normativa di attuazione posteriore alla pronunzia (d.P.R. 19 maggio 2011, n. 117), sembra presentare un certo interesse non per l'adozione dei c.d. indici di riconoscimento della pubblicità di un ente ma per la ricerca del significato nel settore dell'espressione « interesse nazionale ».

Risolviendo un contenzioso promosso dalla Regione Toscana sulla legittimità dell'art. 1 del d.l. 30 aprile 2010, n. 64 (convertito con sostanziali modificazioni con legge 29 giugno 2010, n. 100), contenente la delega al governo per la « revisione dell'assetto ordinamentale e organizzativo delle fondazioni lirico-sinfoniche » (oggi attuato con il d.P.R. 19 maggio 2011, n. 117 già ricordato), la Corte ha escluso che la norma impugnata potesse essere ricondotta, secondo la tesi della Regione, alla potestà legislativa regionale in quanto attinente alla « promozione e organizzazione di attività culturali » art. 117, comma 3 Cost.), ma andava invece riportata nell'ambito dell'« ordinamento e organizzazione amministrativa dello Stato e degli enti pubblici nazionali » (lett. g), comma 2 art. 117 Cost.).

Per arrivare a questa conclusione la Corte, prima di interpretare la nozione di « ente pubblico », ha dovuto risolvere con un esame della normativa di settore, non priva in passato di alcune incertezze⁴, il problema della natura dei soggetti « trasformati » nel corso dei processi di privatizzazione sul quale si era a suo tempo espressa in sede generale con una decisione fondamentale⁵.

Pur richiamando a sostegno delle sue conclusioni alcuni precedenti della giurisprudenza ordinaria ed amministrativa in tema di fondazioni lirico-sinfoniche, sembra opportuno ripercorrere l'iter argomentativo dell'odierna decisione, tenendo conto delle riflessioni critiche della dottrina, sia pubblicistica che privatistica, sui diversi regimi di privatizzazione e su alcune contraddizioni che ne hanno caratterizzato la realizzazione⁶.

sione » nel contesto di un codice allora appena unificato, di istituti superati.

⁴ F. MANGANARO, *Pubblico e privato nella disciplina giuridica delle fondazioni liriche e teatrali*, in *Nuove autonomie* 2005, 523 ss.; M. IMMONDINO, *Le fondazioni teatrali e la loro ancora incerta collocazione tra pubblico e privato*, *ivi* 2005, 913 ss.; F. PETRICONE, *Sulle fondazioni lirico-sinfoniche nessun dorma*, in *Giur. it.* 2008, 2879 ss.

⁵ Corte cost. 28 dicembre 1993, n. 466, in questa *Rivista* 1993, I, 3860, con nota di A. CERRI, *La « mano pubblica » e la gestione privata di attività economica: problemi processuali e sostanziali di un interessante conflitto*.

⁶ Senza pretesa di completezza, al di là dei problemi emersi per il regime delle c.d. «

L'affermazione della « natura pubblica...non controversa » degli enti lirici⁷ basata su un esame degli interventi che si sono seguiti nel settore⁸, anche se non sempre in forma coordinata (cfr. per un esempio *infra sub* n. 2), è dedotta dalla presenza dei c.d. indici rivelatori nel richiamo ad una giurisprudenza che conferma come, « nonostante l'acquisizione della veste giuridica formale di "fondazioni di diritto privato", tali soggetti conservano, pur dopo la loro trasformazione, una marcata impronta pubblicistica ».

L'affermazione merita qualche osservazione anche perché caratterizzata dall'accentuazione, strumentale per la riconduzione degli enti lirici tra gli enti pubblici nazionali, del « loro rilievo nazionale, costantemente presente in tutta la normativa di riferimento come attributo qualificante, ma soprattutto perché le finalità delle anzidette fondazioni, ossia la diffusione dell'arte musicale, la formazione professionale dei quadri artistici e l'educazione musicale della collettività (art. 3 del d.lgs. n. 367 del 1996, che ripete la formulazione dell'art. 5 della l. n. 800 del 1967), travalicano largamente i confini regionali e si proiettano in una dimensione estesa a tutto il territorio nazionale»⁹.

golden shares » che ripropongono, nell'attuale contesto, uno dei temi più delicati del rapporto tra « interesse generale » e regole del diritto societario, v., tra i più recenti contributi, E. FRENI, *La trasformazione degli enti pubblici*, Torino 2004, 145 ss.; G.C. SPATTINI, *Poteri pubblici dopo la privatizzazione*, Torino 2006, 113 ss.; G. GRÜNER, *Enti pubblici a struttura di s.p.a.*, Torino 2009, 91; M. CLARICH, *Le società partecipate dallo Stato e dagli enti locali fra di diritto pubblico e diritto privato*, in *Le società a partecipazione pubblica* a cura di F. GUERRERA, Torino 2011, 1 ss., e tra i privatisti, da ultimo, C. IBBA, *Tipologia e « natura » delle società a partecipazione pubblica, ivi*, 13 ss. e in *Le società a partecipazione pubblica* in AA.VV., *Le società « pubbliche »* (a cura di C. IBBA, M.C. MALAGUTI, A. MAZZONI), Torino 2011, 1 ss.; F. FIMMANÒ, *L'ordinamento delle società pubbliche tra natura del soggetto e natura dell'attività*, in *Le società pubbliche (ordinamento, crisi ed insolvenza)* a cura di F. FIMMANÒ, Milano 2011, 13 ss.; I. DEMURO, *Società privatizzate*, in *Dizionari del diritto privato promossi da N. Irti, Diritto commerciale*, a cura di N. ABRIANI, Milano 2011, 905 ss. e ivi ampie citazioni.

⁷ Da ultimo G. IORIO, *Le trasformazioni eterogenee e le fondazioni*, Milano 2010, 19, riconosce che la « minuziosa regolamentazione... rende difficile la riconduzione degli enti in esame nell'alveo del diritto comune ».

⁸ Già G. IUDICA, *La privatizzazione degli enti lirici*, aveva così presentato il lavoro collettaneo *Fondazioni ed enti lirici*, Padova 1998, XXII: « In conclusione, il decreto n. 367 del 1996 può rappresentare solo la prima fase di un processo di privatizzazione che dovrà tener conto dell'esperienza dei prossimi anni, i primi di una nuova era della musica lirica in Italia: quella delle fondazioni ».

⁹ Sulle diverse ipotesi costruttive dell'identità culturale della nazione, F.S. MARINI, *Lo statuto costituzionale dei beni culturali*, Milano 2002, 183 ss.

Di qui la conseguenza che la norma impugnata, diretta a revisionare organicamente attraverso la riorganizzazione delle fondazioni l'intero settore, afferisce alla materia « ordinamento e organizzazione amministrativa dello Stato e degli enti pubblici nazionali » e che le conseguenti attività « sono riferibili allo Stato ed impongono, dunque, che sia il legislatore statale; legittimato dalla lettera g) del comma 2 dell'art. 117 Cost. a ridisegnarne il quadro ordinamentale e l'impianto organizzativo ».

Per arrivare a questo risultato, come accennato, la Corte ha utilizzato argomenti non solo di segno diverso ma dotati anche di diversa rilevanza.

Il tradizionale richiamo ai c.d. indici interpretativi della natura pubblica del soggetto, appare non insistito ed effettuato quasi d'obbligo, forse per la riconosciuta ambiguità che spesso li caratterizza¹⁰; ma trova vigore, prima, nel richiamo alla giurisprudenza sulla « qualificazione pubblicistica degli enti lirici » e poi nell'analisi della normativa che giustifica la rilevanza nazionale dei loro compiti.

Sulla prima affermazione va preliminarmente osservato come i precedenti invocati non sembrano essere così indicativi.

Da un lato, la giurisprudenza richiamata attiene al solo riconoscimento della natura di organismo pubblico delle fondazioni - quindi di un soggetto che può essere indifferentemente privato o pubblico nella scansione comunitaria - ai fini dell'affidamento di opere e servizi (Cass. ord. 8 febbraio 2006, n. 2637 per la Fondazione S. Cecilia e T.A.R. Liguria, sent. n. 230 del 22 gennaio 2009, per la Fondazione F.T.C.F.) e, dall'altro, si limita a richiamare i connotati pubblicistici del procedimento di nomina dei consiglieri (T.A.R. Sardegna, sent. n. 1051 del 7 maggio 2008 che esamina anche alcuni dei problemi posti dal nuovo art. 2449 c.c. nelle società per azioni di diritto comune a partecipazione pubblica dopo la nota sentenza della Corte di giustizia)¹¹.

L'elemento di novità, più che dal richiamo ad una giurisprudenza sulla caratterizzazione pubblicistica delle fondazioni lirico-sinfoniche quali soggetti privatizzati, sembra essere invece rappresentata dall'accentuazione

¹⁰ Sull'incertezza del criterio degli indici rivelatori, v. G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano 2003, 176 ss.; per una recente esposizione sintetica del tema B. SPAMPINATO, *La nozione di pubblica amministrazione nell'ordinamento nazionale e in quello dell'Unione europea*, in *Giorn. dir. amm.* 2011, 912.

¹¹ Su questo aspetto, per tutti, v. V. DONATIVI, *La nomina pubblica alle cariche sociali nelle società per azioni*, in *Tratt. di diritto commerciale Buonocore - Costi*, IV, t. 4, VII, Torino 2010, 115 ss.; C. PECORARO, *Privatizzazione dei diritti speciali di controllo dello Stato e dell'ente pubblico nelle S.p.a.: il nuovo art. 2449 c.c.*, in *Riv. soc.* 2009, 948 ss.

della rilevanza del « carattere nazionale » o della loro attività e dalla « *dimensione unitaria dell'interesse pubblico perseguito* » (corsivo aggiunto).

L'accentuazione di questa componente, necessaria per ricondurre le fondazioni nell'ambito degli « enti pubblici nazionali » (ai sensi della lett. g) dell'art. 117 Cost.) al fine di individuarne la « missione » nella tutela dei valori costituzionalmente protetti dello sviluppo della cultura e nella salvaguardia del patrimonio storico e artistico italiano, permette alla Corte di concludere che, « *sul versante operativo* » (corsivo sempre aggiunto), le attività svolte dalle fondazioni lirico-sinfoniche sono riferibili allo Stato, legittimato a ridisegnarne « il quadro ordinamentale e l'impianto organizzativo ».

Alcune precisazioni vanno tuttavia formulate sul criterio adottato per confermare, anche nel nuovo regime, la « marcata impronta pubblicistica » delle fondazioni, criterio che potrebbe essere utilizzato, almeno in parte, nell'esame delle norme che contraddistinguono, pur nella loro eterogeneità, i singoli processi di privatizzazione.

2. Prima di tutto va sottolineato il significato limitato del richiamo della Corte ad un suo precedente¹² sulla « Società di cultura La Biennale di Venezia ».

In questa occasione la Corte aveva riconosciuto che l'ente, « pur radicato storicamente e culturalmente in Venezia e caratterizzato da una significativa presenza degli interessi locali, non aveva carattere locale o regionale » ma aveva mantenuto, anche dopo la privatizzazione, « la funzione di promuovere attività permanenti e di organizzare manifestazioni internazionali inerenti la documentazione nel campo delle arti » continuando « ad assolvere, pur nella nuova forma privata assunta, compiti di interesse nazionale »¹³.

Ma prima di esaminare, la rilevanza che può avere, ai fini della natura dell'ente, il riconoscimento di un interesse nazionale alla sua attività è

¹² Corte cost. del 15 febbraio 2000, n. 59, in questa *Rivista* 2000, 468.

¹³ La compatibilità fra la costituzione di società regionali previste per legge, quali la SFIRS (art. 29 l. 11 giugno 1962 come modificato dall'art. 30 l. 7 agosto 1997, n. 266) o la società consortile per azioni « Sincrotrone Trieste » (l. 19 ottobre 1999, n. 370), per attività a rilevanza internazionale, qualificate espressamente come società di interesse nazionale per il perseguimento all'interesse pubblico « il quale ricomprende a pieno titolo l'interesse alla promozione anche solo di una parte, una regione, del territorio nazionale » è affermata da G. VISENTINI, in *Società di capitali. Commentario* a cura di G. NICCOLINI - A. STAGNO D'ALCONTRES, Napoli 2004 sub Art. 2451 c.c. (*Le società di interesse nazionale*), 1318.

opportuno ricordare, sia pure in breve, le anomalie che hanno caratterizzato proprio la privatizzazione dell'ente autonomo « La Biennale di Venezia » e che dimostrano, anche in presenza di un interesse così rilevante, le incertezze di una formulazione legislativa, spesso sommaria, prima ancora che nei contenuti, nella stessa tecnica di redazione ¹⁴.

L'ente, trasformato in un primo momento¹⁵ nella « Società di cultura La Biennale di Venezia » (d.lgs. 29 gennaio 1998, n. 18), qualificata « di preminente interesse nazionale » e dotata « ai sensi dell'art. 12 c.c. di personalità giuridica di diritto privato » era caratterizzata strutturalmente da una disciplina organizzativa propria di un ente associativo (art. 7 ss.).

Oggetto di attenzione critica da parte della dottrina¹⁶, l'ente aveva subito successivamente una sostanziale modifica con il riconoscimento della natura di fondazione (art. 1, d.lgs. 8 gennaio 2004, n. 1).

Ma quel che va messo in evidenza non è tanto l'incertezza o l'asistematicità con cui il legislatore ha individuato, nel dare attuazione al processo di privatizzazione, lo strumento più funzionale alla tutela degli interessi curati dal soggetto « trasformato » ma il tentativo, palese nella formulazione adottata in sede della riforma de « La Biennale », di considerare una modifica sostanziale, rappresentata dall'adozione della disciplina organizzativa della fondazione (art. 3), alla stregua di una mera correzione lessicale.

Nel secondo provvedimento infatti ci si limita solo a precisare, quasi incidentalmente, che la denominazione « Società di cultura La Biennale di Venezia » contenuta in provvedimenti legislativi e regolamentari, è *sostituita* con quella di « Fondazione La Biennale di Venezia »¹⁷.

In realtà, come è stato osservato, non solo si era realizzato « un ritorno » all'ente pubblico¹⁸ ma, il regime speciale organizzativo, caratterizza-

¹⁴ Per una rassegna di episodi in tema di società per azioni operanti nel settore della valorizzazione dei beni culturali (v. ad esempio, Sibec S.p.a. prima ed Arcus S.p.a. poi), sia permesso rinviare a F. SANTONASTASO, *Le società di diritto speciale*, in *Tratt. di diritto commerciale Buonocore*, IV, t. 10, Torino 2009, 52 ss.

¹⁵ E. FRENI, *Vere o false privatizzazioni*, in *Gior. dir. amm.* 1998, 605; D. FOIS, *La gestione dei beni culturali*, Torino 2001, 177 ss.

¹⁶ E. LOFFREDO, *Economicità e impresa*, Torino 1999, 251, sub nota 100.

¹⁷ Sulle vicende, oltre che della Biennale, di altre figure non lucrative di enti privatizzati, quali la triennale di Milano il Museo nazionale della scienza e della tecnica, l'Istituto nazionale per il dramma antico, il Centro sperimentale di cinematografia, v. V.M. SESSA *Gli enti privati di interesse generale*, Milano 2007, 84 ss.

¹⁸ S. AMOROSINO, *Dalla fondazione alle fondazioni: autonomia privata e funzioni di interesse pub-*

to, fra l'altro, dalla sottoposizione all'approvazione del Ministero per i beni culturali delle delibere del consiglio di amministrazione di maggior significato aveva affidato allo stesso Ministero il controllo di atti qualificanti per la gestione dell'ente con la conseguenza-sottolineata nell'immediato contesto dalla critica più attenta - che con la trasformazione ex lege della « La Biennale di Venezia » da società « di cultura » in fondazione-ente pubblico, « scompare un nome di fantasia, ma non compare una effettiva persona giuridica di diritto privato »¹⁹.

3. Se la ricostruzione della Corte della qualificazione pubblicistica degli enti lirici parte da un riconoscimento giurisprudenziale alquanto parziale, la loro « connotazione pubblica », accentuata dal « carattere nazionale » della attività svolta e già confermata fin dalla prima fase del processo di privatizzazione (art. 3 d.lgs. 29 giugno 1996, n. 367), corrisponde al riconoscimento che « le finalità delle... fondazioni, ossia la formazione professionale dei quadri artistici e l'educazione musicale della collettività... travalicano largamente i confini regionali e si proiettano in una dimensione estesa a tutto il territorio nazionale ».

L'affermazione, formulata per poter applicare l'art. 117 Cost., lett. g), (« ordinamento e organizzazione amministrativa dello Stato e degli enti pubblici nazionali »), si presta tuttavia ad alcune osservazioni di carattere generale sia sulla natura degli interventi « di riassetto ordinamentale ed organizzativo » che, come ricordato dalla Corte, incidono « profondamente in un settore dominato da soggetti che realizzano finalità dello Stato » sia sulla rilevanza, nel processo di privatizzazione, della tutela di un interesse generale in grado di incidere sulla qualificazione del soggetto « privatizzato ».

Come sottolinea ancora la Corte, mentre non mancano nella legge di conversione disposizioni, la cui finalità è « trasmettere i valori civili fondamentali coltivati dalle più nobili istituzioni teatrali e culturali della Nazione » (art. 1-bis lett. bis), la normativa d'urgenza rinviava ad un regolamento (ai sensi dell'art. 17, comma 2 l. 23 agosto 1988, n. 400) per la « previsione di *forme organizzative speciali* per le fondazioni lirico-sinfoniche in relazione alla loro peculiarità ... » (art. 1, lett. f).

La conservazione della possibilità di « forme organizzative speciali »

blico, in *Dir. banc.* 2008, 37 che ritiene « sostanzialmente pubblici la Biennale di Venezia (ente associativo) ed il recente Istituto Italiano di tecnologia di Genova ».

¹⁹ F. MERUSI, *Sentieri interrotti della legalità*, Bologna 2007, 133.

quali previste nella legge di conversione, è tuttavia caratterizzata dalla contestuale eliminazione della previsione di una disposizione statutaria che prevedesse « tra l'altro » la nomina « *di regola* » dei « componenti del consiglio di amministrazione... in proporzione al finanziamento alla gestione... ».

In attuazione della nuova impostazione adottata dalla legge delega il d.P.R. 19 maggio 2011, n. 117, ha pertanto disciplinato lo statuto delle « forme organizzative speciali » delle fondazioni del settore introducendo (art. 1, lett. *a*, comma 2), in aggiunta alla figura del presidente, una pluralità di « organi », di indirizzo, di gestione, di controllo, e, solo « *eventualmente* », un organo assembleare.

Dopo la precisazione che « negli organi di indirizzo sono, comunque rappresentati i soci fondatori di diritto » si legittima - sia pur con una formula non molto chiara che probabilmente risente della contrapposizione di interessi alla base della modifica del testo originario - la partecipazione dei soci fondatori privati « in proporzione agli apporti finanziari alla gestione o al patrimonio della fondazione », essendo rimesso alla disciplina statutaria, oltre « l'univoca attribuzione all'organo di gestione di adeguata autonomia decisionale », di accertare « che la partecipazione dei privati finanziatori alla gestione o al patrimonio della fondazione sia in linea con le finalità culturali dell'ente ».

In questa costruzione, pur alquanto barocca, i richiami effettuati dalla Corte alla rilevanza del « versante operativo » delle fondazioni lirico-sinfoniche, alla « dimensione unitaria dell'interesse pubblico perseguito », al riconoscimento della loro « missione di tutela dei valori costituzionalmente protetti dello sviluppo della cultura e della salvaguardia del patrimonio storico e artistico italiano » - che si sarebbero dovuti riflettere sulla disciplina delle forme organizzative speciali - indicano comunque all'interprete una lettura del processo di privatizzazione che non sembra sia circoscritta alla sola normativa di settore.

Preliminare ad una ricognizione, anche se solo esemplificativa, delle scelte operate dal legislatore in alcuni settori interessati da fenomeni di privatizzazione, è il richiamo alla decisione della Corte da cui si è partiti (28 dicembre 1993; n. 466) che, dopo aver sottolineata l'attenuazione che ne conseguiva della « dicotomia fra ente pubblico e società di diritto privato »²⁰, ha riconosciuto, nell'esame del rapporto tra interesse

²⁰ Corte cost. 28 dicembre 1993, n. 466, cit.

pubblico e forma societaria, la natura differenziata e speciale delle società sorte dalla trasformazione degli enti pubblici economici.

In particolare la Corte, dopo aver sottolineato, prima, la necessità per l'interprete di far capo al « complesso della disciplina adottata al fine di regolare il processo di privatizzazione » e, poi, ricordato l'indirizzo comunitario favorevole « all'adozione di una nozione sostanziale di soggetto pubblico », non ha mancato di specificare, con affermazione dotata di carattere generale, che « la natura di « diritto speciale »...risulta connotata...sia dalla costituzione *che dalla struttura e dalla gestione* delle nuove società e... viene a specificarsi attraverso *la previsione di norme particolari-differenziate* da quelle proprie del regime tipico delle società per azioni... » (corsivi aggiunti).

Il che significa che la ricerca dei criteri di identificazione della reale natura degli enti privatizzati non può essere condotta solo con un richiamo generalizzato ai c.d. indici di riconoscimento e ad una loro indifferenziata utilizzazione, ma con l'individuazione, nel caso concreto, della loro specificità, intesa quest'ultima come risultato di un'interpretazione insuscettibile di più letture, raggiunto attraverso un esame delle singole normative integrato dall'individuazione degli interessi perseguiti dall'ente pubblico, prima, e dal soggetto di diritto privato, poi, sia che operi nella veste di società di diritto speciale o di fondazione.

4. Spunti per questa conclusione possono essere tratti dalle più recenti novità legislative in tema di società già privatizzate quali l'Anas S.p.a., Cassa depositi e prestiti S.p.a., e Poste italiane S.p.a. che incidendo in modo diverso sulla loro attività, si prestano ad una riflessione più sistematica sulle forme di tutela differenziata che si offrono agli interessi generali coinvolti nei procedimenti di privatizzazione.

Per quanto riguarda l'Anas S.p.a. la costituzione dell'Agenzia per le infrastrutture stradali e autostradali (art. 36 d.l. 6 luglio 2011, n. 98, conv. con l. 15 luglio 2011, n. 111), indica, fin da una prima lettura, una modifica che incide sostanzialmente sull'assetto organizzativo e sulla funzione di una società per azioni - pubblica amministrazione, rivelando l'equivoco di una privatizzazione condotta in termini solo formali.

La legittimazione di una società di diritto speciale, la Cassa depositi e prestiti S.p.a., ad « assumere partecipazioni in società di rilevante interesse nazionale » (art. 7 d.l. 31 marzo 2011, n. 34, conv. con l. 26 maggio 2011, n. 75), oltre ad incidere sulle regole che ne disciplinano

la gestione, appare in grado di riflettersi, indipendentemente da una possibile valutazione in termini di strumento di politica economica, sulla nozione della fattispecie « società di interesse nazionale ».

Infine, anche per quanto riguarda la Poste italiane S.p.a., il vincolo a costituire un patrimonio destinato esclusivamente per l'attività di Bancoposta (art. 2, comma 17-*octies*-17-*duodecies* d.l. 29 dicembre 2010 conv. con l. 26 febbraio 2011, n. 10), sembra tradurre in termini operativi l'esigenza di perseguire una politica economica la cui attuazione giustifica un rilevante intervento sulle stesse strutture organizzative della società²¹.

5. Ma prima di considerare nella « dimensione unitaria dell'interesse pubblico perseguito » ricordata dalla Corte costituzionale, queste ultime novità intervenute tutte nella sfera operativa di società di diritto speciale che sono il risultato di processi legislativi di privatizzazione, è opportuno ricordare, in un sommario quadro del sistema che si viene delineando, le vicende dell'unico esempio nel nostro ordinamento di una « società legale », l'Age Control S.p.a. « società per azioni con personalità giuridica di diritto pubblico » (art. 18 l. 22 dicembre 1984, n. 887) alla quale fa costantemente riferimento la giurisprudenza, specie amministrativa, per riconoscere la natura pubblica di società per azioni originate da un processo di privatizzazione²².

²¹ Per un primo commento L. SALTARI, *Poste italiane sempre più banca (del Mezzogiorno)?*, in *Giorn. dir. amm.* 2011, 834 ss.

²² Così ad esempio v. Cons. Stato, sez. VI, 20 maggio 1995 resa nei confronti di F.S. S.p.a., in *Giorn. dir. amm.* 1995, 1134 con nota critica di S. CASSESE, *Gli enti privatizzati come società di diritto speciale: il Consiglio di Stato scopre il diritto naturale* e in *Dir. proc. amm.* 1996, 159 con commento di A. POLICE, *Dai concessionari di opere pubbliche alle società per azioni « di diritto speciale »: problemi di giurisdizione*; Cons. Stato, sez. VI, 2 marzo 2001, n. 1206, in *Giust. civ.* 2002, I, 2309 con nota di M. GIGANTE, *Verso la ripubblicizzazione di Poste italiane S.p.a.*; Cons. Stato, sez. VI, 17 settembre 2002, n. 4711, relativa all'Enel s.p.a.; Cons. Stato, sez. VI, 5 marzo 2002, n. 1303 (relativa sempre a Poste italiane S.p.a.), in *Dir. proc. amm.* 2003, 486 con nota parzialmente critica di P. PIZZA, *Società per azioni di diritto singolare, enti pubblici e privatizzazioni: per una rilettura di un recente orientamento del Consiglio di Stato* che sottolinea (v. anche ampiamente dello stesso A. *Le società per azioni di diritto singolare tra partecipazioni pubbliche e nuovi modelli organizzativi*, Milano 2007, 393) una differenza « alquanto significativa che riguarda la "portata" della ricostruzione pubblicistica delineata dal Consiglio di Stato il quale - al contrario della Corte costituzionale - sembra conferire implicitamente al proprio itinerario argomentativo una valenza generale, atta a consentire l'applicazione di tutte le disposizioni appartenenti al c.d. statuto legale dell'ente pubblico ».

Per circoscrivere alla sua vera natura questo intervento legislativo va precisato non solo che l'Age Control S.p.a., società per azioni - ente pubblico, era stata costituita secondo un codice organizzativo che testimoniava l'attenzione del legislatore dell'epoca nell'uso di una « locuzione qualificatoria »²³, ma che era stata introdotta nel sistema nazionale per realizzare l'Agenzia prevista dall'art. 1 del Regolamento 17 luglio 1984, n. 2262 del Consiglio delle comunità europee.

La norma comunitaria aveva infatti riconosciuto la possibilità per gli Stati membri di costituire (art. 1, comma 1) « in conformità del proprio ordinamento giuridico, un'agenzia specifica incaricata di taluni controlli ed azioni nel quadro del regime d'aiuto... » che doveva supplire alle carenze della struttura amministrativa statale²⁴.

Se la previsione comunitaria aveva legittimato il conferimento di poteri pubblici alla società legale, tramite la configurazione espressa della forma « ente pubblico-società per azioni », questo stesso regime sembra rappresentare solo un elemento utile per individuare un tipo strutturale di ente pubblico²⁵ ma non legittima, anche per la sua non

²³ C. IBBA, *Le società « legali »*, Torino 1992, 359.

²⁴ Per un più ampio esame della figura dell'Age Control S.p.a., sia permesso rinviare ancora a F. SANTONASTASO, *op. cit.*, 555 ss.

²⁵ V. CERULLI IRELLI, « Ente pubblico »: *problemi di identificazione e disciplina applicabile*, in *Ente pubblico ed enti pubblici* a cura di V. CERULLI IRELLI e G. MORBIDELLI, Torino 1994, 98 ss. che, dedicando particolare attenzione a questa società legale, ma in un contesto unitario, comprensivo all'epoca anche delle società legali Ribs S.p.a. (art. 1, l. 30 luglio 1990, n. 209) e Rel S.p.a. (l. 5 marzo 1982, n. 63), osservava come si fosse al di fuori di un modello imprenditoriale dato che « queste c.d. società, costituite per legge, titolari di funzioni amministrative in senso proprio ad esse attribuite dalla legge e per esse "obbligatorie", operanti *in toto* nell'ambito della "politica" di un Ministero, come strumento organizzativo per il perseguimento di determinati fini, presentano tutti i caratteri propri dell'ente strumentale, salvo uno, quello appunto di essere, per espressa disposizione legislativa, costituite in forma di società per azioni » (corsivo originale).

Dello stesso A., v. più recentemente *Pubblico e privato nell'organizzazione amministrativa*, in *Fondazioni e attività amministrativa*, cit., 32 quando, in relazione all'indirizzo interpretativo critico nei confronti della costruzione di modelli « generali » di ente pubblico (per tutti G. NAPOLITANO, *op.cit.*, 177 ss. e in *Soggetti privati « enti pubblici »*, in *Dir. amm.* 2003, 802 ss., ma *contra*, G.P. ROSSI, *Gli enti pubblici in forma societaria*, in *Serv. pubbl. e appalti* 2004, 221 e in *Le gradazioni della natura giuridica pubblica*, in *Dir. amm.* 2007, 685 ss.) invita ad adottare la prospettiva dei modelli « particolari », dei modelli, cioè, valevoli caso per caso (« ... si deve sottolineare il fatto non sempre tenuto presente in dottrina, che il riconoscimento di elementi pubblicistici nell'ente privatizzato... non investe mai la disciplina nel suo complesso, ma appunto singoli istituti ») (per questa lettura v. anche P. PIZZA, *op. ult. cit.*, 359).

ripetuta unicità, un'automatica ricostruzione in termini del riconoscimento come ente pubblico di soggetti che nel loro statuto legale presentino momenti di rilevanza pubblicistica in una disciplina informata, per altri aspetti, ad elementi privatistici.

Basta richiamare, indipendentemente dalla commistione di un regime privatistico, sempre conclamato da un legislatore non privo di retorica autocelebrante sulla libertà di concorrenza, nelle società *in house* per i servizi pubblici locali soggette al « controllo analogo »²⁶ e funzioni pubblicistiche, quanto emerge in modo sempre più evidente, dai più recenti interventi legislativi in tema di intervento pubblico nell'economia ora ricordati che dimostrano la difficoltà di racchiudere in schemi precostituiti la perdurante natura pubblica di un soggetto privatizzato.

6. Indicative delle incertezze sostanziali con cui ha proceduto il legislatore sono le vicende della « privatizzazione » dell'Anas S.p.a..

Dopo una prima trasformazione dell'Ente nazionale per le strade Anas in ente pubblico economico (d.lgs. 26 febbraio 1994, n. 143) e la successiva trasformazione di quest'ultimo in società per azioni (art. 7, l. 8 agosto 2002, n. 178 e art. 76, l. 27 dicembre 2002, n. 289) per cercare di evitare - ma senza fortuna - le critiche comunitarie sui flussi di risorse provenienti dal socio pubblico²⁷, l'assenza di un piano d'impresa proprio, ad esempio, nello stesso contesto temporale della privatizzazione del Poligrafico dello stato (delibera Cipe del 2 agosto 2002, n. 59), si è tradotta in un'organizzazione societaria che, caratterizzata dall'esigenza di un piano finanziario (art. 6-ter, l. 2 dicembre 2005, n. 248, comma

²⁶ Da ultimo M. LIBERTINI, *Le società di autoproduzione in mano pubblica: controllo analogo, destinazione prevalente dell'attività ed autonomia statutaria*, in *Il diritto delle società oggi. Innovazioni e persistenze*, Studi in onore di G. Zanarone, Torino 2011, 471 ss.

²⁷ Osserva al riguardo M. ATELLI, *La giurisdizione della Corte dei conti sulle società a partecipazione pubblica nell'età della fuga verso il diritto privato*, in AA.VV., *Giurisdizione della Corte dei conti e responsabilità amministrativo-contabile a dieci anni dalle riforme*, Napoli 2005, 101 « l'esempio più recente sul fronte interno, è quello di Anas S.p.a.: a partire dal 2004 nel conto allo scopo redatto dalle autorità comunitarie, non sono più considerati i flussi di risorse affluenti dal socio pubblico, nell'assunto che nell'anno possano essere conseguiti i requisiti per la configurazione della stessa quale "impresa market oriented" esterna al comparto delle amministrazioni pubbliche ».

Per un altro aspetto, ma non di minore rilevanza, relativo alla gara per la concessione cinquantennale della A22 del Brennero v., con la consueta attenzione al dato economico-finanziario, M. MUCCHETTI, *Privatizzazioni, la BCE e la realtà dell'Anas*, in *Il Corriere della Sera* del 2 ottobre 2011.

1018; l. 27 dicembre 2006, n. 296), metteva in evidenza l'anomalia di un rapporto con la P.A. che si traduceva in un conflitto di interessi fra Anas S.p.a. quale soggetto concedente e società concessionarie²⁸.

Con le modifiche introdotte dall'art. 36 l. 15 luglio 2011, n. 111 (legge sulla stabilizzazione finanziaria), non solo la situazione è stata riportata ad un maggiore equilibrio nell'assetto degli interessi istituzionali, ma alla creazione dell'Agenzia per le infrastrutture stradali e autostradali (comma 1), destinata alla programmazione di nuove infrastrutture e ad operare come amministrazione concedente, corrisponde il riconoscimento per l'Anas S.p.a. del solo compito di « costruire e gestire le strade... » (comma 3), essendo anche attribuite « gratuitamente » al Ministero dell'economia o a società sue controllate « tutte le partecipazioni detenute... anche in società regionali nonché in Stretto di Messina S.p.a. » (comma 7).

Trasferimento che dovrà essere effettuato, ma solo per le « partecipazioni detenute da Anas S.p.a. in società co-concedenti » entro il 31 marzo 2012 a Fintecna S.p.a. (art. 22, comma 7 e 7-bis l. 22 dicembre 2011, n. 214 dr conversione del d.l. 6 dicembre 2011, n. 201), risolvendo un conflitto d'interessi ma modificando, al contempo, quella che sembrava essere la missione affidata a quest'ultima società.

Se è facile prevedere che non mancheranno difficoltà nell'attuazione di questo disegno organizzativo, va anche rilevato che l'assetto istituzionale che si è delineato conferma le critiche formulate nei confronti di una singolare « privatizzazione » caratterizzata da un « rapporto di strettissima strumentalità con lo Stato-persona ».

Il riconoscimento della necessaria strumentalità non solo portava nel caso concreto a ricondurre l'Anas S.p.a. fra gli enti pubblici a struttura di società per azioni²⁹ o a considerarla far parte ancora della P.A.³⁰ per le sue caratteristiche di società speciale a struttura vincola-

²⁸ Anomalia rilevata, in sede di commento giornalistico, sempre da M. MUCCHETTI, *I troppi mestieri dell'Anas e quei conflitti d'interesse*, in *Il Corriere della Sera* del 24 ottobre 2004 (ma, in senso difforme, sembra E. FRENI, *op. cit.*, 62).

²⁹ G. GRÜNER, *op. cit.*, 111-112; N. RANGONE, *Le società a partecipazione pubblica nel settore dei trasporti: profili di diritto nazionale*, in *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, a cura di M. CAMELLI e M. DUCATO, Torino 2008, 161 dopo aver riconosciuto che la privatizzazione dell'Anas non aveva inciso in modo sostanziale sul rapporto con i pubblici poteri, aveva concluso che la società « aveva mantenuto le caratteristiche di organo strumentale dell'attività programmatica dello Stato-azionista unico che provvede quasi totalmente al relativo finanziamento... ».

³⁰ Così come sono considerate ricomprese nel perimetro della Pubblica amministra-

ta³¹, ma nel rapporto fra società « semi-amministrazioni » e società di mercato³², ha fatto emergere nuovi e delicati profili in tema di responsabilità penale ancora non risolti³³.

7. Quanto al recente intervento (art. 7 l. 26 maggio 2011, n. 75) sulla operatività della Cassa depositi e prestiti S.p.a. (privatizzata dall'art. 5 l. 24 novembre 2003, n. 326) che incide su una sua configurazione istituzionale già di per sé complessa³⁴, le nuove regole identificano le caratteristiche che deve presentare, nell'attuale contesto economico sociale, una società per essere considerata « di interesse nazionale ».

Viene in tal modo innovata, anche se su un piano diverso, la fatti-

zione società di origine legale come, ad esempio, Italia Lavoro S.p.a. e Arcus S.p.a.

La prima, costruita (art. 30, l. 28 dicembre 2001, n. 448) per la realizzazione di lavori socialmente utili e di « ogni altra forma di intervento... (avente) come obiettivo la promozione dell'occupazione » è stata considerata dalla giurisprudenza costituzionale (Corte cost., 19 dicembre 2008, n. 363, in questa *Rivista* 2003, 3752), dotata « di tutti i caratteri propri dell'ente strumentale » in quanto « costituita in base alla legge, affidataria di compiti legislativamente previsti per essa obbligatori, operante direttamente nell'ambito delle politiche di un ministero come *strumento organizzativo* (corsivo aggiunto) per il perseguimento di specifiche finalità, ... salvo quello di rivestire - per espressa disposizione legislativa - la forma di società per azioni »; per la seconda, costituita con l. 16 ottobre 2008 n. 291 in sostituzione della Sibec S.p.a. ma senza risolvere tutti i problemi, si riconosce senza difficoltà che la scelta della forma societaria « non toglie, né riduce l'accentramento nella gestione delle risorse e delle scelte di intervento che Arcus porta con sé, in quanto strumento che sia per la sua compagine sociale sia per la sua struttura organizzativa, è nella disponibilità esclusiva dello Stato » (così C. BARBATI, *Arcus S.p.a.: la ricerca di un nuovo soggetto per i beni e per le attività culturali*, in *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, cit., 287).

Sulla singolarità del profilo organizzativo dell'Arcus s.p.a. v. anche G. GRÜNER *op. cit.* 127.

³¹ F. SANTONASTASO, *op.cit.*, 381 e più ampiamente in « *Patto di stabilità* » e *legge finanziaria 2007: riorganizzazione della pubblica amministrazione e istituti di diritto privato*, Studi in onore di Nicola Lipari, Milano 2008, tomo secondo, 2647 ss.

³² Così l'ASSONIME, *Principi di riordino del quadro giuridico delle società pubbliche*, settembre 2008, 18 ss. e le relazioni (specie di M.P. CHITI, *Le carenze della disciplina delle società pubbliche e le linee direttrici per un riordino*, in *Giorn. dir. amm.* 2009, 1115 ss. e di L. TORCHIA, *La responsabilità amministrativa per le società in partecipazione pubblica*, *ivi* 2009, 791 ss.) al Convegno « Le società pubbliche tra Stato e mercato: alcune proposte di razionalizzazione della disciplina », Roma, Luiss, 14 maggio 2009. Cfr. anche, ampiamente, M. CLARICH, *Società di mercato e quasi amministrazioni*, in *Dir. amm.* 2009, 260 ss.

³³ S. MASSI, « *Pubblico* » e « *privato* » nello *statuto penale degli enti privatizzati*, Napoli 2010, 75 ss.

³⁴ Sulle problematiche della privatizzazione della Cassa depositi e prestiti v. G.B. PORTALE, *Fondazioni « bancarie » e diritto societario*, in *Riv. soc.* 2005, 30 ss.; C. IBBA, *Società pubbliche e riforma del diritto societario*, *ivi* 2005, 22 ss.; G. NAPOLITANO, *Le società pubbliche tra vecchie e nuove tipologie*, *ivi* 2006, 1010 ss.

specie disciplinata dal legislatore del '42 (art. 2461 c.c., ora art. 2451 c.c.) che aveva rinviato la qualificazione di società di interesse nazionale alle singole leggi istitutive (paradigmatica nelle ultime esperienze la disciplina della Rai S.p.a.).

Per l'aspetto in esame, che potrebbe accentuare il ruolo e la funzione delle fondazioni di origine bancaria, chiamate espressamente a partecipare, per quote « complessivamente di minoranza », al capitale della CDP S.p.a. (art. 5, comma 2, l. n. 326 del 2003)³⁵, interessa ricordare la duplicità di scopi e la coesistenza di distinti regimi legali nell'organizzazione con cui la Cassa opera fin dalla sua trasformazione³⁶.

La società, per la quale era stato ipotizzato un futuro come holding pubblica³⁷, già legittimata ad acquistare partecipazioni e svolgere attività connesse e strumentali ma con l'adozione di un « sistema separato ai soli fini contabili e organizzativi, la cui gestione è uniformata a criteri

³⁵ « Le fondazioni di cui all'art. 2 del d.lgs. 17 maggio 1999, n. 153, e altri soggetti pubblici o privati possono detenere quote complessivamente di minoranza del capitale della CDP. S.p.a. ».

Nel dibattito in corso sul ruolo delle fondazioni il rischio, già sottolineato da G. PASTORI, *Le fondazioni bancarie: aspetti istituzionali, assetto organizzativo e controlli*, in *Banca impresa società*, 1997, 498 ss. di una « perdurante commistione tra il nuovo volto delle fondazioni imperniato sul modello degli enti del privato sociale e la precedente connotazione in senso pubblicistico degli enti, quasi da far temere che la nuova qualificazione privatistica venga dall'interno svuotata del suo potenziale contenuto di autonomia » è stato oggetto di riesame con particolare attenzione al loro ruolo nel governo dell'economia. Su questo profilo v. in particolare la risposta negativa di R. COSTI, *Le fondazioni bancarie: un nuovo governo dell'economia?* in *Banca impresa e società* 2011, 3 ss. e i contributi di V. CALANDRA BUONAURA, *Le fondazioni bancarie come investitori di lungo periodo*, *ivi* 2010, 375, specie 387 ss. (e per alcune notazioni di carattere generale anche in *Funzione amministrativa e interesse sociale*, in *L'interesse sociale tra valorizzazione del capitale e protezione degli stakeholders*, Milano, 2010, 110 ss.); A. BENESSIA, *Le fondazioni di origine bancaria fra etica e politica. Divagazioni in tema di « Stakeholder value »*, *ivi* 2010, 403 ss.

G. ZAGREBELSKY nelle sue *Conclusioni a Fondazioni bancarie: una grande riforma da consolidare* a cura di G. PASTORI e G. ZAGREBELSKY Bologna 2011, 240 ss. conclude l'esame delle prospettive di riforma della disciplina codicistica delle fondazioni puntualizzando che « occorrerà ragionare sulle differenze, e rigorosamente, affinché dal tronco unitario della disciplina ci si allontani non per il capriccio del legislatore al servizio di impropri interessamenti alle fondazioni, ma solo quando si tratti di prendere atto ragionevolmente di interessi che fanno capo alle "libertà sociali" che, delle fondazioni, costituiscono la ragion d'essere e di operare ».

³⁶ G.B. PORTALE, *op. cit.*, 23 ss.

³⁷ F.M. MUCCIARELLI, *Ma cos'è diventata la Casa depositi e prestiti*, in *Mercato concorrenza regole* 2004, 37.

di trasparenza e di salvaguardia dell'equilibrio economico » (comma 8 art. 5 l. n. 326 del 2003), è stata ora autorizzata ad « assumere partecipazioni in società di rilevante interesse nazionale »³⁸.

La prima osservazione attiene alla sovrapposizione di piani fra fattispecie ed effetto dei criteri di qualificazione di una società per essere considerata « società di rilevante interesse nazionale »³⁹, rappresentati dalla « strategicità del settore di operatività »; dai « livelli occupazionali », dall'« entità di fatturato ovvero di ricadute per il sistema economico-produttivo del Paese » (art. 7 cit.).

Già ad una prima lettura è facile vedere come alla conferma di una valutazione in termini di strategicità dell'attività che aveva caratterizzato fin dall'epoca del codice di commercio, deroghe alla normativa di diritto comune, si accompagni la tutela di interessi ispirati ora a criteri di economia sociale, quali i livelli occupazionali (già oggetto di normative speciali, dalla Gepi S.p.a. all'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi)⁴⁰, ora attinenti, in una considerazione di mercato, ad una

³⁸ Diretto è il richiamo al precedente francese (art. 518-2 Code Monétaire et Financier come modificato dall'art. 151 l. n. 2008-776 del 4 agosto 2008) « La Caisse des Dépôts et Consignations et ses filiales constituent un groupe public au service de l'intérêt general et du développement économique du pays. Ce groupe remplit des missions d'intérêt general en appui des politiques publiques conduites par l'Etat et les collectivités territoriales et peut exercer des activités concurrentielles.

La Caisse des Dépôts et Consignations est un investisseur de long terme et contribue, dans le respect de ses intérêts patrimoniaux, au développement des entreprises ».

Sulle caratteristiche dell'investitore « de long terme » e sui principi che informano il comportamento della Caisse des Dépôts come « investisseur d'intérêt général », v. il « Rapport au Parlement » del 2009 ed in particolare modo l'allegato 3, « Les doctrines d'action de la Caisse des Dépôts », 85 ss. Sulla precedente configurazione della Caisse, R. MOULIN - P. BRUNET, *Droit public des interventions économiques*, Paris 2007, 216 e i contributi della giornata di studi organizzata dal Conseil scientifique et historique de la Caisse in *Crises financières, crises politiques en Europe dans le second XIX^e siècle*, a cura di A. ANGLAN, M. MARGHIRAZ e P. VERHEYDE, Genève 2011, *passim*.

³⁹ La sostituzione dell'interesse nazionale rispetto al dato francese dell'interesse generale trova probabilmente la sua giustificazione non tanto in un richiamo all'istituto contemplato nell'art. 2451 c.c. ma in una reazione all'acquisto di società nazionali da parte di imprese francesi, come era avvenuto nello stesso contesto temporale con il lancio di un'opa su Parmalat che aveva provocato l'emanazione di un provvedimento d'urgenza (d.l. 25 marzo 2011, n. 26 conv. con l. 23 maggio 2011, n. 73) per far slittare le convocazioni assembleari di società quotate, rimasto poi senza esito.

⁴⁰ Emblematica da ultimo la risoluzione adottata per l'Alitalia. Su questo aspetto fra i contributi di AA.VV. contenuti in *Vicende dell'impresa e tutela dei lavoratori nella crisi dell'Alitalia*, a cura di F. SANTONI, Napoli 2011, v. F. LIGUORI, *Liberalizzazione, privatizzazione e servizio pubblico: il caso Alitalia*, 27 ss. e G. GUIZZI, *Concentrazione tra im-*

valutazione dell'operatività dell'impresa, quale l'entità del fatturato (anche questo elemento richiamato nel regime dell'amministrazione straordinaria), e, infine ad una generica valutazione di carattere residuale che si richiama alle « ricadute per il sistema economico-produttivo ».

Una volta definiti con decreto del Ministro dell'economia (decr. 8 maggio 2011) i requisiti « anche quantitativi » per la qualificazione delle società « di interesse nazionale » (art. 7, comma 2), si prevede che l'acquisto della partecipazione possa avvenire « anche attraverso veicoli societari o fondi investimento partecipati da CDP S.p.a. ed eventualmente da società private o controllate dallo Stato o enti pubblici ».

A parte l'incerta contrapposizione fra società private (se non si fa riferimento solo alla « forma » del soggetto ma a reali soggetti privati, diverso dovrebbe essere il compito della CDA S.p.a., per evitare l'esperienza della Gepi) e le società a partecipazione pubblica, rileva, nell'evoluzione della nozione dell'interesse pubblico nelle società privatizzate, la previsione che « 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 ottavo ».

Premesso che fin dalla trasformazione della CDP da ente pubblico in società di diritto speciale era stata già prevista una gestione separata, ai soli fini contabili ed organizzativi, per « le partecipazioni e le attività... strumentali » (art. 5, comma 8); per le partecipazioni il cui acquisto è ora legittimato dall'art. 7 l. 26 maggio 2011, n. 75 si prevede, come regola generale ed indipendentemente dalla natura delle risorse finanziarie impegnate, la realizzazione di un sistema separato contabile ed organizzativo (« fermo restando quanto previsto al comma ottavo... »).

Quando si richiede, in caso di utilizzo della raccolta postale, la loro contabilizzazione nella « gestione separata » dell'art. 8, il richiamo sembra riferito al sistema separato previsto dalla normativa di privatizzazione (art. 7, lett. a, l. n. 326 del 2003) per la gestione dei finanziamenti allo Stato e agli enti pubblici e agli organismi di diritto pubblico resi possibili dall'utilizzo di risorse postali⁴¹.

prese e insolvenza; Appunti a margine del caso Alitalia, 97 ss.

⁴¹ Art. 7, lett. a) l. 24 novembre 2003, n. 326 « La CDP S.p.a. 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'emis-

Il che implica un ulteriore problema che si aggiunge alla rilevanza del carattere strutturale della separazione sulla natura della CDP S.p.a., confermando l'attualità del quesito se l'adozione della forma societaria sia sufficiente ad escludere la natura pubblica dell'ente⁴².

8. L'ultimo intervento che incide sull'organizzazione di Poste italiane S.p.a. attiene alla costituzione di un patrimonio « destinato esclusivamente all'esercizio dell'attività di bancoposta » (art. 2, comma dal 17-*octies* al 17-*duodecies* l. 26 febbraio 2011, n. 10) che, se sembra rinviare allo schema civilistico dei patrimoni destinati ad un singolo affare (art. 2447-*bis* c.c.), se ne discosta invece per più aspetti.

Non solo la destinazione patrimoniale nasce da una scelta del legislatore e non del consiglio di amministrazione e la quota del patrimonio netto della società da destinare può superare la percentuale del dieci per cento fissata dal diritto comune, ma la sua finalizzazione, preordinata « all'applicazione degli istituti di vigilanza prudenziale », permette di formare un « patrimonio di vigilanza » per l'attività creditizia senza dover ricorrere ad una scissione di un ramo d'azienda⁴³.

Correlativamente alla disciplina del patrimonio separato (comma 17-*novies*-17-*undecies*) la legittimazione di Poste italiane S.p.a. ad « acquistare partecipazioni, anche di controllo, nel capitale di banche » (art. 17-*duodecies*), ha portato, in funzione del disegno di attivazione della Banca del Mezzogiorno al cui capitale Poste italiane dovrebbe partecipare con l'apporto della rete di filiali meridionali, all'autorizzazione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato (23 febbraio 2011) e della Banca d'Italia all'operazione di acquisto del Medio Credito Centrale.

La realizzazione di una strategia di politica economica tramite l'intervento di Poste italiane S.p.a. e la quasi contemporanea decisione di non istituire un'Autorità di regolazione postale con un grado d'indipendenza

sione di titoli, dall'assunzione di finanziamenti e da altre operazioni finanziarie che possono essere assistiti dalla garanzia dello Stato ».

⁴² C. IBBA, *Società pubbliche e riforma del diritto societario*, cit., 22, sub nota 56.

⁴³ L. SALTARI, *op. cit.*, 835, che sottolinea la possibilità in tal modo di Poste Italiane S.p.a. di adeguarsi alle più rigorose regole di vigilanza prudenziale fissate da Banca d'Italia dopo la crisi del 2008. Sul punto v. le osservazioni critiche ai recenti interventi del legislatore in tema di salvataggi bancari (d.l. 13 ottobre 2008, n. 157 conv. con l. 4 dicembre 2008, n. 190; d.l. 29 novembre 2008, n. 185, conv. con l. 28 gennaio 2009, n. 2) di V. SANTORO, *Un tentativo di funzionalizzazione dell'impresa bancaria*, in *Banca impresa società* 2010, 3 ss.

dal governo paragonabile alle Autorità⁴⁴ (d.lgs. 31 marzo 2011; n. 58), fa sorgere, nella difficoltà di pervenire ad una corretta liberalizzazione dei servizi postali⁴⁵, un ulteriore problema, non più nell'ottica della tutela del mercato, ma sulla reale autonomia operativa della società.

9. Le ultime vicende normative sembrano indicare una riemersione e una trasformazione dell'interesse nazionale, nel significato di interesse generale riferito ad una determinata comunità territoriale⁴⁶, che può essere utilizzato, in una sostituzione anche parziale del richiamo agli indici rivelatori (od almeno degli indici meno significativi), per ricostruire la singola fattispecie nell'alternativa pubblica – privata del soggetto « privatizzato », identificando in via interpretativa il « regime congruo all'identità organizzativa e funzionale della fattispecie..., con il solo ausilio di argomenti sistematici e teleologici »⁴⁷.

Certamente la rilevanza dell'interesse nazionale, richiamato dalla Corte nella prospettiva di ricondurre le fondazioni lirico-sinfoniche fra gli enti nazionali (avendo dato per dimostrato il loro statuto pubblico, quale soggetto incaricato della cura di interessi generali, sulla sola base dei c.d. indici rivelatori) non è da sola condizione sufficiente per risolvere l'interrogativo sulla natura giuridica di un ente, data la possibile legittimazione alla tutela di questi interessi da parte di soggetti sia pubblici che privati.

Basti pensare, per restare al tema delle società di interesse nazionale, alla disciplina dell'art. 2451 c.c., dove, pur nell'indubbia ambiguità per il passato di alcune fattispecie-limite di società di interesse nazionale (o presunte tali) a totale partecipazione pubblica, sia stata riconosciuto la loro diversità rispetto all'impresa pubblica, la possibilità di una partecipazione prevalente o totalitaria della componente privata e l'applicazione, nei loro confronti, del diritto comune nei li-

⁴⁴ G. NAPOLITANO, *Acqua e Poste: l'ibrido delle due Agenzie*, in *www.firstonline.info* 2011.

⁴⁵ U. ARRIGO, *La liberalizzazione del mercato postale e le prospettive per l'Italia*, in *Mercato concorrenza regole* 2008, 469 ss.

⁴⁶ V. quanto osservava A. PIZZORUSSO, *Interesse pubblico e interessi pubblici*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1972, 61 che aveva precisato come, sotto l'aspetto metodologico, « l'opera di individuazione degli interessi pubblici attraverso la valutazione diretta serve soprattutto a realizzare la progressiva specificazione di quelli che appunto risultano dall'esperienza anteriore onde passare dalle formulazioni generali desumibili da testi come la costituzione, le leggi di piano, le leggi comice, ecc. ad applicazioni sempre più dettagliate, in corrispondenza con le esigenze concrete dei casi particolari ».

⁴⁷ G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, cit., 178.

miti della non contraddittorietà con il regime speciale.

Nell'applicazione di istituti pubblicistici a soggetti qualificati di diritto privato⁴⁸ il criterio che deve guidare l'interprete è di tendere ad una ricostruzione della loro disciplina che tenga conto anche della natura degli interessi tutelati, sì che dal concorso delle diverse componenti si possa riconoscere sia nella continuità dei rapporti che in corrispondenza delle modifiche introdotte nell'organizzazione e nella funzione⁴⁹, la permanenza « delle connotazioni proprie della originaria natura pubblicistica » dell'ente privatizzato⁵⁰.

Non vanno infine trascurate in questa valutazione, ben più complessa del semplice richiamo agli indici rivelatori, le conseguenze di un ingiustificato riconoscimento giurisprudenziale di un ente pubblico, che effettuato nonostante il divieto di costituire nuovi enti (art. 4 l. 20 marzo 1975, n. 70), portano, come è stato sottolineato ancor di recente, alla « applicazione, con effetti retroattivi, di sanzioni penali imprevedibili e non conoscibili da chi operava in una struttura formalmente non identificata come ente pubblico »⁵¹.

⁴⁸ C. IBBA, *La tipologia delle privatizzazioni*, in *Giur. comm.* 2001, 484 ss.; G. NAPOLITANO, *op. ult. cit.*, 191 ss.

⁴⁹ In punto v. P. SPADA, *Dalla trasformazione delle società alla trasformazione degli enti e oltre*, in *Scritti in onore di V. Buonocore*, vol. III, tomo III, Milano 2005, 3833.

⁵⁰ Corte cost., 28 dicembre 1993, n. 466 cit.

⁵¹ A. PACE, *La Corte di Cassazione ignora la storia, disapplica la legge e qualifica la Rai « ente pubblico »*, in questa *Rivista* 2010, 4037, sub nota 6.

Si aggiungano in questa prospettiva le conseguenze di un generalizzato riconoscimento della figura dell'ente pubblico-società per azioni per il contrasto tra l'interesse pubblico tutelato dalle procedure concorsuali e l'interesse perseguito dall'ente. Per le prime contrastanti decisioni, v. Trib. S. Maria Capua Vetere, decr. 9 gennaio 2009, in *Fallimento* 2009, 713, commentata da G. D'ATTORRE, *Le società in mano pubblica possono fallire?* e successivamente ancora Trib. S. Maria Capua Vetere, 22 luglio 2009, *ivi* 2010, 689 ss. e la giurisprudenza (fra cui Trib. Catania 26 marzo 2010, App. Napoli, 15 luglio 2009) ricordata da G. D' ATTORRE, *Società in mano pubblica e procedure concorsuali*, in AA.VV., *Le società pubbliche. Ordinamento, crisi ed insolvenza*, a cura di F. FIMMANÒ, Milano 2011, specie 337 ss.

Sul tema v. L. SALVATO, *I requisiti di ammissione delle società pubbliche alle procedure concorsuali*, *ivi*, specie 297 ss. (pubblicato anche in *Dir. fall.* 2010, I, 604 ss.); E. SORCI, *Le società a partecipazione pubblica maggioritaria ed il trattamento normativa in caso di insolvenza*, *ivi*, 361 ss.; F. DI MARZIO, *Insolvenza di società pubbliche e responsabilità degli amministratori. Qualche nota preliminare*, *ivi*, 391 ss.

PARTE II

LE REGOLE

A. I POTERI SPECIALI

1.

Dalla « *golden share* » alla « *poison pill* »:
evoluzione o involuzione del sistema? Da una
prima lettura del 381°-384° comma dell'art. 1 l.
23 dicembre 2005, n. 266 * **

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. Direttiva comunitaria sull'Opa e poteri speciali. - 3. Dalla formula iniziale della « società di interesse nazionale » alle società con « rilevante » presenza pubblica. - 4. Corte di Giustizia e « *golden share* virtuosa ». - 5. Equivocità del ricorso alla nozione di « partecipazione rilevante » in alternativa alle attività di « interesse economico generale ». - 6. Fungibilità nel nuovo meccanismo di tutela tra « strumenti finanziari » e « categorie di azioni ». - 7. La competenza esclusiva dell'assemblea generale per l'aumento di capitale nella giurisprudenza della Corte di Giustizia. - 8. Prime conclusioni sul « legislatore fenomenico ».

1. Premessa

L'indirizzo di politica economica tracciato dal 381°- 384° comma dell'articolo unico l. 23 dicembre 2005, n. 266 (legge finanziaria per il 2006 già pubblicato in una prima versione, quale art. 55)¹, oltre a provocare immediate reazioni sull'introduzione di una « *poison pill* »²

* Da *Giur. comm.*, 2006, I, 383-409.

** Il presente lavoro è destinato ad essere pubblicato negli *Scritti in onore del Prof. Carmine Punzi*.

¹ Atti Senato n. 3613. V. anche il testo pubblicato ne *Il Sole - 24Ore* del 3 ottobre 2005.

² MUCHETTI, « *Nuove privatizzazioni. Funziona a metà lo scudo contro i raider* », in *Corriere della sera* del 13 ottobre 2005 e MICOSI, « *Dalle poison pill una ferita al mercato* » in *Il Sole-24Ore* del 5 dicembre forse anche in relazione alle caute aperture di CATRICALÀ, nell'intervista ivi del 1° dicembre « *In Europa è forte il rischia protezionismo* », ma v. ora in un quadro più ampio, in relazione ad una situazione generale non ancora ben definita, quanto osserva il presidente della Consob Cardia nell'intervista « *La legge sull'opa va migliorata* » in *Corriere della sera (economia)* del 27 febbraio 2006.

per i problemi suscitati in sede comunitaria dai c.d. poteri speciali³ richiama l'attenzione sull'atteggiamento che stanno assumendo diversi Stati della Comunità dopo la nota decisione della Corte di Giustizia che ha ammesso, entro limiti ben circoscritti, un regime speciale di deroga al diritto societario (applicazione della « c.d. golden share »), ma solo se giustificato dalla necessità di tutelare un interesse generale nella specifica accezione indicata dalla Corte⁴.

Per limitarsi ai dati più recenti, a volte anche contraddittori oggetto di discussione, si può ricordare che per la Spagna alla presentazione di un disegno di legge per sopprimere « las acciones de oro »⁵, dalle società in cui questa forma di difesa è ancora presente dopo la legge 30 dicembre 2003 n. 62 (Repsol-Ypf, per il settore petrolifero; Iberia, per il trasporto aereo; Telefónica per le telecomunicazioni; Endesa, per il settore elettrico)⁶, ha corrisposto, nella prospettiva di dare attuazione alla direttiva europea sull'opa, lo studio di una soluzione informata ad un criterio radicalmente diverso.

Si tende infatti, secondo le prime notizie, a realizzare una forma di protezione dal mercato con una normativa intesa a disciplinare restrittivamente, a fronte di una politica di acquisto di società estere da parte di società spagnole⁷ il regime dell'opa, rispetto ad un sistema che « ne prevé tampoco ninguna "medida de neutralización" contra los "blindajes" » disciplinate nello statuto⁸.

³ Per una prima descrizione, v. DANIELE, *Diritto del mercato unico europeo*, Milano, Giuffrè, 2005, 173 ss.

⁴ Un'efficace sintesi dei vari problemi è in CIRENEL, *Riforma delle società, legislazione speciale e ordinamento comunitario: brevi riflessioni sulla disciplina italiana delle società per azioni a partecipazione pubblica*, in *Dir. comm. int.*, 2005, 41 ss.

⁵ Da *Il Sole-24Ore* del 27 novembre sotto il titolo « Madrid: addio golden share ».

⁶ SALAZAR MARTINEZ, CONDE HERNANDEZ, *La acción de oro del estrado en las empresas privatizadas*, in *Rev. der. banc. y burs.*, (RDBB), 2005, 130 e per il regime precedente v. NIEVES DE LA SERNA BILBAGO, *La privatización en España (Fundamentos Constitucionales y Comunitarios)*, Pamplona, 1995, 208 ss.; TRONCOSO REIGADA, *Privatización, empresa pública y Constitución*, Madrid, 1997, 34 ss.; un confronto con la nostra esperienza è in NICO, *Concordanze e dissonanze nei processi di privatizzazione nei Paesi dell'Unione europea: il caso spagnolo e italiano*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2000, 1281 ss. e successivamente in *Omogeneità e peculiarità nei processi di privatizzazione*, Bari, Cacucci, 2001, 135 ss.

⁷ Da ultimo v. « *Corporate conquistadores* », in *The economist* del 18 febbraio.

⁸ TAPIA SÁNCHEZ, *El difícil camino de la opa en el cambio del control societario*, in RDBB, 2005, 59 ss. Indicativo della delicatezza e della rilevanza in Spagna dei problemi in tema di difesa su scala nazionale di "attività strategiche" nel settore dell'energia (v. "European utilities. Bidding and competing. Will more consolidation of Europe's utilities sec-

Una situazione di ancora maggiore attualità ed interesse in relazione alle scelte da adottare in sede di una politica delle privatizzazioni che non sia solo attenta al profilo della quantificazione del corrispettivo ma alla necessità che essa avvenga nel quadro di una effettiva liberalizzazione dei settori interessati⁹ è in discussione in Francia in questi giorni, nella determinazione delle modalità di recezione della direttiva in tema di opa (21 aprile 2004, n. 25) in funzione dei problemi di tutela della concorrenza sollevati dal progetto di fusione tra Gaz de France (società in mano pubblica) e Suez (società in mano privata).

La notizia del progetto, inteso ad evitare il successo di un'eventuale opa da parte di Enel s.p.a. su Suez s.p.a., ha dato luogo, anche nell'ordinamento d'origine, a critiche per il "patriotisme économique" che lo caratterizza¹⁰ e all'osservazione, che riflette a sua volta un dato di carattere generale, che "la sécurité gazière de l'Europe passe par la constitution de grands groupes pan-européens et not par la construction de champions nationaux"¹¹.

tor follow E.ON' bid for Endesa?", in The Economist del 25 febbraio) è la normativa in corso di approvazione (per un'ampia notizia cfr. El país del 1° marzo 2006) che ampliando le funzioni del CNE (Comisión Nacional de la Energía) definisce come parte "de los activos estratégicos" le centrali termiche, elettriche, e le centrali, in un testo modificato all'ultimo momento, "de especial relevancia en el consumo de carbón de producción nacional", sottoponendo all'esame della Commissione non solo ogni trasferimento "de más de un 10% del capital de una empresa con actividades reguladas" ma che permetta di esercitare una "influencia significativa".

⁹ Per una prima rassegna dei problemi v. SINISCALCO, BORTOLOTTI, FANTINI, VITALINI, *Privatizzazioni difficili*, Bologna, il Mulino, 1999, 81 ss. e già MACCHIATI, *Privatizzazioni tra economia e politica*, Roma, Donzelli, 1996, 110 ss. e i contributi contenuti nei numeri monografici 11 e 12 del 1995 della *Rivista di politica economica*. Sempre utile in un contesto ormai generalizzato (v. il commento dal titolo *The nationalist resurgence*, in *The economist* del 4 marzo 2006, 31) la rilettura di QUADRO CURZIO, *Noi, l'economia e l'Europa*, Bologna, il Mulino, 1996, specie 53 ss., di CAVAZZUTI, *Privatizzazioni, imprenditori e mercati*, Bologna, il Mulino, 1996, 64 ss.; MESSORI, PADOAN, ROSSI, *Proposte per l'economia italiana*, Bari-Roma, Laterza, 1998, 65 ss.; ZANETTI, ALZONA, *Capire le privatizzazioni*, Bologna, il Mulino, 1998, 41 ss.

¹⁰ Nella stampa quotidiana francese un significativo esempio di questo indirizzo è in BEZAT, "Fusion Gaz de France-Suez: Paris ignore l'Europe" e "Gaz de France-Suez: huit questions sur un mariage précipité" rispettivamente in *Le Monde* del 28 febbraio e 1° marzo dove si dà conto anche delle difficoltà che l'operazione può incontrare in Belgio (v. *ivi*, STROOBANTS, "La Belgique estime que son indépendance énergétique est menacée") dove alla censura dei consumatori si è aggiunto in sede politica il rilievo del ministro dell'energia "J'ai le sentiment que des oligopoles se constituent, éliminant l'objectif de la libéralisation".

¹¹ Per il caso di specie v. l'editoriale "Nationalisme" in *Le Monde* del 28 febbraio e l'articolo di BUCK, "Protectionist storm shaker foundation of EU's single market" in *Financial*

Per l'aspetto che qui interessa la vicenda si è svolta in connessione temporale con i problemi emersi nell'esame del progetto di legge sulle opa, inteso a tradurre la direttiva del 21 aprile 2004¹².

Ad una prima lettura nell'autunno del 2005 che aveva portato, apparentemente senza problemi, all'adozione di un testo di recezione della direttiva, è seguita nei mesi successivi una discussione, ad oggi non ancora completata, nella quale non si è mancato di sottolineare che "l'actualité récente a fait prendre conscience aux parlementaires des enjeux de ce projet"¹³.

L'attualità della tutela dei campioni nazionali nella rinnovata affermazione della loro rilevanza ha indotto il governo francese, in parallelo alle polemiche sorte in sede comunitaria sulla politica dei c.d. "French raid",¹⁴ e alla contemporanea rappresentazione di una "sort of Gallic Gazprom"¹⁵, a prospettare la necessità di un contestuale provvedimento sul quale si è già manifestata l'attenzione degli uffici della Commissione, inteso a proteggere da trasferimenti di controllo non graditi società appartenenti a settori giudicati strategici, dalla difesa alle biotecnologie¹⁶.

Ad una vivace anche se non approfondita discussione in sede politica, caratterizzata dal richiamo ad un «patriotisme économique» da tutelare, anche con l'utilizzazione del c.d. "dividende du travail" otte-

Times del 1° marzo. Per un'esemplificazione di politiche dei "campioni nazionali" in Francia, Regno Unito, Repubblica federale tedesca sia permesso rinviare a SANTONASTASO, *Le società d'interesse nazionale*, Milano, Giuffrè, 2002, 129-208; un ampio esame critico del fenomeno in chiave comunitaria è in GHEZZI, *La disciplina delle concentrazioni e la promozione dei campioni nazionali tra diritto comunitario e normative nazionali antitrust*, in *Riv. soc.*, 2004, 1138 ss.

¹² Projet de loi n. 2612 esaminato dal Senato nel novembre 2005 trasmesso dall'Assemblée nationale il 22 settembre.

¹³ DUCOURTIEUX-MORIO, *La vulnérabilité des groupes français inquiète le Parlement*, in *Le Monde* del 4 marzo.

¹⁴ V. in *The Economist* dell'11 febbraio "The French raid. BNP Paribas's swoop for Italy's BNL is unlikely to start a rush".

¹⁵ «European takeovers. To the barricades», in *The Economist* del 4 marzo, 32 e 57.

¹⁶ Per una prima informativa v. *Le Monde* del 2 settembre 2005 "La France veut protéger dix secteurs jugés stratégiques", e del 22 successivo, "OPA: la France modifie les règles du jeu" con l'elenco dei settori protetti (casinos, sécurité, biotechnologies, production d'antidotes, matériel d'interception et de communications, sécurité des systèmes informatiques, technologies duales, cryptologie, marchés secrets défense, armement), sulla scia del fallito take-over della Pepsi su Danone (v., per un riepilogo della vicenda, *Le Monde* del 21 luglio, "La menace d'Opa sur Danone devient une affaire d'Etat") che ha fatto parlare di "Fearful Fortress France", così *The Economist* del 29 ottobre.

nuto con il ricorso all'azionariato dei dipendenti¹⁷, ha fatto seguito “en catimini”¹⁸ una normativa¹⁹ che, oltre ad assoggettare ad una « *autorisation préalable* » gli investimenti di provenienza extracomunitaria per una serie di settori giudicati di interesse nazionale (art. 2), ha precisato la procedura da seguire per gli investimenti nell'area comunitaria (art. 3) comprendendovi sia l'acquisto del controllo quando la sede sociale dell'impresa si trovi in Francia sia dell'acquisto « *directement ou indirectement tout ou partie d'une branche d'activité* ».

La previsione iniziale²⁰ è stata peraltro oggetto di un immediato provvedimento di rettifica²¹ con l'inserimento del riferimento agli investimenti « *réalisés par une personne physique qui n'est pas ressortissante d'un Etat membre de la Communauté européenne ou d'un Etat partie sur l'Espace économique européen ayant conclu une convention d'assistance administrative avec la France...* ».

Contestualmente la stessa rettifica è stata effettuata (art. 3) nei confronti degli investimenti provenienti da Stati membri con l'aggiunta, anche in questo caso, dell'indicazione « *ou d'un autre Etat partie à l'accord sur l'Espace économique européen ayant conclu une convention d'assistance administrative avec la France* ».

La modifica, introdotta secondo i primi commenti a seguito di un'indicazione dei « *juristes de la Commission* », anche se giudicata dal Ministero

¹⁷ V. le dichiarazioni del Ministro dell'Economia del 22 luglio e MALIGNE-MORIO, “*L'actionariat des salariés au secours des entreprises, (Patriotisme économique. Une loi destinée à protéger la France des « offensives » étrangères*», in *Le Monde* del 2 marzo 2006. Per un'analisi del ricorso a forme di partecipazione integrative in caso di *take-over*, v. BONELL, *Partecipazione operaia e diritto dell'impresa*, Milano, Giuffrè, 1983, 208 ss.

¹⁸ Così *Le Monde* del 4 gennaio 2006, sotto il titolo “*La France revoit à la baisse son patriotisme économique*” ma v. anche le osservazioni di PENNISI, “*Il patriota si vede al casinò*” in *Il tempo* dell'8 gennaio sul possibile contrasto di una normativa così ampia con le regole dell'OMC, in relazione alla sua applicazione nei confronti delle case da gioco, possibile canale di riciclaggio nei cui confronti la normativa comunitaria (terza direttiva in materia di antiriciclaggio e antiterrorismo del 26 ottobre 2005, n. 2005/60, in G.U.C.E. 25 novembre 2005, L. 309) prevede, oltre l'autorizzazione all'esercizio dell'attività, poteri di controllo “rafforzati” (sul punto v. *Il commento* di E. CASSESE e COSTANZO in *Giorn. dir. amm.*, 2006, 16).

¹⁹ Décret n. 2005-1739 del 30 dicembre 2005 in *J.O.* n. 304 del 31 dicembre.

²⁰ Previsione che subordinava all'esito della procedura gli investimenti « *réalisés par une personne physique ressortissante d'un Etat non membre de la Communauté européenne, par une entreprise dont le siège social se situe dans l'un de ces mêmes ou par une personne physique de nationalité française qui n'y est pas résidente* ».

²¹ Pubblicato in *J.O.* del 4 gennaio.

dell'Economia francese solo come un « type d'intervention rectificative » senza « rien d'exceptionnel, ... fruit d'une relecture attentive »²² per evitare un'applicazione restrittiva che avrebbe escluso alcuni stati europei (Svizzera, Norvegia), conferma l'attenzione critica della Commissione su un tipo di provvedimento che non poteva passare inavvertito in sede comunitaria per alcune sue disposizioni giudicate "discriminatorie" e "protectionnistes"²³.

2. Direttiva comunitaria sull'Opa e poteri speciali

L'attualità di queste vicende che si riflette in alcune dichiarazioni politiche di carattere più generale del Presidente Chirac sulla « gamme de pasturage relevant des domaines de la défense et de la sécurité »²⁴ induce ad una riflessione non solo sull'erroneità di una risposta in termini di reazione nazionale a determinate scelte di politica economica²⁵ ma sull'opportunità di valutare nel quadro delle singole discipline nazionali che si viene delineando le conseguenze dell'orientamento assunto dalla Corte di giustizia in tema di poteri speciali.

Nel nostro ordinamento ad esempio l'intervento in sede di legge finanziaria 2006 sulla "poison pill" sembra contrastare sia con le condizioni che hanno portato all'assoluzione della "golden share virtuosa" nella controversia che opponeva in sede comunitaria la Commissione

²² FOLLOROU, *La Commission européenne contraint le gouvernement à corriger son décret sur «le patriotisme économique»*, in *Le Monde* dell'11 gennaio.

²³ Sul punto v. le dichiarazioni imputate dalla stampa agli ambienti del Commissario McCrevy in « *La Commission européenne se montre sceptique* », in *Le Monde* del 2 settembre e l'editoriale dal titolo « *Industrie: un cap flow* », *ivi*, nella stessa data, e, successivamente, la lettera inviata al Governo francese dagli uffici della comunità, il cui testo è riassunto in *Le Monde* del 28 gennaio 2006, sotto il titolo « *Secteurs protégés: Bruxelles demande à Paris une clarification* ». Sullo specifico punto interessante il commento dal titolo « *Powerless patriots* », in *The Economist* del 4 febbraio, che anche a seguito del comportamento del governo francese nei confronti dell'opa ostile di Mittal nei confronti di Arcelor nel settore siderurgico, ha osservato: "Thanks to France's increasingly protectionist mood, corporate takeovers are a sensitive topic in Europe".

²⁴ Il testo integrale del discorso del 19 gennaio è pubblicato sotto il titolo « *Protéger nos intérêts vitaux* » in *Le Monde* del 20 gennaio.

²⁵ V. nello specifico, anche se il titolo non risponde al contenuto, l'intervista a G. ROSSI, « *I furbetti del capitale* », in *Il manifesto* del 3 marzo 2006 e per un approccio di metodo, sempre di G. ROSSI, *Il gioco delle regole*, Milano, Adelphi, 2006, 35 ss.

al Belgio²⁶, sia con l'orientamento assunto in sede di legge finanziaria per il 2004 (l. 24 dicembre 2003, 228° comma) che aveva completato il sistema dei c.d. poteri speciali modificando le prime correzioni alla formula iniziale per renderla coerente con le regole comunitarie²⁷.

Il procedimento ora introdotto dalla l. 23 dicembre 2005 n. 266, oltre a dar luogo a sostanziali perplessità in termini di efficienza²⁸, desta ulteriori dubbi in un giudizio complessivo della sua conformità al diritto «vivente» comunitario nella sua interpretazione ed applicazione da parte della giurisprudenza della Corte di Giustizia in tema di deroghe nazionali al regime comune²⁹, legittime solo se giustificate, nel rispetto del principio di proporzionalità, da « ragioni imperative di interesse generale »³⁰.

²⁶ L'espressione introdotta da BALLARINO, BELLODI, *La golden share nel diritto comunitario*, in *Riv. soc.*, 2004, 37 è stata ripresa da SACCO GINEVRI, *La nuova golden share: l'amministratore senza diritto di voto e gli altri poteri speciali*, in questa *Rivista*, 2005, II, 708.

²⁷ Un esame della soluzione offerta nel periodo intermedio è effettuato da TALARICO, *I «poteri speciali» riservati allo Stato italiano nelle società privatizzate. Possibili effetti sulla economicità aziendale*, in *Privatizzazioni e problemi di governance (Esperienze a confronto: il caso tedesco)*, a cura di FERRARIS FRANCESCHI, Torino, Giappichelli, 2002, 203 ss.

²⁸ Indicativa, pur nella sinteticità della sede è l'intervista di CAVAZZUTI, ne *Il Sole-24Ore* del 27 novembre che sottolinea come « la *golden share* e i suoi surrogati rischiano solo di aumentare l'inefficienza, i costi per gli utenti sia a livello nazionale che locale ».

²⁹ Sul significato da dare all'espressione "diritto vivente", MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, Giuffrè, 1996, 141 ss., specie 158 ss.

³⁰ Da ultimo in tema di libertà di stabilimento e di fusioni transfrontaliere v. Corte di Giustizia, causa C-411/03, 13 dicembre 2005. Con questa decisione la Corte, nel negare la legittimità dell'art. 1, n. 1 dell'Umwandlungsgesetz del 28 ottobre 1994 per il quale solo i soggetti di diritto aventi sede nel territorio nazionale possono essere oggetto di fusione, creando una disparità di trattamento fra fusioni interne e fusioni transfrontaliere, ricorda a conclusione di una serie di pronunzie conformi, che « tale disparità di trattamento costituisce una restrizione degli artt. 43 CE e 48 CE, la quale osta alla libertà di stabilimento e può essere ammessa solo se persegue uno scopo legittimo compatibile con il Trattato ed è giustificata da ragioni imperative di interesse generale. Anche in tali ipotesi però, la sua applicazione deve essere idonea a garantire il conseguimento dello scopo in tal modo perseguito e non deve eccedere quanto necessario per raggiungerlo ». Al riguardo è di obiettivo interesse ricordare che, nel motivare il proprio orientamento, la Corte di Giustizia si è richiamata espressamente (punto 23) a quanto affermato, in tema di conflitto fra libertà di stabilimento e disciplina tributaria nazionale, dalla decisione dell'11 marzo 2004, causa C-9/02 Racc. p.1-2409, 49. Su questo aspetto che si riflette nel delicato rapporto tra norme nazionali antielusive e norme sulla libera circolazione dei capitali v. la relazione di AMATUCCI, *Norme antielusive, libero accesso al mercato e tassazione dei capitali in ambito Ue*, al Convegno di Napoli-S. Leucio del 29-30 aprile 2004 su *La tassazione del risparmio tra protezione nazionale e integrazione europea*, pubblicata in *Riv. dir. trib.*, 2005, I, 103 ss. e le

Il dubbio consegue non solo a riserve nei confronti dell'aspetto tecnico della redazione legislativa, non sempre impeccabile come è stato ancor di recente sottolineato proprio nei confronti dell'ultima versione dei poteri speciali³¹, ma per il problema di fondo della loro compatibilità con le indicazioni della Corte di Giustizia che avevano condotto già da tempo il legislatore nazionale a modificare progressivamente e in modo radicale un regime di diritto speciale dettato inizialmente (l. 30 luglio 1994, n. 474) in funzione di una generica tutela degli «obiettivi nazionali di politica economica e industriale»³².

In una valutazione delle motivazioni alla base dei sistemi di difesa della presenza pubblica per la tutela di interessi generali non può, al riguardo, essere trascurata la conclusione pragmatica cui è pervenuta la stessa dottrina francese quando, dopo aver ricordato il riconoscimento della Corte di Giustizia di un «*droit pour un État membre de conserver une certaine influence sur les entreprises privatisées*» ha osservato che «*dans la pratique, on peut douter de l'efficacité réelle des prerogatives accordées à l'État pour s'opposer à l'entrée d'investisseurs étrangers. Le contrôle national des entreprises privatisées dépend plus de la force du capital national que des instruments de contrôle de l'origine des investisseurs* s» (corsivo aggiunto)³³, accentuando quell'aspetto del fenomeno delle privatizzazioni che ha dato luogo all'interrogativo se esso non possa essere inteso come «*Teil des Abschieds vom Staat?*»³⁴.

Indicative dell'incertezza con cui si è mosso il legislatore nazionale, sotto il profilo della rispondenza del nuovo regime di tutela della presenza pubblica al diritto comunitario, sono le diverse stesure che hanno caratterizzato le fasi di formazione del testo.

Le modifiche, man mano introdotte per pervenire alla versione definitiva, non solo permettono di individuare alcune delle componenti so-

osservazioni di RICCI, *Exit taxes tra diritto di cittadinanza e libertà di stabilimento: il caso Hughes De Lasteyrie Du Saillant*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 2004, II, 94 ss.

³¹ SACCO GINEVRI, (nt. 26), 712, in particolar modo per quanto attiene il potere di opposizione previsto dall'ultimo periodo del 228° comma dell'art. 4 L. 24 dicembre 2003 (legge finanziaria per il 2004) che «interviene sensibilmente sulle posizioni dei soggetti privati, costringendoli a convivere con una situazione giuridica precaria».

³² Sulle conseguenze di una formula, già oggetto di critica per la sua atecnicità (per tutti G. ROSSI, *Privatizzazioni e diritto societario*, in *Riv. soc.*, 1994, 391 ss.) v. le conclusioni di OPPO, *La privatizzazione dell'impresa pubblica: profili societari*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, I, 775.

³³ DU MARAIS, *Droit public de la régulation économique*, Paris, 2004, 322.

³⁴ KÄMMERER, *Privatisierung*, Tübingen, 2001, 540.

ciopolitiche ed economiche alla base dell'intervento legislativo ma, in relazione alla ormai prossima attuazione nell'ordinamento nazionale della direttiva sulle Opa del 21 aprile 2004³⁵, segnalano una perdurante scarsa aderenza del legislatore ad un indirizzo comunitario che, anche se oggetto nel suo risultato finale di una critica radicale per una mediazione probabilmente non riuscita³⁶, sembra ancora in grado di fornire all'interprete, almeno per questo aspetto, prospettive di un certo interesse³⁷.

La contraddittorietà di un testo, nel quale convivono tesi opposte e dove la centralità degli istituti della "passivity rule" e della neutralizzazione (artt. 9 e 11) viene resa facoltativa dall'art. 12, dà luogo ad una serie di interrogativi sull'applicazione del principio di reciprocità e delle norme anti-difesa, sì che il legislatore nazionale dovrà tenerne conto in sede di valutazione degli effetti del recepimento della Direttiva³⁸.

Basti ricordare che mentre nella versione iniziale (6° comma dell'art. 55) si precisava « sono fatte salve le diverse disposizioni in materia di offerte pubbliche conseguenti al recepimento della relativa normativa comunitaria » la formulazione definitiva (ultima parte del 388° comma) specifica, probabilmente per un'avvertita coscienza critica dei limiti del testo, che « con l'approvazione comunitaria delle disposizioni previste dai 385° a 387° comma e le modifiche statutarie apportate in esecuzione di quanto disposto dai medesimi comma cessa di avere effetto l'art. 3 del d.l. 31 maggio 1994, n. 332, convertito dalla l. 30 luglio 1994, n. 474 »³⁹.

³⁵ Per un primo commento SCIPIONE, *La nuova disciplina dell'Opa europea: un'ipotesi di regolamentazione minimale*, in *Dir. banca merc. fin.*, 2005, 22 ss.; DI MARCO, *Il commento*, in *Società*, 2004, 178 ss.

³⁶ V. l'impostazione critica di SPAVENTA nell'intervista « *Sull'Opa toccare il meno possibile* » su *Il Sole-24Ore* del 4 dicembre 2005.

³⁷ Per un'introduzione al tema v. REGALDO, *Le tecniche difensive nelle Opa ostili (Riflessioni comparatistiche)*, Torino, Giappichelli, 2004, 102 e con riguardo al regime dei poteri spedali, DESANA, *Opa e tecniche di difesa (dalle misure difensive «successive» a quelle «preventive»)*, Milano, Giuffrè, 2003, 226 ss.

³⁸ Solo all'atto della correzione delle bozze è stato possibile prendere conoscenza del contributo di MUCCIARELLI, *Il principio di reciprocità nella Direttiva comunitaria sull'opa*, in questa *Rivista*, 2005, I, 830 ss., le cui conclusioni si condividono sostanzialmente, specie sul tema, oggetto di discussione nel prossimo futuro, della disapplicazione delle norme antidifesa con il ricorso al principio di reciprocità.

³⁹ Va ricordato che proprio in tema di rispetto di regole uniformi in grado di consentire l'effettivo esercizio delle libertà economiche e di esercizio da parte degli Stati membri di poteri speciali è stata prospettata (MAGLIANO, (nt. 34), 293), l'ipotesi di "una notifica preventiva alla Commissione attraverso la quale *ex ante* siano chia-

L'esplicito richiamo alla necessità di un vaglio positivo comunitario per far perdere efficacia ad una parte del preesistente regime dei poteri speciali acquista un significato particolare in presenza sia di quanto precisato dalla direttiva del 2004 in tema di condizioni di legittimità dei poteri speciali (punto 20 dei « Considerando »)⁴⁰ che della conseguente possibilità di non applicare, in presenza di un'Opa, le regole di neutralizzazione (7° comma dell'art. 11)⁴¹.

Appare pertanto opportuno ripercorrere, sia pure in breve, le tappe del procedimento di formazione sul punto della legge finanziaria 2006, al termine del quale l'affermazione iniziale (art. 55, 1° comma) della finalità di garanzia del « completamento del processo di privatizzazione » che si traduceva in un'incerta identificazione della categoria dei soggetti di riferimento (« società di interesse nazionale ») è stata da un lato completata (381° comma) con l'indicazione del « fine di favorire i processi di privatizzazione e la diffusione dell'investimento azionario », che sembrerebbe rappresentare il tessuto connettivo della norma, e dall'altro con l'indicazione del suo riferimento alle società « nelle quali lo Stato detenga una partecipazione rilevante ».

3. Dalla formula iniziale della « società di interesse nazionale » alle società con « rilevante » presenza pubblica

Alla prima delimitazione circoscritta, come si è ricordato, alle « società di interesse nazionale che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio nelle quali lo Stato abbia ancora una qualificata partecipazione », ha fatto seguito prima un emendamento (approvato in data 8 dicembre dalla Commissione Bilancio della Camera) che per una formulazione non del tutto felice poteva essere interpretato come inteso ad estendere il regime

ramente individuabili le esigenze imperative la cui tutela necessita una deviazione rispetto ai modelli organizzativi societari di diritto comune".

⁴⁰ « Tutti i diritti speciali detenuti nelle società dagli Stati membri dovrebbero essere considerati nel quadro della libera circolazione dei capitali e delle pertinenti disposizioni del Trattato. I diritti speciali, previsti dal diritto nazionale privato o pubblico detenuti nelle società da Stati membri dovrebbero essere esclusi dalla regola di neutralizzazione qualora siano compatibili con il Trattato ».

⁴¹ « Il presente articolo non si applica quando gli Stati membri detengono titoli nella società emittente che conferiscono allo Stato membro speciali diritti compatibili con il Trattato, ai diritti speciali previsti dagli ordinamenti nazionali, che sono compatibili con il trattato, e alle cooperative ».

difensivo a tutte le società⁴², per poi pervenire, nel testo definitivo, al collegamento del mezzo di difesa della partecipazione pubblica alle sole società caratterizzate da una «*rilevante*» presenza del socio pubblico.

Le vicende che hanno caratterizzato la redazione del 381° comma della l. 23 dicembre 2005, n. 266, illustrano, con il richiamo a formule legislative dotate di un loro preciso significato ma estranee, in punto di qualificazione della fattispecie, alla disciplina che si intendeva introdurre, la confusione che ha caratterizzato la redazione della norma, rivelando un'incertezza di metodo ed un'attenzione che, volta a rispettare un linguaggio forse ritenuto chiaro in termini « burocratici » nella delimitazione degli interessi da tutelare, certamente non trovava corrispondenza, neppure nel fine perseguito dal meccanismo di tutela, con un corretto uso delle categorie normative.

È dunque in questo quadro che richiama alla memoria molte delle osservazioni formulate sull'opacità delle forme di un certo capitalismo⁴³ che va esaminata l'autorizzazione ad emettere in regime di specialità, « strumenti finanziari partecipativi, ai sensi dell'art. 2346, 6° comma del codice civile, ovvero a creare categorie d'azioni, ai sensi dell'art. 2348 del codice civile, anche a seguito di conversione di parte delle azioni esistenti ».

L'elemento qualificante della nuova disciplina era rappresentato dall'attribuzione « *all'assemblea speciale dei relativi titolari (de)l diritto di sottoscrivere aumenti di capitale riservati* » che, anche se finalizzata, nella *ratio* della norma, a garantire il «completamento del processo di privatizzazione »⁴⁴, appariva in grado di provocare con il richiamo alle «società di interesse nazionale», altri dubbi nella sua interpretazione,

⁴² Nel contesto di una risposta a chi sulla stampa economico-finanziaria aveva criticato l'emendamento in quanto in grado di determinare «la glaciazione del mercato dei diritti di proprietà» (MUCHETTI, «Golden share *per i privati*», in *Corriere della sera* del 1° dicembre 2005), il presentatore dell'emendamento aveva precisato («Sulla golden share *coniugare borsa e strategicità*», *ivi*, 3 dicembre) che «l'applicazione della nuova disciplina è limitata alle società già destinatarie delle disposizioni che, adottate in attuazione del d.l. n. 332 del 1994, mirano a tutelare la presenza dello Stato in ambiti strategici».

⁴³ G. ROSSI; *Capitalismo opaco*, Bari-Roma, Laterza, 2005, in particolare 35 ss.

⁴⁴ Per la descrizione di una « *poison pill* » che, pur nascendo in un'esperienza caratterizzata dall'assenza di «limiti alla libertà dei privati di creare ed emettere i più vari e ibridi strumenti finanziari» presenta momenti di contatto con l'odierna formulazione della legge finanziaria (il che potrebbe essere ulteriore momento di riflessione sul corretto uso dello strumento di difesa), ENRIQUES, *Quartum non datur: appunti in tema di «strumenti finanziari partecipativi» in Inghilterra, negli Stati Uniti e in Italia, in Banca, borsa tit. cred.*, 2005. I, 172 ss.).

specie alla luce dell'orientamento della Corte di Giustizia, inteso a privilegiare nell'individuazione della « *golden share* virtuosa » il dato contenutistico dell'attività rispetto ad un'indicazione formale *del soggetto*.

L'unica giustificazione che poteva forse essere fornita al richiamo alle società di « interesse nazionale », inteso come espressione informata nella sua interpretazione allo « spirito dei trattati »⁴⁵, è data dal significato assunto dal concetto di interesse nazionale nel lessico politico conseguente alla contrapposizione, propria dell'ambito comunitario, fra interesse comune europeo corrispondente all'interesse nazionale nell'ambito di uno Stato e i diversi interessi nazionali intesi come interessi regionali⁴⁶, anche se in tal modo si conferma l'equivoco alla base della redazione iniziale della normativa speciale.

Resta il fatto che l'improprietà del richiamo, privo di collegamento ad istituti di diritto positivo essendo del tutto casuale la corrispondenza della formula « società di interesse nazionale » con l'istituto previsto nell'art. 2451 c.c. per una categoria di società speciali⁴⁷, traduceva impropriamen-

⁴⁵ Sulla commistione di « un approccio basato sulla realizzazione di un risultato che però deve essere un risultato aperto » v. da ultimo con la consueta incisività quanto osserva MONATERI, *La neutralizzazione del diritto pubblico nazionale da parte del diritto comunitario: un destino inevitabile?*, in *Postfazione ad AA.VV., Giurisdizione della Corte dei conti e responsabilità amministrativo-contabile a dieci anni dalle riforme a cura di Atelli*, Napoli, 2005, 299.

⁴⁶ PISTONE, voce *Interesse nazionale*, in *Dizionario di politica*, diretto da Bobbio, Matteucci, Pasquino, Torino, 1990, 533.

⁴⁷ Merita ricordare che la riconduzione di una società per azioni in questa categoria, che, introdotta nel codice del '42 con riferimento alle società bancarie oggetto di una particolare disciplina per la loro strutturazione sul territorio e alle società di navigazione esercenti linee di interesse nazionale, presuppone leggi speciali «circa la gestione sociale, la trasferibilità delle azioni, il diritto di voto e la nomina degli amministratori, dei sindaci e dei dirigenti», è oggi circoscritta da una parte della dottrina alla sola Rai s.p.a. (in sede di commento alla riforma societaria v. SCIUMBATA, in *Patrimoni destinati, partecipazioni statali, S.a.a.*, in *La riforma del diritto societario*, a cura di Lo Cascio, Milano, 2003, 228; PANINI, in *La riforma delle società*, a cura di Sandulli e Santoro, Torino, 2, II, 2003, 1042; C. CAVAZZA, in *Il nuovo diritto delle società*, a cura di Maffei Alberti, Padova, CEDAM, 2005, II, 1715), pur senza riferimento critico alle novità introdotte per il settore dalla l. 3 maggio 2003, n. 113, anche se non mancano, come altra dottrina (VISENTINI, in *Società di capitali, Commentario*, a cura di Niccolini e Stagno d'Alcontres, Napoli, Jovene, III, 1317; GALGANO, *Il nuovo diritto societario*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Padova, CEDAM, 2003, XXIX, 435, che parla del regime speciale di nomina di amministratori e sindaci come il «portato di una legge generale, relativa ad una intera categoria di società per azioni») ha messo in rilievo, recenti interventi legislativi (art. 30 L 7 agosto 1997, n. 266 e art. 19 ottobre 1999, n. 370) che qualificano Come società di interesse nazionale sia società finanziarie

te in qualificazione soggettiva il riferimento della Corte di Giustizia per giustificare le restrizioni della « *golden share* virtuosa » agli «obblighi di servizio pubblico » il cui rispetto poteva legittimare, in termini di « pubblica sicurezza », l'introduzione nelle discipline nazionali di una restrizione alla libera circolazione dei capitali o delle merci.

4. Corte di Giustizia e « *golden share* virtuosa »

Nell'identificare i limiti all'applicabilità della « *golden share* » la Corte, nel quadro di una serie di decisioni che negavano legittimità all'istituto per violazione del principio della libera circolazione dei capitali, ha temperato, finora in un solo caso, il giudizio negativo su questa forma di normativa nazionale di difesa, fissando i criteri ai quali si deve uniformare il legislatore degli Stati della Comunità per poter beneficiare del regime di esenzione⁴⁸.

Dopo la dichiarazione di carattere generale della legittimità delle « preoccupazioni che ... possono giustificare il fatto che gli Stati membri conservino una certa influenza sulle imprese inizialmente pubbliche e successivamente privatizzate, qualora tali imprese operino nei settori dei servizi di interesse generale o strategico » (causa C-503/99, punto 43), la Corte ha concluso per la salvezza di una normativa nazionale (Belgio) introdotta con l'« obiettivo di garantire la sicurezza dell'approvvigionamento di energia in caso di crisi » (punto 55)⁴⁹.

regionali (è il caso per la Sardegna della Sfirs) sia società consortili per azioni operanti nel settore della ricerca («Sincrotrone Trieste»). Independentemente dal problema interpretativo se, per aversi società di interesse nazionale debba concorrere con il regime di specialità l'espressa qualificazione come tale della società secondo quanto è avvenuto per la Rai s.p.a. (art. 1 l. 14 aprile 1975, n. 103; art. 1 l. 23 giugno 1993, n. 206) o se sia possibile dedurre l'esistenza, come in precedenza per le società bancarie e di navigazione, dalla rilevanza nazionale dell'attività che si traduce in canone di legittimazione della deroga al diritto comune (SANTONASTASO, *Le società di interesse nazionale*, Milano, Giuffrè, 2002, 417 ss.), il richiamo contenuto nella versione iniziale della legge finanziaria in tanto assumeva significato in quanto collegato all'indirizzo della Corte di giustizia.

⁴⁸ Un quadro informato della giurisprudenza della Corte in relazione ai singoli ordinamenti nazionali è in SANMAURO, *Golden shares, poteri speciali e tutela di interessi nazionali essenziali*, Roma, 2004, 41 ss.

⁴⁹ Corte di Giustizia, causa C-505/99, 4 giugno 2002 in *Racc.* I-4809, discostandosi per le garanzie presentate nel caso dalla normativa nazionale, rispetto a quanto affermato in pari data nei giudizi che opponevano la Commissione alla Francia (causa-483/99), al Portogallo (causa.C-367/98), successivamente riconfermati nei confronti del Regno

Nell'esame della giurisprudenza comunitaria sono stati messi da tempo in evidenza dalla dottrina i requisiti di carattere formale e procedurale che devono ricorrere, quali l'esistenza di un preciso testo normativo; di un controllo pubblico successivo in contrapposizione alla richiesta di una autorizzazione preventiva; la previsione di termini ristretti per l'esercizio dell'opposizione; l'obbligo di motivazione, il controllo giurisdizionale⁵⁰, elementi individuati come condizioni che, garantendo l'osservanza dei principi fondamentali del Trattato giustificano « l'assolutoria per una *golden share* virtuosa »⁵¹.

Ma il rispetto di questi principi non esaurisce i requisiti richiesti per un legittimo esercizio dei poteri speciali ma solo li giustifica, sotto l'aspetto del procedimento e delle sue garanzie nell'ambito delle deroghe alla libera circolazione dei capitali, quando ricorrano secondo l'interpretazione della Corte di Giustizia « motivi di ordine pubblico o di pubblica sicurezza » (art. 58 del Trattato)⁵², con la conseguenza che le disposizioni nazionali vanno interpretate « in senso restrittivo, di guisa che la loro portata non può essere determinata unilateralmente da ciascuno Stato membro senza il controllo delle istituzioni comunitarie »⁵³.

Nell'individuazione delle società in corso di privatizzazione, destinatarie della disciplina speciale, il collegamento tra funzione del vincolo e l'attività-oggetto sociale, ricercato nel testo iniziale con un'inversione nel rapporto tra soggetto ed attività tramite il richiamo alle « società di interesse nazionale », doveva essere effettuato tenendo presente nelle sue premesse l'argomento utilizzato dalla Corte di Giustizia in una decisione che, allo stato, appare essere sempre più per l'interprete nazionale l'unico parametro di riferimento per valutare il legittimo esercizio dei poteri speciali.

unito e della Spagna (c-98/01). Per una valutazione complessiva dell'orientamento della Corte di Giustizia v. BALLARINO, BELLODI, (nt. 26), 2 ss. che pur concludendo (37) come « direttamente dal caso del Belgio e indirettamente dagli altri sembra si possano desumere delle scriminanti al generale divieto delle *actions spécifiques* come discende dal principio della libera circolazione dei capitali », confermano che l'accesso al mercato è l'elemento fondamentale per mediare il conflitto tra le libertà comunitarie e il diritto di ogni Stato membro di disciplinare il regime della proprietà.

⁵⁰ FLEISCHER, in *Common market review*, 40, 2003, 497.

⁵¹ BALLARINO, BELLODI, (nt. 26), 37.

⁵² GRUNDMANN, MOSLEIN, *Die Goldene Aktie (Staatskontrollrechte in Europarecht und wirtschaftspolitischer Bewertung)*, in *ZGR*, 2003, 340.

⁵³ BALLARINO, BELLODI, (nt. 26), 40.

Appare quindi utile ripercorrere l'*iter* seguito, in un concorso di profili di politica economica e di pubblica sicurezza, dal giudice comunitario⁵⁴ nell'esame delle limitazioni introdotte dalla legislazione belga.

La decisione, dopo aver ricordato la costante giurisprudenza della Corte per la quale motivi di natura economica non legittimano gli Stati membri a porre ostacoli vietati dalla normativa comunitaria (punti 44-51)⁵⁵ ha individuato, tra i motivi di pubblica sicurezza che giustificano un ostacolo alla libera circolazione delle merci, la tutela dell'interesse pubblico ad una fornitura minima costante di prodotti petroliferi (punto 46).

Di qui il riconoscimento che il regime di vincolo « permette sulla base di criteri oggettivi e controllabili dal giudice, di garantire la disponibilità effettiva delle canalizzazioni che costituiscono le grandi infrastrutture per il trasporto interno e lo stoccaggio di gas, compresi i punti di sbarco e trasfronterali », consentendo allo Stato membro di intervenire « per assicurare, in una situazione determinata, l'osservanza degli obblighi di servizio pubblico che spettano alla SNTC (« Société nationale de transport par canalisations ») e alla Distrigaz (« Société de distribution du gaz »), pur rispettando le esigenze di certezza del diritto » (punto 52).

Lo stesso orientamento è stato seguito, anche se forse sarebbe stato auspicabile un maggior approfondimento, nella recente decisione del 2 giugno 2005 (C-174/04)⁵⁶ nel giudizio sulla legittimità della l. 20 luglio 2001, n. 301, ritenuta in contrasto, nel sistema di protezione introdotto, con il principio dell'art. 56 del Trattato.

La legge nazionale, come noto, in attesa della « realizzazione all'interno dell'Unione europea di un mercato pienamente concorrenziale » nei settori dell'elettricità e del gas ed al fine di evitare ostacoli ai « pro-

⁵⁴ Per un esame più approfondito, anche in relazione alle argomentazioni dell'Avvocato generale Ruiz-Jarabo Colomer, sia permesso rinviare a quanto osservavo in *Le società di interesse nazionale*, (nt. 11), 92 ss., specie 104.

⁵⁵ Di notevole interesse è la vicenda che ha caratterizzato il contrasto tra la Commissione e il Portogallo nel caso « Champaulimaud », nel settore bancario, dove una volta adita la Corte di Giustizia è stato raggiunto tra le parti un accordo che, se è significativo « des résistances qui peuvent se manifester à l'occasion de concentrations, bancaires transfrontières et de la volonté des gouvernements de préserver des "champions nationaux" » rafforza l'orientamento della Commissione « que les dispositions réservées aux banques doivent être interprétées de façon restrictive » (DAMY, *Les aspects juridiques des fusions et acquisitions bancaires nationales et européennes*, Paris, 2005, 350) suscettibile di un'applicazione generalizzata.

⁵⁶ Corte Giust. C-174/04, 2 giugno 2005, in *Dir. comun. sc. intern.*, 2005, 480 con brevi note di commento.

cessi di liberalizzazione e privatizzazione ... da comportamenti di imprese pubbliche titolari di una posizione dominante nel proprio mercato nazionale » aveva previsto il regime di sospensione del diritto di voto delle azioni, eccedenti il limite del due per cento nel capitale di società del settore, acquistate da « soggetti controllati direttamente o indirettamente da uno Stato o da altre amministrazioni pubbliche, titolari nel proprio mercato nazionale di una posizione dominante e non quotati in mercati finanziari regolamentati »⁵⁷.

Pur se la situazione normativa era stata nel frattempo modificata con il d.l. 14 maggio 2005, n. 81, convertito con l. 13 luglio 2005, n. 131, nel quadro di una più ampia trattativa tra Francia ed Italia per l'apertura del mercato dell'energia⁵⁸, la decisione mantiene inalterato il suo interesse anche se si è limitata a trasporre nella fattispecie, secondo le indicazioni dell'Avvocato generale Kokott⁵⁹, i principi affermati in tema di « *golden share* » senza esaminare il problema delle conseguenze su di un corretto regime concorrenziale della mancata corrispondenza negli ordinamenti interessati di un regime di libera-

⁵⁷ Per una ricostruzione della vicenda v. il *Forum*: «L'EdF in Italia. È un problema anti-trust? e gli interventi di Amato, Motta, Rossi, Siragusa e Messori, in *Mercato conc. reg.*, 2001, 553 ss.; SCHLESINGER, *Liberalizzazione del mercato dell'energia elettrica: il caso EdF Montedison*, in *Corr. giur.*, 2001, 985; ORLANDI, *Così la lettura in «controluce» boccia il decreto e le nobili motivazioni non sanano l'illegittimità*, in *Guida al diritto*, 2001, 18; BELLI, *L'illusione di superare le asimmetrie di mercato*, *ivi*. In un ampio esame della politica dei «campioni nazionali» v. GHEZZI, *La disciplina delle concentrazioni e la promozione dei campioni nazionali tra diritto comunitario e normative nazionali antitrust*, (nt. 11), 1138.

⁵⁸ Del resto già anticipata nelle sue linee generali di politica economica da CARREAU, *Privatisations et droit communautaire: la validation conditionnelle des actions spécifiques (ou « Golden share »)*, in *CI-E*, 2002, 1203.

⁵⁹ Nelle conclusioni presentate il 3 marzo 2005, dopo aver ricordato la precedente giurisprudenza della Corte, l'Avvocato generale non aveva mancato di osservare che «un'impresa che detiene una posizione dominante in uno Stato, il cui mercato è scarsamente aperto, può conseguire utili maggiori di un'impresa in un mercato già maggiormente concorrenziale. I detti utili potrebbero essere impiegati per acquistare partecipazioni in imprese in altri Stati membri e per rafforzare in tal modo la posizione della propria impresa nel mercato interno» per poi concludere che anche se « le clausole di reciprocità nelle direttive n. 96/1992 e n. 98/1930 in realtà non impediscono che ciò si verifichi» (nn. 42-43) ciò « non giustifica ... misure unilaterali del legislatore nazionale che ostacolano l'acquisto di partecipazioni corrispondenti in violazione dell'art. 56 » spettando unicamente alla Commissione «verificare se l'acquisto di una partecipazione sia compatibile con il mercato comune, quando l'operazione costituisce una concentrazione» ai sensi del regolamento 20 gennaio 2004, n. 139.

lizzazione dell'attività di fornitura dell'energia⁶⁰.

Se la Corte di Giustizia sarà chiamata nuovamente ad esprimersi in tema di « *golden share* », come sembra ormai molto probabile visto il preannunciato ricorso della Commissione nei confronti di altri regimi nazionali fra cui sembra anche il nostro, pur nell'edizione rivodata della legge finanziaria 2005⁶¹, l'indagine sui « mobili » confini di legittimità dei poteri speciali non potrà non riesaminare il profilo della compatibilità tra la tutela degli interessi nazionali in settori ad alta rilevanza a garanzia di un'effettiva tutela dell'interesse economico generale, come nel settore dell'energia, e il rispetto della « autonomia di decisione dell'impresa » richiamato dalla Corte di Giustizia in attuazione del principio di libertà di iniziativa economica (punto 49)⁶².

Quest'ultimo aspetto, anche se si presenta ancor oggi non ancora perfettamente raggiunto in funzione della tutela degli interessi degli azionisti⁶³, non sembra possa esaminare con una risposta tradizionale la soluzione dei problemi dovendosi individuare l'area di confine oltre la quale la tutela dell'interesse generale s'impone sulle stesse regole di mercato.

⁶⁰ Si pongono pertanto dei problemi per il futuro nell'interpretazione della l. 23 agosto 2004, n. 239 sul riordino del settore energetico (c.d. legge Marzano) che all'art. 1, comma 29, prevede, con norma di indubbio interesse anche se condotta ancora in una visione unitaria forse non sempre condivisibile sul piano degli effetti sul duplice profilo della sicurezza (e quindi dell'ordine pubblico) e della concorrenza; quanto stabilisce che « fino alla completa realizzazione del mercato unico dell'energia elettrica e del gas naturale, in caso di operazioni di concentrazione di imprese operanti nei mercati dell'energia elettrica e del gas cui partecipino imprese o enti di Stati membri dell'Unione europea ove non sussistono adeguate garanzie di reciprocità, il Presidente del Consiglio dei ministri... può entro trenta giorni dalla comunicazione dell'operazione all'Autorità garante della concorrenza e del mercato, *definire condizioni e vincoli* cui devono conformarsi le imprese o gli enti degli Stati membri interessati allo scopo di tutelare esigenze di sicurezza degli approvvigionamenti nazionali di energia ovvero la concorrenza nei mercati ». Sulle trasformazioni in corso nel mercato dell'energia elettrica e su alcuni aspetti critici della riforma comunitaria v. BECCARELLO, PIRON, *Mercato elettrico e concorrenza: analisi giuridico-economica e proposte di completamento del quadro comunitario*, in *Mercato conc. reg.*, 2005, 505 ss.

⁶¹ Dopo il documento di studio della Commissione del 22 luglio 2005, intitolato «Special rights in privatised companies in the enlarged Union - a decade full of developments» v. le dichiarazioni del Commissario McCreedy al quale ha dato ampio risalto, nel mese di ottobre, la stampa economico-finanziaria nazionale ed estera.

⁶² GRUNDMANN, MOSLEIN, (nt. 39), 344; STORR, *Der Staat als Unternehmer*, Tübingen, 2001, 52 ss.

⁶³ THIRION, *Les privatisations d'entreprises publiques dans une économie sociale de marché: aspects juridiques*, Bruxelles-Paris, 2002, 727 ss.

5. Equivocità del ricorso alla nozione di « partecipazione rilevante » in alternativa alle attività di « interesse economico generale »

Tornando al tema oggetto delle presenti note, l'identificazione delle società destinatarie di un regime speciale doveva avvenire, per essere funzionale alla *ratio* che giustifica una deroga ai principi del Trattato, non con il richiamo ad una « partecipazione rilevante » anche se a carattere transitorio dello Stato (rispetto alla precedente formula di una partecipazione « qualificata ») e alla presenza delle società da privatizzare sul « mercato del capitale di rischio », requisiti che puntualizzano circostanze di fatto in grado di riflettersi sulle condizioni di tutela dei diversi interessi dei soggetti in gioco, ma con l'esame della natura dell'attività svolta quando sia caratterizzata nel suo esercizio, per dirla con il linguaggio comunitario, dall'esistenza di un « interesse economico generale »⁶⁴.

Solo questa modifica nell'impostazione del tema avrebbe permesso di incidere sul regime di società oggetto di privatizzazione sostanziale oggi coincidenti, nella fattispecie della l. 23 dicembre 2005 n. 226, con le società per azioni che, costituite *ex lege* nella fase di privatizzazione formale a seguito della « trasformazione » degli enti pubblici economici, sono state oggetto di una successiva messa sul mercato o di una prospettiva di futura quotazione in Borsa⁶⁵.

⁶⁴ Nell'amplessissima bibliografia sui servizi di interesse economico generale nella tradizione del diritto comunitario v. nella dottrina italiana TESAURO, *Diritto comunitario*, Padova, CEDAM, 2003, 723 e già in *Intervento pubblico nell'economia e art. 90 n. 2 del Trattato CE*, in *Dir. un. eur.*, 1996, 719; PERFETTI, *Contributo ad una teoria dei pubblici servizi*, Padova, CEDAM, 2001, 303 ss; E. MOAVERO MILANESI, *Les services d'intérêt économique général, les entreprises publiques et les privatisations*, in *Rev. dr. un. eur.*, 2000, 117 e in *Diritto della concorrenza dell'Unione europea*, Napoli, Editoriale scientifica, 2004, 227 ss.; SCOTTI, *Il pubblico servizio tra tradizione nazionale e prospettive europee*, Padova, CEDAM, 2001, 80 ss.; MUNARI, *Imprese «pubbliche» e servizi di interesse generale*, in *Il diritto privato dell'Unione europea*, a cura di Tizzano, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Bessone, Torino, Giappichelli, XXVI, II, 2000, 1251. Di recente, per un'interessante approccio al tema, da altra prospettiva ma funzionalmente collegata, v. MARESCA, *L'accesso ai servizi di interesse generale, de-regolazione e ri-regolazione del mercato e ruolo degli User's Rights*, in *Dir. un. eur.*, 2005, 441 ss. e l'attenta ricostruzione di IANNELLO, *Poteri pubblici e servizi privatizzati (L'«idea» di servizio pubblico nella nuova disciplina interna e comunitaria)*, Torino, Giappichelli, 2005, 89 ss.

⁶⁵ Per le vicende che hanno caratterizzato il nostro sistema v. la sintesi di BONELLI, *Il codice delle privatizzazioni nazionali e locali*, Milano, 2001, 8 ss. e, per un quadro dei vari paesi della Comunità, *Le privatizzazioni in Europa*, a cura di Rodio, in *Trattato di*

La correzione al sistema dei poteri speciali introdotto nei confronti delle società controllate « direttamente o indirettamente » dallo Stato nei settori della « difesa, dei trasporti, delle telecomunicazioni, delle fonti di energia e degli altri pubblici servizi » (l. 27 dicembre 2003, n. 350, art. 4, 227° comma) era ancor più necessaria a seguito della critica formulata nei confronti di un'indicazione, rimasta immutata nelle varie modifiche della disciplina dei poteri speciali, non solo per la genericità dell'indicazione ma per la persistenza degli effetti negativi di un richiamo genericamente indifferenziato.

La formula sempre adottata, ribadita nei confronti delle società controllate da enti locali « operanti nel settore dei trasporti e degli altri servizi pubblici » faceva perdere alla norma ogni efficacia individuante⁶⁶ anche per la considerazione unitaria di imprese operanti sia in regime di servizio pubblico, che in settori, quale la difesa, caratterizzati in sede comunitaria da una autonoma disciplina che autorizza i singoli Stati a non applicare a « tutela degli interessi essenziali della sicurezza » le norme sulla concorrenza (art. 296 del Trattato)⁶⁷.

Se l'iniziale richiamo alle « società di interesse nazionale » poteva essere interpretato in funzione della tutela, riconosciuta prevalente dalla Corte di Giustizia per ragioni di « pubblica sicurezza » ai sensi dell'art. 58 del Trattato, degli « interessi fondamentali » di una comunità identificata nella sua partecipazione ad un determinato territorio, un'ulteriore difficoltà che si aggiunge al difficile rapporto tra regime nazionale del servizio pubblico e sistema del diritto della concorrenza (v. i contrasti in corso sulla c.d. direttiva Bolkestein in tema di servi-

diritto amministrativo, diretto da G. Santaniello, Padova, CEDAM, XXXIV, 2003, *passim* che peraltro non considera l'esperienza belga.

⁶⁶ GAROFOLI, *Le privatizzazioni degli enti dell'economia*, Milano, Giuffrè, 1998, 233 e dello stesso A., *Golden share e Authorities nella transizione dalla gestione alla regolazione dei servizi pubblici*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 1998, 180.

⁶⁷ POCAR, *Commentario breve ai Trattati della Comunità e dell'Unione europea*, Padova, CEDAM, 2001, 989; sulla controversia nel caso «Suralmo» che ha opposto la Commissione alla repubblica francese v. GLOO, REINESCH, VIGNES, WEYLAND, *Le Traité de Maastricht*, Bruxelles, 1993, 363. In un'interessante fattispecie sulla non applicabilità della disciplina comunitaria degli appalti pubblici nel caso di appalti la cui esecuzione «deve accompagnarsi a misure speciali di sicurezza ... » (attività di sorveglianza e monitoraggio della costa del Belgio con fotografia aerea, Corte Gius., C-252/01, 16 ottobre 2003. Su quest'ultimo profilo v. anche quanto osserva da ultimo, PONTELLO, *Appalti pubblici di forniture «segrete» e «militari»*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2005, 1044 ss.

zi)⁶⁸ va ravvisata nell'utilizzazione di una nozione « comunitarizzata » di « pubblica sicurezza » che « indefinita nei suoi contorni dovrebbe essere ancorata ai contesti normativi degli Stati membri »⁶⁹.

L'incertezza nel criterio di identificazione delle società oggetto della nuova disciplina speciale si somma dunque al problema dell'incertezza della natura dell'interesse oggetto di tutela e della compatibilità (o meglio della ricerca del criterio di legittimità) del regime di eccezione che ne consegue con le esigenze del mercato e degli investitori, lese, secondo la giurisprudenza della Corte di Giustizia resa su forme di difesa di carattere corporativo, dal pregiudizio alla libera circolazione dei capitali realizzata con la protezione di « interessi nazionali »⁷⁰ o presunti tali tramite l'esercizio dei poteri speciali⁷¹.

⁶⁸ Illustra in termini attuali il fenomeno della reviviscenza dello strumento della direttiva liberalizzazione con l'adozione, fra l'altro, del contestatissimo principio del Paese di origine, NOGLER, *Introduzione al mercato unico delle "attività autonome"*, in *Le attività autonome*, VI, in *Trattato di diritto privato dell'unione europea*, diretto da Ajani e Benacchio, Torino, Giappichelli, 2006, 71 ss.

⁶⁹ BALLERINO, BELLODI, (nt. 26), 40.

⁷⁰ GHEZZI, (nt. 11), 1138.

⁷¹ Per tutti v. Corte di Giustizia causa C-367/98, 4 giugno 2002, in *Racc.*, I 4731, quando osserva (nn. 44-45) che il divieto di restrizioni ai movimenti di capitali « va oltre l'eliminazione di una disparità di trattamento tra gli operatori sui mercati finanziari in base alla loro cittadinanza » e che « la normativa controversa anche se non crea disparità di trattamento, può impedire l'acquisizione di azioni nelle società interessate e dissuadere gli investitori di altri Stati membri dall'investire nel capitale di tali società. Essa può, quindi, per tale ragione, vanificare la libera circolazione dei capitali ». L'argomento è stato richiamato nella decisione del 2 giugno (causa C-174/04) quando la Corte ha precisato che « l'interesse al rafforzamento della struttura concorrenziale del mercato ... in linea generale non può costituire una valida giustificazione delle restrizioni alla libera circolazione dei capitali » (n. 37). Del pari nella causa C-483/99, in *Racc.*, I-1781, al generico riferimento agli interessi nazionali corrispondeva una disciplina nella quale non era « precisato agli investitori interessati quali siano le circostanze specifiche ed oggettive in presenza delle quali sarà concessa o rifiutata una previa autorizzazione. Una siffatta indeterminatezza non permette ai singoli di conoscere l'estensione dei loro diritti ed obblighi per cui un siffatto regime deve essere considerato contrario al principio della certezza del diritto. Un potere discrezionale così ampio rappresenta un grave pregiudizio alla libera circolazione dei capitali che può portare alla soppressione di quest'ultima. Pertanto il regime controverso va manifestamente oltre quanto necessario per conseguire l'obiettivo fatto valere dal governo francese, ossia la prevenzione di un pregiudizio alla fornitura minima di prodotti petroliferi in caso di reale minaccia ». Nelle successive decisioni 13 maggio 2003, C-463/00 e C-98/01, riconfermando il proprio orientamento la Corte di Giustizia ha rispettivamente affermato (causa 463/00) che « le esigenze della pubblica sicurezza, particolarmente in

6. Fungibilità nel nuovo meccanismo di tutela tra « strumenti finanziari » e « categorie di azioni »

Un'ulteriore perplessità deriva dall'aver richiamato, per un fine inteso a garantire la maggiore partecipazione al capitale (« favorire i processi di privatizzazione e la diffusione dell'investimento azionario ») due istituti, identificati in tal modo da un criterio di sostanziale fungibilità⁷², gli « strumenti finanziari » (u.c. art. 2346) e le « categorie speciali di azioni », oggetto di riconsiderazione nell'art. 2348 c.c., nell'ottica di consentire il finanziamento della società sia attraverso nuove forme che tramite strumenti tradizionali⁷³.

Ma al di là di ogni considerazione sull'operatività delle alternative proposte, è bene ricordare la fragilità di un argomento che si limita-

quanto autorizzano una deroga al principio fondamentale della libera circolazione dei capitali devono essere intese in senso restrittivo, di guisa che la loro portata non può essere determinata unilateralmente da ciascun Stato membro senza il controllo delle istituzioni comunitarie » (n. 72) e che (causa C-98/01) anche quando le restrizioni sono applicabili sia nei confronti dei residenti che dei non residenti le restrizioni in esame « incidano sulla situazione dell'acquirente di una partecipazione in quanto tale e sono dunque idonee a dissuadere gli investitori di altri Stati membri dall'effettuare investimenti di questo tipo e, pertanto a condizionare l'accesso al mercato ».

⁷² Criterio utilizzato, ad esempio, nella vicenda che ha portato il Comune di Milano, all'atto di cedere la quota di maggioranza nell'AEM a modificare preventivamente lo statuto, al fine di mantenere la maggioranza nel consiglio di amministrazione, prima con una delibera per l'utilizzazione dei poteri speciali (art. 2 l. 30 luglio 1994, n. 474) per poi applicare, presumibilmente per le modifiche restrittive introdotte per renderne il regime rispondente ai criteri indicati dalla Corte di Giustizia (art. 4, comma 227, L. 24 dicembre 2003, n. 350), l'art. 2458 c.c. Secondo l'avviso del Tribunale amministrativo di Milano nell'ordinanza di rimessione alla Corte di Giustizia per l'esame di compatibilità del regime speciale con la normativa comunitaria (T.A.R. Milano, ord. 13 ottobre 2004, n. 175, in *Foro it.*, 2005, II, 34 ss., con commento di URSI e nota di FRACCHIA, *Studio sulle società « pubbliche » e rilevanza della prospettiva giuspubblicistica*), la sostituzione nei criteri di deroga del procedimento di nomina alla sede assembleare, per essere legittima avrebbe dovuto «soggiacere ai limiti di compatibilità ed ai presupposti applicativi previsti in generale per l'esercizio dei poteri speciali», giacché in caso contrario « il comune di Milano, avvalendosi, in qualità di socio, di una norma generale del diritto societario, ha di fatto aggirato la ben più restrittiva norma di legge sul potere speciale di nomina degli amministratori ... che avrebbe potuto applicare in veste d'autorità, ma di cui non ha ritenuto di avvalersi in quanto presumibilmente non più funzionale all'obiettivo di assicurarsi il controllo del consiglio di amministrazione dell'AEM ».

⁷³ Sull'incertezza della ripartizione tra strumenti finanziari ed azioni per quanto attiene il profilo del rischio ABRIANI, *Il nuovo diritto societario*, in *Commentario*, diretto da Cottino, Bologna, Zanichelli, 2004, 915, ss.

se a sostenere la legittimità di una soluzione restrittiva con la sola presenza « di un meccanismo di diritto privato delle società », come ha sostenuto ad esempio il governo britannico nella causa che opponeva la Commissione al Regno Unito.

La circostanza che in base all' Airport Act 1986 lo statuto della BBA doveva essere approvato dal Secretary of State ha permesso alla Corte di Giustizia di conseguire che « lo Stato membro risulta aver agito nel caso di specie nella sua veste di autorità pubblica » (punto 48 dec. C-98/01) con la conseguente illegittimità della restrizione ai movimenti di capitale ai sensi dell'art. 56 del Trattato.

È in questo quadro che va esaminata l'autorizzazione (381° comma) nelle società in cui « lo Stato detenga una partecipazione rilevante »⁷⁴ ad emettere « strumenti finanziari partecipativi... ovvero a creare categorie di azioni ... anche a seguito di conversione di parte delle azioni esistenti » che « attribuiscono all'assemblea speciale dei relativi titolari il diritto di richiedere l'emissione ... di nuove azioni, anche al valore nominale, o di nuovi strumenti finanziari partecipativi muniti di diritti di voto nell'assemblea ordinaria e straordinaria nella misura determinata dallo statuto, anche in relazione alla quota di capitale detenuta all'atto dell'attribuzione del diritto » (è opportuno ricordare che in un precedente testo (385° comma) si parlava, ancor più empiricamente « a favore di uno o più azionisti, individuati anche in base all'ammontare della partecipazione detenuta »).

A questo regime va collegata, con espressa indicazione per le società che fanno ricorso al mercato del capitale del rischio (che peraltro dovrebbero coincidere con le società considerate nel 380° comma), la previsione (384° comma) di una norma statutaria, introdotta con le maggioranze previste per le modifiche statutarie, che subordina l'efficacia delle delibere di modifica delle clausole introdotte dall'art. 3, l. 30 luglio 1994, n. 474, all'approvazione dell'assemblea speciale dei titolari delle azioni o degli strumenti finanziari.

Nella fattispecie la competenza dell'assemblea straordinaria a decidere in tema di aumento di capitale appare contrastata dal riconoscimento del « diritto » dell'assemblea speciale « di richiedere l'emissione ... di nuove azioni anche al valore nominale di nuovi strumenti finanziari

⁷⁴ Un esame delle tecniche negoziali per il trasferimento della partecipazione di controllo che presenta interesse anche per le sollecitazioni di strumenti finanziari è in BUCCELLATO, *Sollecitazione all'investimento e mercato del controllo*, Milano, Giuffrè, 2004, 229 ss.

partecipativi muniti di diritti di voto ». Il riconoscimento di questo diritto non configura più l'assemblea speciale come organo competente ad approvare le delibere dell'assemblea che pregiudicano i diritti della categoria o a deliberare in materie di interesse comune (v. anche per i possessori di azioni di risparmio l'art. 146 d. lgs. 24 febbraio 1998, n. 58) ma inverte il tradizionale rapporto tra le due assemblee.

In tal modo sembra snaturata la funzione dell'assemblea speciale andando ben oltre il confine rappresentato dalla necessaria tutela dei diritti della categoria.

Sia che si consideri l'assemblea speciale come un organo sociale, nato per tutelare i diritti che possono essere pregiudicati dall'assemblea generale, del quale sono permesse solo riunioni « occasionali » con il conferimento di « attribuzioni limitate »⁷⁵ o, in una più ampia lettura, si interpreti l'assemblea speciale come momento rappresentativo di una maggiore « procedimentalizzazione della formazione della volontà sociale », essa rappresenta sempre un « modo di partecipare alla formazione della volontà sociale qualora le categorie di azioni presenti nella società vedano alterati i *preesistenti equilibri* a causa di un'operazione che *la società* stia per porre in essere »⁷⁶. Il che puntualmente avviene, ma solo successivamente, nell'ipotesi disciplinata dal 383° comma, con la dichiarazione di inefficacia delle modifiche statutarie introdotte in deroga al diritto comune « in mancanza di approvazione dà parte dell'assemblea speciale dei titolari delle azioni o degli strumenti finanziari ».

Non appare inoltre sufficiente a garantire il rispetto del principio generale di proporzionalità ⁷⁷ l'alternativa - alquanto teorica visto il

⁷⁵ A. MIGNOLI, *Le assemblee speciali*, Milano, Giuffrè, 1960, 153.

⁷⁶ COSTA, *Le assemblee speciali*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da Colombo e Portale, 3, II, Torino, UTET, 1993, 518; v. ora STAGNO D'ALCONTRES, *Società di capitali*, (nt. 47), 538 sulle novità della riforma che, circoscrivendo il ricorso all'assemblea speciale per le sole « categorie di azioni o strumenti finanziari che conferiscono i diritti amministrativi », indica la prevalenza dell'interesse individuale « allorché gli strumenti finanziari siano privi di ogni diritto di carattere amministrativo e che siano assoggettati alla disciplina delle obbligazioni; con ciò manifestando implicitamente il proprio favore verso strutturazioni delle emissioni di strumenti finanziari secondo modelli che assicurino forme di concorso dei portatori all'esercizio dei diritti corporativi ».

⁷⁷ Sulla rilevanza, del criterio v. ad esempio le opposte tesi tra l'esistenza di un «plateale contrasto» dei comma quarto e quinto dell'art. 2346 c.c. con l'art. 81 della II Direttiva (« le azioni non possono essere emesse per un importo inferiore al loro valore nominale o, in mancanza di questo, al valore contabile ») sostenuta da M.S. SPOLIDORO, *I conferimenti*

risultato che si intende raggiungere - fra le ipotesi di una « emissione a titolo gratuito a favore di tutti gli azionisti » che non sembra rispondere ma al limite in contrasto con la richiesta di una « partecipazione rilevante » dello Stato e di una emissione « a pagamento, in favore di uno o più azionisti individuati anche in base all'ammontare della partecipazione detenuta ».

Quest'ultimo profilo richiama, per la disciplina dettata ai fini della determinazione del prezzo di emissione rimessa ad un « decreto del ministro della Giustizia di concerto con il ministro dell'Economia e delle finanze, sentita la Consob » il profilo dell'esistenza di possibili situazioni di conflitto di interesse e di contrasto con la disciplina comunitaria.

È quanto avvenuto di recente sia in sede di riforma delle società⁷⁸ che di normativa speciale in tema di valutazione dei conferimenti in natura, difforme dai criteri fissati dall'art. 10 della seconda direttiva⁷⁹, come per altro verso manifesta l'esclusione del diritto di recesso che indica un ulteriore limite della nuova disciplina (386° comma).

Non sembrano infatti sufficienti a superare le obiezioni sotto il profilo della rispondenza all'ordinamento comunitario del nuovo strumento di difesa della partecipazione sociale pubblica i correttivi rappresentati dalla possibilità per gli strumenti finanziari e per le azioni di godere « di un diritto limitato di partecipazione agli utili o alla suddivisione dell'attivo residuo in sede di liquidazione » (1° comma) e la previsione della loro emissione « in deroga all'art. 2441 del codice civile » (385° comma), in presenza dell'interpretazione dell'art. 29 della seconda direttiva resa ormai da tempo dalla Corte di Giustizia.

Un ulteriore rilievo attiene alla fungibilità degli strumenti, partecipativi e non partecipativi, previsti per favorire quei « processi di privatizzazione e la diffusione dell'investimento azionario » che, sotto il profilo formale, sembrano il fine primario della norma.

Anche se la collocazione sullo stesso piano degli strumenti finan-

in natura, in *Trattato delle società per azioni*, 2004, I, II, 341 e le argomentazioni di segno contrario di PORTALE, *La riforma delle società di capitali tra diritto comunitario e diritto internazionale privato*, in *Eur. dir. priv.*, 2005, 107 e ivi altre citazioni di dottrina.

⁷⁸ Sempre in riferimento alla seconda direttiva ed alla dodicesima v. sul regime dei patrimoni separati le osservazioni di D'ALESSANDRO, *Patrimoni destinati, limiti al capitale*, in *Patrimoni separati e vincoli comunitari*, in *Società*, 2004, 1061 ss.

⁷⁹ Sulla mancata terzietà del perito nella valutazione dei beni da conferire a Patrimonio s.p.a. (art. 7, l. 15 giugno 2002, n. 112), SANTONASTASO, *Unico azionista, attività di direzione e coordinamento, responsabilità patrimoniale*, in *Studi in onore di Vincenzo Buonocore*, III, t. III, Milano, 3784.

ziari che, in quanto oggetto nella riforma di una scarna disciplina, offrono ampio spazio di manovra all'autonomia negoziale della società emittente⁸⁰, e di una particolare categoria di azioni sembra trovare una giustificazione nella comune limitazione dei diritti patrimoniali, diversi sono i presupposti che caratterizzano, quanto al regime dei diritti amministrativi, i due istituti.

Non si può non concordare al riguardo con la conclusione che, dalla spettanza esclusiva di alcuni diritti alle azioni ma non ad altri strumenti finanziari⁸¹, ne ha conseguito un giudizio critico nei confronti del primo istituto, rilevando che « ove le imperfezioni di mercato lo consentano, i gruppi di comando possono trovare nella possibilità di emettere azioni « ordinarie » a voto limitato e escluso un interessante e ulteriore strumento per l'infedramento del controllo e l'estrazione dei consueti, e socialmente assai nocivi, benefici privati »⁸², in una conferma della differenza, di struttura e di funzione, con gli strumenti finanziari privi, per disciplina di diritto comune, del diritto di voto nell'assemblea generale.

7. La competenza esclusiva dell'assemblea generale per l'aumento di capitale nella giurisprudenza della Corte di Giustizia

Si presentano pertanto di obiettiva rilevanza per valutare i limiti di legittimità del nuovo istituto le conclusioni cui è pervenuta da tempo la Corte di Giustizia nell'affermare l'inderogabilità della competenza dell'assemblea generale in tema di aumento di capitale.

Dopo aver confermato la prevalenza delle norme comunitarie sulle previsioni nazionali divergenti dalle direttive in materia societaria per esigenze di politica economica, la Corte ha affermato, nel filone inaugurato dalla decisione « Karella »⁸³, l'esclusiva competenza dell'assemblea a deliberare au-

⁸⁰ NOTARI, *Azioni e strumenti finanziari: confini delle fattispecie e profili di disciplina*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2003, I, 545.

⁸¹ LAMANDINI, *Autonomia negoziate e vincoli di sistema nella emissione di strumenti finanziari da parte delle società per azioni e delle cooperative per azioni*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2003, I, 525.

⁸² LAMANDINI, (nt. 81), 526.

⁸³ Ricorda per il suo valore di carattere generale il filone « Karella » (30 maggio 1991, cause riunite C-19/90 e C-20/90 in *Racc.*, 1991, 2691) WEIGMANN, voce *Società per azioni*, in *Digesto delle discipline privatistiche, Sezione commerciale*, Torino, 1997, 400. Sulla successione di decisioni conformi della Corte di Giustizia (12 novembre 1992,

menti di capitale ed il contrasto con le indicazioni della II direttiva (art. 25, riserva all'assemblea della decisione dell'aumento di capitale; art. 29, riconoscimento del diritto di opzione; art. 42⁸⁴, principio di parità di trattamento degli azionisti nelle stesse condizioni⁸⁵) della norma nazionale che riservava ad un organo di amministrazione straordinaria la sottoscrizione del capitale sociale di società in difficoltà senza attribuire, in alcuni casi, nella ristrutturazione societaria le nuove azioni in opzione agli azionisti⁸⁶.

Anche nella sua versione ultima la disciplina dei 381°-384° commi appare ancora in contrasto, nonostante le sostanziali modifiche apportate al testo iniziale, con l'interpretazione della Corte di Giustizia, oltre che in tema di libera circolazione dei capitali nei confronti dei poteri speciali (art. 56 del Trattato), in tema di aumento del capitale sociale (artt. 25 e 29 della II direttiva)⁸⁷.

L'affermazione del diritto delle assemblee speciali dei titolari di strumenti finanziari o dei titolari di categorie speciali di azioni del « *diritto di richiedere l'emissione, a favore dei medesimi, di nuove azioni, anche al valore nominale, o di nuovi strumenti finanziari partecipativi muniti di diritto di voto nell'assemblea ordinaria e straordinaria ...* » (381° comma)

cause riunite C-134/91 e C-135/91, in *Racc.*, 1992, 5699; 24 marzo 1992, causa C-381/89 in *Racc.*, 1992, 2111) v. in sintesi LA VILLA, *Introduzione al diritto europeo delle società*, Torino, 1996, 73; CORAPI, DE DONNO, *Le società*, in *Il diritto privato dell'Unione europea*, (nt 51), 1045; CASSOTTANA, NUZZO, *Lezioni di diritto commerciale comunitario*, Torino, Giappichelli, 2002, 42 e ivi altre citazioni.

⁸⁴ Un esame dell'aumento di capitale con esclusione del diritto d'opzione come arma di difesa degli amministratori è in MUCCIARELLI, *Società per azioni e offerta pubblica d'acquisto (Le difese successive contro offerte pubbliche d'acquisto di azioni quotate)*, Milano, Giuffrè, 2005, 193 ss.

⁸⁵ Su questi profili v. ampiamente M.T. CIRENEL, (nt. 4), 47 e *Le società di diritto «speciale» tra diritto comunitario delle società e diritto comunitario della concorrenza: società a partecipazione pubblica, privatizzazioni e « poteri speciali »*, in *Riv. comm. int.*, 1996, 771 ss.

⁸⁶ STESURI, *Divieto di aumento abusivo del capitale sociale*, in *Società*, 1999, 114; KARAYANNIS, *L'abus de droit découlant de l'ordre juridique communautaire à propos de l'arrêt C-367/96, Alexandros Kefalas E.A Ielleniko Dimosio*, in *Cahiers de droit eur.*, 1999, 530; GIORDANO, *Crisi delle società bancarie, aumento di capitale e poteri dell'assemblea: l'«Unternehmen an sich» al vaglio della Corte di Giustizia*, in *Foro it.*, 1997, IV, 131.

⁸⁷ V. sul punto le interviste a MICOSI, dal titolo « *Dalle poison pill una ferita al mercato* » in *Il Sole-24Ore* del 5 dicembre e al presidente dell'antitrust « *In Europa è forte il rischio protezionismo* », (nt. 2), sulla competenza dei « giudici della Corte di Giustizia a valutare la congruità della decisione del Governo, cioè stabilire se l'interesse nazionale è superiore nel caso specifico alla norma della libera circolazione dei capitali ». Dubbi sulla norma di reciprocità inserita nella proposta di recezione della disciplina comunitaria dell'Opa « a tutela di un presunto interesse generale » del quale non è chiara la natura sono espressi da FERRARINI, nell'intervista « *Via inglese per l'Opa* », *ivi*, 3 dicembre.

realizza, anche se in forma meno plateale rispetto a quanto previsto dalla legislazione ellenica per le società in grave difficoltà finanziaria, una violazione dell'esclusiva legittimazione dell'assemblea generale all'aumento di capitale.

La « natura incondizionata » della norma (art. 25, 1° comma) che fissa il « principio generale della competenza dell'assemblea generale a decidere aumenti di capitale » è stata affermata fin dalla prima decisione (cause C-19/90 e C-20/90, punti 18-19) quando ha negato agli Stati membri ogni « facoltà di subordinare » il principio stesso ad « eccezioni diverse da quelle espressamente contemplate » dal 2° comma dell'art. 25 (n. 20)⁸⁸ e dalle deroghe previste da altre norme della direttiva (artt. 19, nn. 2 e 3; 40, n. 2; 43, n. 2) « allo scopo di salvaguardare taluni interessi vitali degli Stati membri che rischierebbero di essere lesi in situazioni eccezionali » (n. 27).

La decisione ha quindi precisato, sia pur nell'ottica di negare ogni legittimità ad un aumento di capitale ottenuto con un provvedimento amministrativo, che il livello minimo di garanzia degli azionisti nella Comunità sarebbe « gravemente compromesso se gli Stati membri potessero derogare alle disposizioni della direttiva, mantenendo in vigore normative, anche definite speciali o eccezionali, che consentano di decidere ... indipendentemente da qualsiasi decisione dell'assemblea generale degli azionisti, un aumento del capitale sociale che porti ad obbligare i vecchi azionisti ad aumentare i loro conferimenti, o a imporre loro l'entrata nella società di nuovi azionisti, in modo da ridurre la loro partecipazione al potere decisionale della società » (nn. 25-26).

Dopo il semplice richiamo a quest'orientamento nella decisione « *Kerafina* » (cause C-134/91 e 135/91) nella quale il tema era stato riproposto dal governo greco senza alcuna significativa modifica (sul punto v. le conclusioni dell'avv. generale Tesaurò)⁸⁹, l'orientamento della Corte è stato riconfermato nella successiva pronuncia. « *Syndemos Melon* » (causa C-381/89) ricordata come conferma di una giurisprudenza ormai costante nel succes-

⁸⁸ « Tuttavia, lo statuto, l'atto costitutivo o l'assemblea la cui decisione deve formare oggetto di pubblicità in conformità del paragrafo 1, possono autorizzare l'aumento del capitale sottoscritto fino a concorrenza di un importo massimo che essi stabiliscono rispettando l'importo massimo eventualmente stabilito dalla legge. Nei limiti dell'importo stabilito, l'organo della società a tal uopo autorizzato decide, se del caso, di aumentare il capitale sottoscritto. I poteri di quest'ultimo non possono superare i cinque anni e possono essere rinnovati una o più volte dall'assemblea per un periodo che, ogni volta, non può superare i cinque anni ».

⁸⁹ *Racc.*, cit., I, 5710.

sivo caso « Kefalas », (C-367/96, punto 24) sia pur nella prospettiva di un abuso del diritto tramite l'utilizzazione della disposizione comunitaria.

Sempre con riferimento alla particolarità della procedura straordinaria di risanamento anche quest'ultima decisione ha confermato l'interpretazione della seconda direttiva « nel senso che (essa) osta all'applicazione di una normativa che, allo scopo di assicurare il risanamento e la continuazione dell'attività di imprese che rivestono una particolare importanza per l'economia nazionale di uno Stato membro e si trovano, a causa del loro indebitamento, in una situazione eccezionale, consente di decidere l'aumento del capitale con atto amministrativo e senza deliberazione dell'assemblea generale, nonché di decidere con atto amministrativo l'attribuzione delle nuove azioni senza che le stesse vengano offerte in opzione agli azionisti nella proporzione della quota di capitale rappresentata dalle loro azioni » (n. 37).

Nell'argomentazione complessiva della Corte, la possibilità di salvaguardare con « deroghe circoscritte... taluni interessi vitali degli Stati membri che rischierebbero di essere lesi in situazioni generali » esclude tuttavia il riconoscimento di « una riserva generale relativa a situazioni eccezionali (che), prescindendo dai presupposti specifici stabiliti dal Trattato e dalla - seconda direttiva, rischierebbe ... di compromettere la forza cogente e l'applicazione uniforme del diritto comunitario⁹⁰ », essendo sempre necessario verificare, nel rispetto del principio di proporzionalità, se la disapplicazione di norme della direttiva « non possa essere realizzata su altro piano o con altri strumenti »⁹¹.

Trova dunque conferma anche sotto questo profilo il rilievo, formulato a suo tempo sulla necessità di un ravvicinamento nella disciplina delle offerte di acquisto per evitare ostacoli nella legislazione degli Stati membri nell'acquisizione di imprese dettati solo « im Interesse ihrer Strukturpolitik, ihrer Arbeitsplätze und ihres Steueraufkommens »⁹².

L'opportunità di ripercorrere, sia pure in sintesi, l'orientamento della Corte di Giustizia in tema di rispetto della procedura di aumento del capitale e della necessità di accertare la reale esistenza di «inte-

⁹⁰ Corte di Giustizia, 30 maggio 1991 cit., *sub* nn. 27 e 31; Corte di Giustizia, 24 marzo 1992, cit., *sub* n. 34.

⁹¹ CIRENEL, *Le società di diritto «speciale»*, (nt. 85), 797.

⁹² GROß, *Komponenten und Liicken bei der Gesellschaftsrechtsharmonisierung aus Sicht der Praxis*, in *Systembildung und Systemlücken in Kerngebieten des Europäischen Privatrechts*, a cura di S. Grundmann, Tübingen, 2000, 206.

ressi vitali» degli Stati membri per derogare alla disciplina della seconda direttiva (art. 25, 1° comma), è stata suggerita dalla rilettura di una riflessione, anticipata a suo tempo in sede di commento sui possibili riflessi di questa giurisprudenza.

Nonostante la particolarità della situazione oggetto di giudizio, l'orientamento della Corte di Giustizia è stato infatti considerato tale da permettere di estendere il modello di argomentazione ogniqualvolta « gli Stati membri tentino di introdurre deroghe od eccezioni giustificate da situazioni particolari o straordinarie » in modo da « costituire uno straordinario mezzo di coercizione per il recalcitrante Stato membro, ponendo in crisi le privatizzazioni che continuano a muoversi (piuttosto che nella direzione dell'accettazione *tout court* del modello della società per azioni) nel senso della forzatura (e talvolta della caricatura) di quel modello che per alcuni aspetti sembra ripercorrere l'esperienza delle vecchie società di diritto speciale »⁹³.

8. Prime conclusioni sul « legislatore fenomenico »

Al di là del richiamo ad una corretta adozione della legislazione speciale come tecnica utilizzata non solo per incidere nella tutela di determinati interessi sulle regole del diritto comune ma per introdurre, specie in una fase di profonda modifica dell'ordinamento positivo caratterizzata dalla trasformazione per via legislativa di enti esponenziali della pubblica amministrazione in società per azioni di origine legale⁹⁴, deroghe in grado di alterare le stesse caratteristiche dello strumento societario, il riconoscimento all'assemblea speciale del « diritto » di chiedere l'emissione di nuove azioni o di strumenti partecipativi « muniti di diritti di voto nell'assemblea ordinaria e straordinaria » (381° comma) pone il problema del significato di questo « diritto ».

⁹³ M. GIORDANO, (nt. 86), 145.

⁹⁴ Per una valutazione della Patrimonio dello Stato S.p.a e della Infrastrutture s.p.a. come società di diritto speciale a costituzione obbligatoria v. C. 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, 447 ss.; dal punto di vista del pubblicista cfr., nelle diverse letture NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2003, 155 ss.; GÒISIS, *Contributo allo studio delle società in mano pubblica come persone giuridiche*, Milano, Giuffrè, 2004, 122 ss.; e l'ampia ricostruzione critica di CHIRULLI, *Autonomia pubblica e diritto privato nell'amministrazione (dalla specialità del soggetto alla rilevanza della funzione)*, Padova, CEDAM, 2005, 141 ss.

In presenza dell'orientamento della Corte di Giustizia sulla competenza esclusiva dell'assemblea generale in tema di aumenti di capitale la formula adottata potrebbe essere oggetto di una duplice interpretazione.

Da un lato, nel rispetto dell'interpretazione comunitaria, il nuovo regime potrebbe essere considerato come inteso ad affermare la legittimità di una mera « proposta » dell'assemblea speciale - sia pur nella veste innovativa di organo di proposizione attiva - che deve essere sottoposta all'assemblea generale, unico organo sociale competente alla decisione di aumento del capitale.

In tal modo si rispetta il principio comunitario dell'art. 25 della seconda direttiva, sia pur con un'interpretazione non rispettosa della formulazione letterale della norma speciale e si conferma il riparto istituzionale di competenza fra le diverse assemblee, pur se con un'alterazione funzionale nel loro rapporto, ma si pone anche in essere un meccanismo che, per i limiti oggettivi della nozione di « partecipazione rilevante » dello Stato che caratterizza la tecnica di difesa, non sempre è in grado di soddisfare l'interesse alla base dell'introduzione della « *poison pill* » che non sarebbe più tale in quanto, per raggiungere il suo risultato, necessita della mediazione dell'intervento dell'assemblea generale.

D'altro canto, nell'impostazione intesa ad affermare, con maggior rispetto della lettera della norma, il principio della decisione in capo alla sola assemblea speciale (vera e propria « *poison pill* »), non solo si altera il rapporto di base fra assemblea generale ed assemblea speciale ma oltre a riconoscere a quest'ultima natura di organo sociale si espone il nuovo regime alla censura del mancato rispetto della normativa comunitaria non più per il solo contrasto come per la « *golden share* » con il principio della libertà di movimento dei capitali ma per la violazione dei diritti degli azionisti tutelati dalla seconda direttiva.

Riprendendo lo spunto dal quale si è partiti, della contrapposizione fra la « *force du capitalisme national* » quale condizione di garanzia per un controllo delle società privatizzate e la dubbia efficacia degli strumenti di controllo coincidenti con le « *prerogatives accordées à l'État pour s'opposer à l'entrée d'investisseurs étrangers* », resta da chiedersi se non era forse preferibile procedere, visto anche il riemergere nella nostra giurisprudenza costituzionale di una « dimensione di "interesse nazionale" nel riparto delle competenze » ignorata dal legislatore⁹⁵, se-

⁹⁵ LIBERTINI, *La tutela della concorrenza nella Costituzione italiana*, in *Giur. cost.*, 2005, 1440.

condo una diversa alternativa.

All'eventuale conferma dell'attuale stato transitorio di parziale privatizzazione (come è avvenuto di recente in Francia, ma con una accentuata prevalenza della presenza pubblica per EdF e Gaz de France)⁹⁶, operante nel rispetto delle regole del principio di proprietà ma difficile da realizzare per le necessità della finanza pubblica, si sarebbe potuta contrapporre una soluzione che, senza dar luogo ad un radicale contrasto con le regole di quel mercato che si afferma di voler tutelare con il completamento della privatizzazione, tutelasse l'interesse economico generale non con un'alterazione del diritto comune delle società ma con la previsione di quelle forme di controllo che devono accompagnare ogni processo di « liberalizzazione »⁹⁷.

Alla mancata realizzazione di questo risultato non può essere dato ristoro con previsioni legislative che, in quanto intese solo a mantenere una forma di « *concentration et centralisme du pouvoir* »⁹⁸ affidata alla sola determinazione dell'autorità politica⁹⁹ non solo non risolvo-

⁹⁶ Art. 24, l. n. 2004-803 del 9 agosto 2004; «Electricité de France et Gaz de France sont transformées en sociétés dont l'Etat détient plus de 70% du capital Sauf dispositions législatives contraire, elles sont régies par les lois applicables aux sociétés anonymes», ma v. quanto aveva osservato FITOUSSI, *EdF le Marché et l'Europe (L'avenir d'un service public)*, Paris, 2003, 36 ss. Diversa appare la soluzione accolta nel nostro ordinamento dove con la liberalizzazione sono state in parte sacrificate le ragioni di tutela del «campione nazionale», così DI PORTO, *Il decreto Bersani (d.lgs. n. 79 del 1999). Profili proconcorrenziali della riforma del mercato elettrico*, in *Mercato conc. reg.*, 2000, 423.

⁹⁷ Per tutti v. l'impostazione di IRTI, *Economia di mercato e interesse pubblico*, in *Interessi pubblici nella disciplina delle public companies, enti privatizzati e controlli*, Milano, Giuffrè, 2000, 306.

Per un esame dei problemi ancora aperti sotto l'aspetto organizzativo del mercato elettrico, fra i quali per l'aspetto societario emergono sia la natura del gestore della rete (GRTN s.p.a.) quale « soggetto amministrativo » e della partecipazione di maggioranza nella Terna s.p.a. nella quale all'Enel dovrebbe subentrare la Cassa depositi e prestiti per « costituire un nucleo stabile di natura pubblica, a garanzia « della tutela del servizio di pubblica utilità delle attività svolte » dal gestore », CIRIELLI, *La trasmissione dell'energia elettrica in Italia*, Milano, Giuffrè, 2005, 71 ss.

⁹⁸ MAGNIER, *Rapprochement des droits dans l'Union européenne et viabilité d'un droit commun des sociétés*, Paris, 1999, 238.

⁹⁹ IRTI, (nt. 97), 307. Piace ricordare in conclusione le osservazioni formulate a suo tempo da TREMONTI, *Lo stato criminogeno*, Roma-Bari, Laterza, 1997, 71 sul «legislatore fenomenico» e, sul diverso ruolo giocato nella dialettica tra legalità e realtà dalle tecniche di legislazione in connessione ad « una crisi ideologica della codificazione come base della politica legislativa ».

Indicativa della situazione di incertezza che sembra caratterizzare ormai stabilmente la redazione di norme è la modifica dell'art. 147-ter del d. lgs. 24 febbraio

no il problema di un effettivo rispetto delle condizioni di mercato ma concorrono ad accentuare il profilo di un'Europa che, "priva di un'identità ... si ridurrebbe ad un sottosistema di spazi amministrati"¹⁰⁰, i cui punti di riferimento nella trasformazione delle regole di "corporate governance" propria di una globalizzazione economica¹⁰¹ sarebbero le sole "istituzioni della governance mondiale" rappresentate dalla Banca centrale, dal Fondo monetario internazionale, dall'Organizzazione mondiale del commercio"¹⁰².

Merita maggiore attenzione la conclusione dell'Avvocato generale (Ruiz-Jarabo Colomber) in occasione della prima pronuncia della Corte di Giustizia sulla "golden share" « que la distinction entre entreprises publiques et privée, au fin du traité, ne peut pas être fondée sur la simple composition de son actionnariat, mais dépend de la possibilité qu'a l'État d'imposer certains objectifs de politique économique, distincts de la recherche du profit maximum qui caractérise l'activité privée »¹⁰³.

1998, n. 58 contenuta nella l. 28 dicembre 2005, n. 262 (Disposizioni per la tutela del risparmio e la disciplina del mercato finanziario) che, contraddicendo il sistema della riforma delle società, ha introdotto lo scrutinio segreto per le elezioni alle cariche sociali (in argomento fra le prime reazioni v. l'intervista dell'on. VIETTI, « *Il voto segreto? Un errore* », in *Corriere della sera* del 30 dicembre).

¹⁰⁰ P. BARCELLONA, *Il suicidio dell'Europa (dalla coscienza infelice all'edonismo cognitivo)*, Bari, Dedalo, 2005, 17.

¹⁰¹ FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Bologna, Il Mulino, 2000, 126.

¹⁰² P. BARCELLONA, (nt. 100), ne sottolinea la natura di "autorità prive di investitura democratica, il cui compito consiste nella gestione dei conflitti all'interno di ordinamenti già dati...".

¹⁰³ Conclusioni dell'Avvocato generale Ruiz Jarabo Colomber che aveva messo in rilievo, nei procedimenti C-367/98, C-483/99, C-503/99 al termine della ricostruzione storica delle origini dell'art. 295 del Trattato (nn. 54-56): « le respect du régime de la propriété dans les Etats membres qui est consacré par l'art. 295 CE doit s'étendre à toute mesure qui, par les biais de l'intervention dans le secteur public, au sens économique du terme, permet à l'Etat de contribuer à façonner, l'activité économique de la nation ».

2.

La "saga" della "golden share" tra libertà di movimento di capitali e libertà di stabilimento* **

SOMMARIO: 1. Il tema. – 2. La Corte di Giustizia e i poteri speciali nelle esperienze belga (SNTC, "Société nationale de transport par canalisation"; Distrigaz, "Société de distribution du gaz") e francese ("Société nationale Elf-Aquitaine"). – 3. *Golden share*, ragioni imperative di interesse generale e servizi di interesse generale nella successiva giurisprudenza della Corte di Giustizia.- 4. Diversa impostazione sui "poteri speciali" degli avvocati generali, Ruiz-Jarabo Colomber nelle cause C-367/98 (Portogallo), C-483/99 (Francia), C-503/99 (Belgio) e C-463/00 (Spagna), C-98/01 (Gran Bretagna) e Poiaras Maduro, nelle cause C-282/04 e C-283/04, (Paesi Bassi), C-463/04 e C-464/04 (nei confronti dell'AEM per l'applicazione dell'art. 2449 c.c.): richiamo conclusivo alla necessaria coerenza delle politiche degli stati membri. – 5. I motivi di "ordine pubblico o di pubblica sicurezza" (art. 58 del Trattato) e la "rete" nel servizio di interesse economico generale, elemento che non risponde "ad una logica puramente commerciale" (Corte di Giustizia C-83/01, caso "Chronipost"). – 6. "Ragione imperativa di interesse generale" e "proporzionalità delle misure restrittive" in funzione delle esigenze della rete. – 7. La giurisprudenza della Corte di giustizia nei più recenti interventi nazionali: a) la legislazione francese dell'energia (art. 39 l. n. 2006-1537 del 7 dicembre 2006) - b) la legislazione italiana sui poteri speciali (dall'art. 2 l. 30 luglio 1994, n. 474, ai comma 227-231 l. 24 dicembre 2003, n. 350) e il sistema degli artt. 2449-2451 c.c. - c) L'interesse pubblico nell'art. 2449 c.c. e la normativa comunitaria. – 8. La Corte di Giustizia "protagonista del processo d'integrazione" e la tutela delle "ragioni imperative di interesse generale": una nuova prospettiva per "I battelli sul Reno?". – 9. Postilla.

1. Il tema

La decisione della Corte di Giustizia del 28 settembre 2006 (C-282/04 e C-283/04)¹, sui "poteri speciali" introdotti nel corso della privatizzazione di un ente pubblico², le riserve della Commissione e la critica della dottrina³, suggeriscono di riesaminare⁴ alcuni dei problemi di una "protection administrative"⁵ ottenuta con questa «key tactic»⁶, in funzione della tutela di servizi di interesse economico generale e di interessi "fondamentali della collettività"⁷.

Sono questi gli istituti ai quali si richiama la Corte nel riconoscere la legittimità di una deroga alla libera circolazione dei capitali per "ragioni imperative di interesse generale" (p. to 32 e già in C-463/00, p.to 72)⁸ prima di esaminarne la compatibilità con la disciplina socie-

* Da *Giur. comm.*, 2007, I, 302-348.

** Il presente lavoro è destinato agli *Studi in memoria di Matteo Dell'Olio "Diritto e libertà"*.

¹ In *Foro it.*, 2006, IV, 611 ss.

² Trasformazione dell'azienda di stato olandese per la posta, i telegrafi e la telefonia in un'unica società per azioni (PTT) e la conseguente scissione in due società per i servizi di telecomunicazione (KPN) e per i servizi postali (PTG).

³ Merita ricordare che l'esempio olandese era stato ricordato da GRUNDMANN-MÖSLEIN, in *Golden shares in privatised Companies: Comparative Law, European Law and Policy Aspects*, in *Euredia*, 2004, 623 ss., consultabile in *Social Research Network*, www.ssrn.com da cui si cita, 10 (ma. v. in un testo parzialmente diverso già *Die Goldene Aktie (Staatskontrollrechte in Europarecht und wirtschaftlicher)*, in *Zeitschrift für Unternehmens und Gesellschaftsrecht*, (ZGR), 2003, 340), come esempio di intervento che "circumvent the principle of proportionality much more radically than would be permissible under the company laws".

⁴ BALLARINO-BELLODI, *La Golden share nel diritto comunitario. A proposito delle recenti sentenze della Corte comunitaria*, in *Riv. soc.*, 2004, 31 ss.

⁵ VIANDIER, *OPA OPE et autres offres publiques*, Paris, 2006, 110.

⁶ SZYSZCZAK, *Golden shares and Market Governance*, in *Legal Issue of Economic Integration*, 262, 2002.

⁷ Per il profilo all'esame della Corte di Giustizia (causa C-438/05) sulla domanda dello spazio che «allo stato attuale del processo d'integrazione europea, è riconosciuto all'azione dei sindacati e dei lavoratori "comunitari" posta in essere per contrastare strategie di esternalizzazione dei servizi operate fuori dai confini nazionali e per ridurre gli effetti che l'internalizzazione del mercato dei servizi inevitabilmente comporta sui mercati del lavoro internazionali» (ORLANDINI, *Diritto di sciopero, azioni collettive transnazionali e mercato interno dei servizi: nuovi dilemmi e nuovi scenari per il diritto sociale europeo*, in *Europa dir. priv.*, 2006, 949).

⁸ Rispettivamente Corte di Giustizia 4 giugno 2002, causa C-367/98, (Portogallo); causa C-483/99, (Francia); causa C-503/99, (Belgio); Corte di Giustizia 13 maggio 2003, causa 463/00 (Spagna); causa C-98/01 (Regno Unito), precedute, per quanto riguarda l'Italia,

taria comunitaria.

Anche se il cammino intrapreso dalla Corte di Giustizia appare lungi dall'essere completato la decisione nei confronti dell'Olanda si segnala, per la conferma, in sede di scrutinio di legittimità comunitaria, di una giurisprudenza considerata un "Eckpunkte" per il diritto societario⁹ e, per la coerenza d'impostazione fra conclusioni dell'avvocato generale e pronunzia della Corte che danno ulteriore significato (p.to 40)¹⁰, alla valutazione sulla frequente contraddittorietà dei pubblici poteri nella "saga of the golden share"¹¹.

La limitazione alla libera circolazione dei capitali a garanzia del servizio postale (p.to 38), giustificata da una "ragione imperativa di interes-

dalla decisione del 23 maggio 2000, causa 463/00, sempre in tema della "golden share" anche se senza un approfondito esame di merito per le ammissioni rese dal nostro paese nel corso del giudizio. Per un aspetto diverso ma che implica la ricerca di un criterio unitario, Corte di Giustizia 2 giugno 2005, causa C-174/04, commentata da FERRARI, *Motivi imperativi di interesse pubblico e libera circolazione dei capitali: bocciato il decreto "Montedison EdF"*, in *Dir. pubbl. comp. ed eur.*, 2005, 1457 ss. e da EHRICKE, in *Common Market Review (CMR)*, 2006, specie 1463 ss. per quanto concerne il rispetto di una "clear distinction between the freedom of capital movements and the freedom of establishment in cases of direct investments and/or acquisition of securities on the capitalmarket". Sul punto PERFETTI, *Dal rilievo della soggettività pubblica (o dell'enfasi delle privatizzazioni) alla tutela della concorrenza (o della rilevanza dei privilegi del monopolista e dei diritti dell'utente). Brevi riflessioni a partire dal caso Edison, EdF, AEM*, in *L'impresa europea di interesse generale*, a cura di Rossi, Milano, 2006, 131 ss. Cfr. anche RAAP, *La puissance publique à l'épreuve de l'ordre public économique*, in AA.VV., *La puissance publique à l'heure européenne*, a cura di Raimbault, Paris, 2006, 202 e, per un aspetto collaterale ma significativo, Corte di Giustizia 23 marzo 2006, C237/04, in *Rass. giur. en. e lettr.*, 2006, 47, (p.to 34) con nota di PINOTTI, *Poteri speciali di recesso nelle società pubbliche e aiuti di Stato. Lo strano intreccio fra norme speciali e norme di diritto comune approda al giudice comunitario che lo rispedisce al giudice nazionale (note minime alla sentenza 23 marzo 2006 della Corte di Giustizia nella vicenda Enirisorse s.p.a. c/Sotacarbo s.p.a.)*.

⁹ Osserva GRUNDMANN, *Europäisches Gesellschafts-recht*, Heidelberg, 2004, 360 ss. che le decisioni della Corte in tema di libertà di stabilimento e di *golden share* "bilden heute die Eckpunkte für eine Anwendung der Niederlassungsfreiheit auf Strukturmaßnahmen".

¹⁰ "Come ha giustamente osservato l'avvocato generale ai paragrafi 38 e 39 delle sue conclusioni si deve osservare, da un lato che i diritti speciali posseduti dallo stato olandese nella TPG non si limitano alle attività svolte da quest'ultima come prestatrice di un servizio postale universale. Dall'altro, l'utilizzo di tali diritti speciali non si basa su alcun criterio specifico e non richiede motivazione, cosicché è impossibile un effettivo controllo giurisdizionale".

¹¹ GRAHAM-PROSSER, *Privatizing Public Enterprises (Constitutions, the State, and Regulation in Comparative Perspective)*, Oxford, 1998, n. 147, in relazione alle diverse fasi del "take-over BP".

se generale", offre lo spunto per formulare, in alternativa ad una nozione di pubblica sicurezza (art. 58 del Trattato) "indefinita nei suoi contorni ... (in quanto) ancorata ai contesti normativi degli Stati membri"¹², alcune osservazioni nei confronti delle imprese che, "in ragione dell'utilità della loro attività alle esigenze e finalità primarie di un Paese", sono investite "di una duplice funzione: l'una collegata "al mercato e quindi alle regole che sovrintendono al suo funzionamento; e l'altra ... ai bisogni primari di un Paese" che "... non necessariamente risponde alle stesse regole del mercato, se non sotto il profilo della competitività, almeno, anzi soprattutto, sotto il profilo dell'economicità"¹³.

Acquista ancor maggior significato la decisione della Corte quando si tenga presente che nel dibattito che ha preceduto in Francia la l. 7 dicembre 2006, n. 2006-1537, è stato affermato, per giustificare l'introduzione di una "action spécifique"¹⁴, nel nuovo regime di Gaz de France conseguente ad una sua parziale privatizzazione, che in tal modo l'apertura al mercato "ne remettrait pas en cause le service public du gaz, le quel n'est pas lié à une entreprise en particulier, mais

¹² BALLARINO-BELLODI, (nt. 4), 40, che accentuano l'attuale impossibilità di definire gli "interessi fondamentali della collettività" a livello comunitario in mancanza di una costituzione europea.

¹³ TESAURO, *Intervento pubblico nell'economia e art. 90, n. 2 del Trattato CE*, in *Dir. un. eur.*, 1996, 726, in una ricostruzione dell'interpretazione della Corte di giustizia "da cui ben traspare la ricerca di un equilibrio spesso difficile, tra obiettivi e scelte degli Stati membri, rispetto delle regole di concorrenza ed esigenza del servizio pubblico".

Per un quadro aggiornato sia delle modifiche intervenute nell'orientamento della Commissione che della più recente giurisprudenza della Corte, CARTEL, *I servizi di interesse economico generale tra riflusso dogmatico e regole di mercato*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2005, 1219 ss.; LOTTINI, *I servizi di interesse economico generale: una nozione controversa*, ivi, 1351 ss.; CERULLI IRELLI, *Impresa pubblica, fini sociali, servizi di interesse generale*, ivi, 2006, 747. Da ultimo, per un contributo nel quale sono messe in luce, fra l'altro, alcune delle conseguenze dell'odierna incertezza tra il ricorso al modello renano e al modello anglosassone, CINTIOLI, *Servizi pubblici e concorrenza. Servizi di interesse economico generale, promozione e tutela della concorrenza*, in *Dir. un. eur.*, 2006, 453 ss.

¹⁴ Ricordando la decisione contro l'Olanda la relazione Poniatowski della Commissione Affari economici del Senato del 4 ottobre 2006 aveva sottolineato (p. 103), che la corte riafferma "la libre circulation des capitaux peut cependant être limitée par des mesures nationales justifiées par des raisons mentionnées à l'article 58 CE ou par des raisons impérieuses d'intérêt général" (corsivo originale). Dans ce cadre, il appartient aux Etats membre de veiller à ce que la protection de ces intérêts soit poursuivie "dans le respect du principe de proportionnalité, qui exige que les mesures adoptées soient propres à garantir la réalisation de l'objectif qu'elles poursuivent et n'aillent pas au-delà de ce qui est nécessaire pour qu'il soit atteint" (corsivo originale).

est encadré par la loi"¹⁵.

2. La Corte di Giustizia e i poteri speciali nelle esperienze belga (SNTC, "Société nationale de transport par canalisation"; Distrigaz, "Société de distribution du gaz") e francese ("Société nationale Elf-Aquitaine")

Nelle precedenti decisioni¹⁶ la Corte di Giustizia aveva fatto salvo, nell'esame di un primo gruppo di normative (Portogallo, Francia, Bel-

¹⁵ Rapporto Marini della Commissione Finanze del Senato del 4 ottobre 2006, 21. Sui profili di costituzionalità esaminati dal Conseil d'Etat il 27 settembre 2006, *Cahiers du Conseil constitutionnel* n° 22, in www.conseil-constitutionnel.fr, 7 ss.; BELLESCIZE, *Grandeur et servitude de la notion de service public constitutionnel*, in *Rev. fr. droit adm.*, 2006, 1163.

¹⁶ Oltre BALLARINO-BELLODI, (nt. 4), v. CIRENEL, *Riforma delle società. Legislazione speciale e ordinamento comunitario: brevi riflessioni sulla disciplina italiana delle società a partecipazione pubblica*, in *Dir. comm. intern.*, 2005, 41 ss. e della stessa A. già *La società di diritto "speciale" tra diritto comunitario delle società, diritto comunitario della concorrenza: società a partecipazione pubblica, privatizzazioni e "poteri speciali"*, *ivi*, 1996, 775 ss.; G. ROSSI, *La legge sulla tutela del risparmio e il degrado della tecnica legislativa*, in *Riv. soc.*, 2006, 19; GOBBATO, *Golden share ed approccio uniforme in materia di capitali nella recente giurisprudenza comunitaria*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2004, 427; SPATTINI, *Poteri pubblici dopo la privatizzazione (Saggio di diritto amministrativo dell'economia)*, Torino, 2006, 197 ss. Ricordano la giurisprudenza della Corte sulla politica dei campioni nazionali, MACCHIATI-PROSPERETTI, *La politica dei campioni nazionali: tra rinascita e crisi in Mercato concorrenza regole*, 2006, 464.

Fra i commenti in sede europea v. CARREAU *Privatisations et droit communautaire: la validation conditionnelle des actions spécifiques (ou "Golden shares")*, in *CI-E*, 2002, 1203; PARLEANI, *L'action spécifique "à la française" est morte; vive l'action spécifique "à l'européenne"!*, in *Rev. soc.*, 2002, 519; THIRION, *"Golden shares", droit des sociétés et marché intérieur*, in *Cahiers dr. eur.*, 2003, 225 ss. e già in *Les privatisations d'entreprises publiques dans une économie sociale de marché; aspects juridiques*, Bruxelles-Paris, 2002, 662 s.; ADOLFF, *Turn of the tide? The "Golden Share" Judgements of the European Court of Justice and the Liberalization of the European Capital Markets*, in *German Law Journal*, 2002, n. 8; GIPPINI FOURNIER-RODRIGUEZ MIGUEZ, *Actions spécifiques dans le sociétés privatisées: le beurre ou l'urgent du beurre*, in *Rev. du droit de l'Union europ.*, 2003, 39 ss.

Per una valutazione delle decisioni della Corte in tema di *golden share* "as well as comparable instruments of general company law", GRUNDMANN-MÖSLEIN, (nt. 3), 31 ss.; v. anche FERRARINI, *"Un'azione-un voto": un principio europeo?* in *Riv. soc.*, 2006, 47; RUGE, *Goldene Aktien und EG-Recht*, in *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (EuZW)*, 2002, 421 ss.; ANDENAES-GÜTT-PANNIER, *Free Movement of Capital and National Company Law*, in *European Business Law Review (EBLR)*, 2005, 757 ss.; SEYSZAK, (nt. 6), 276; SALAZAR MARTINEZ-CONDE HERNANDEZ, *La acción de oro del estado en las empresas privatizadas*, in *Revista de derecho bancario y bursatilde (RDBB)*, 2005, 130 ss.; DEL MAR BUSTILLO SAIZ, *Notas sobre la privatización de empresas que realizan actividades de interés público y sobre la "doctrina" de la acción de oro*, in *Revista derecho mercantile*, 2006, 457 ss.

gio), in contrasto con le conclusioni dell'avvocato generale (Ruiz-Jarabo Colomber), il solo regime belga dei "poteri speciali" in quanto finalizzato a garantire, "nell'ambito di un legittimo interesse pubblico" (punti 47 e 55 dec. n. 503/99) e nel rispetto di determinate condizioni di tutela giurisdizionale (l'esistenza di "criteri oggettivi e controllabili dal giudice"), la sicurezza dell'approvvigionamento di energia in caso di crisi.

La decisione (p.to 46) si era richiamata ad un precedente che, pur risalente nel tempo (causa C-72/83 Campus Oil), era stato invocato; oltre che dalla difesa belga (p.to 27); dal governo francese (causa C-483/99, *sub* p.to 28), ma senza un utile risultato (p.to 47) per le caratteristiche della disciplina nazionale.

La Corte aveva riconosciuto, nel contrasto fra le ricostruzioni dell'Irlanda e del Regno Unito sulla nozione di "pubblica sicurezza" (allora art. 36 del Trattato), interpretata rispettivamente come possibilità di determinare gli "interessi da proteggere e i provvedimenti da adottare a questo scopo" (p.to 22) o in funzione dei soli "interessi fondamentali dello Stato, come la prosecuzione dei servizi pubblici essenziali e il funzionamento sicuro ed efficace della vita dello Stato" con esclusione dei "provvedimenti (che) perseguono essenzialmente scopi economici" (p.to 23), la gravità delle conseguenze "che l'interruzione delle forniture di prodotti petroliferi può avere per l'esistenza di uno stato ... (sì che) lo scopo di garantire una fornitura minima costante di prodotti petroliferi trascende le considerazioni di carattere puramente economico e possa quindi rientrare nella nozione di pubblica sicurezza" (p.to 35)¹⁷.

Con una decisione in cui concorrevano profili di politica economica e di pubblica sicurezza, era stato giustificato il comportamento dello Stato membro che, dipendendo per l'approvvigionamento di prodotti petroliferi "interamente o quasi interamente dalle importazioni", aveva introdotto alcuni condizionamenti (obbligo per gli importatori di acquistare una percentuale del prodotto da una raffineria nazionale ad un prezzo fissato dall'autorità amministrativa), purché i quantitativi dei prodotti non superassero "i limiti dell'approvvigionamento minimo senza il quale la pubblica sicurezza dello stato interessato sarebbe compromessa né il livello di produzione necessario per garantire la disponibilità della capacità della raffineria nell'eventualità di una crisi e per consentire permanentemente la trasformazione del petrolio per la cui fornitura lo stato in-

¹⁷ Sul punto v. SANTONASTASO, *Le società di interesse nazionale*, Milano, 2002, 102 ss.

teressato ha stipulato contratti a lunga scadenza" (p.ti 44-51)¹⁸.

La Corte, confermando l'impostazione nel caso del Belgio ha ricondotto "nell'ambito di un legittimo interesse pubblico" un regime dei poteri speciali inteso a perseguire la sicurezza degli approvvigionamenti di energia in caso di crisi e ha riconosciuto che l'argomentazione adottata in tema di libera circolazione delle merci valeva anche nei confronti degli "ostacoli alla libera circolazione dei capitali, in quanto la pubblica sicurezza compare anche tra i motivi giustificativi menzionati nell'art. 73 d) n. I del Trattato" (p.to 46).

La possibilità di far capo alla nozione di pubblica sicurezza in caso di minaccia grave ed effettiva all'interesse fondamentale della collettività rappresentato dall'"obiettivo di garantire la sicurezza dell'approvvigionamento di energia in caso di crisi" (p.ti 47-55), era comunque condizionata ad un controllo sull'operato dello Stato membro "relevant for the design which states may choose for these measures in the future"¹⁹.

Conseguentemente la normativa belga (art. 3 r. d. 10 giugno 1994; art. 4 r. d. 16 giugno 1994) sul diritto di "opporsi a qualsiasi cessione, assegnazione a titolo di sicurezza o cambiamento della destinazione delle canalizzazioni della Société nazionale de transport par canalisations" (SNTC) o della Société de distribution du gaz (Distrigaz), in grado di recare "pregiudizio agli interessi nazionali nel settore dell'energia" nelle infrastrutture di trasporto interno e di distribuzione di prodotti energetici, è stata considerata a difesa di "obiettivi della politica energetica" per permettere "sulla base di criteri oggettivi e controllabili ... la disponibilità effettiva" delle infrastrutture, assicurando la legittimità della tutela "in

¹⁸ Ricorda da ultimo la rilevanza della decisione TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea e della Comunità europea*, Milano, 2004, 429; nel tempo, v. TESAURO, *Diritto comunitario*, Padova, 2005, 386 ss.; BAZEX, *L'entreprise publique et ses missions d'intérêt général*, in AA.VV., *L'entreprise dans le marché unique européen*, Paris, 1995, 149; VAN BEAL-BELLIS, *Il diritto della concorrenza nella Comunità europea*, Torino, 1995, 461; KOENIG, HARATSCH, BONINI, *Diritto europeo*, Milano, 2000, 228. Sottolinea il richiamo nella decisione Campus Oil (p.to 27) alla mancanza di giustificazione del ricorso ad un regime di deroga "quando norme comunitarie contemplino provvedimenti necessari a garantire la tutela degli interessi" coinvolti, SBOLCI, *La libera circolazione delle merci*, in *Diritto dell'Unione europea, Parte speciale*, a cura di Strozzi, Torino, 2000, 44; parlano di un'interpretazione estensiva, FERRARI BRAVO-MOAVERO MILANESI, *Lezioni di diritto comunitario*, Napoli, 2000, 248, quando concludono: «si può affermare che le due nozioni ("ordine pubblico" e pubblica Sicurezza) chiamano in causa l'insieme degli interessi fondamentali di un paese alla stabilità del proprio assetto sociale ed alla sicurezza dei propri cittadini».

¹⁹ GRUNDMANN-MÖSLEIN (nt. 3), 31.

una situazione determinata dall'osservanza degli obblighi di servizio pubblico... pur rispettando le esigenze di certezza del diritto" (p.to 52).

Nello stesso contesto, nella causa contro la Francia (C-483/99), la Corte aveva esaminato gli artt. 1 e 2 del decreto n. 93-1298, ispirati ad una forma di "survivance d'un colbertisme des temps modernes"²⁰ nel quale, "al fine di proteggere gli interessi nazionali una azione ordinaria dello Stato nella Elf-Aquitaine" s.p.a. era stata "trasformata in una golden share specifica".

Il regime che aveva permesso di affermare la presenza, nel processo di privatizzazione, di uno "stade suprême de l'interventionnisme"²¹ era caratterizzato dal potere del Ministro dell'Economia di approvare in via preventiva "ogni superamento... di limiti massimi di detenzione diretta o indiretta di titoli" della società, di nominare nel consiglio di amministrazione "due rappresentanti dello Stato... senza diritto di voto" e di "opposizione contro le decisioni di cessione o di attribuzione a titolo di garanzia degli elementi patrimoniali" indicati in un allegato al decreto.

A conferma della propria impostazione il governo francese aveva risposto alla diffida della Commissione precisando, in un primo momento, che "l'autorizzazione del Ministro dell'economia... sarebbe stata... richiesta solo nel caso in cui il superamento dei limiti massimi..." "fosse tale da compromettere la continuità dell'approvvigionamento di prodotti petroliferi della Francia" (p.to 14) per poi sottolineare "l'importanza del mantenimento di un centro decisionale in Francia" e "il timore che la Société nazionale Elf-Aquitaine finisse sotto il controllo di una società non comunitaria", nonché l'importanza delle sue riserve di petrolio "per la sicurezza dell'approvvigionamento energetico della Francia e per l'economia francese in generale" (p.to 15).

La Corte di Giustizia, dopo aver confermato la natura "di legittimo interesse pubblico" (p.to 47) degli approvvigionamenti di prodotti

²⁰ GIPPINI FOURNIER-RODRIGUEZ MIGUEZ, (nt. 16), 42 ss. per un esame della decisione quando "constate la totale indétermination des circonstances dans lesquelles pourrait s'exercer ce droit d'opposition, de sorte que le pouvoir discrétionnaire du ministre n'est limité par aucune condition, ce quo de fait un pouvoir disproportionné".

²¹ CARREAU-TREUHOLD, *La nouvelle loi de privatisation ou l'annonce prématurée de la mort de Colbert*, in *R. Dalloz Sirey*, 1993, (n. 32), 321. Nella nostra esperienza basti ricordare, in relazione alla formula originaria dei poteri speciali, le critiche di ROSSI, *Privatizzazioni e diritto societario*, in *Riv. soc.*, 1994, 393; MINERVINI, *Contro il diritto speciale delle imprese pubbliche "privatizzate"*, ivi, 1994, 740; LIBONATI, *La faticosa "accelerazione" delle privatizzazioni*, in questa *Rivista*, 1995, 66; OPPO, *Diritto privato e interessi pubblici*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, I, 41.

petroliferi in caso di crisi ha ribadito la necessità di un'interpretazione restrittiva delle "esigenze della pubblica sicurezza", specie quando "autorizzano una deroga al principio fondamentale della libera circolazione dei capitali... di guisa che la loro portata non può essere determinata unilateralmente da ciascuno stato membro senza il controllo delle istituzioni comunitarie. La pubblica sicurezza può essere invocata solamente in caso di minaccia effettiva ed abbastanza grave ad uno degli interessi fondamentali della collettività" (p.to 48).

Di qui una decisione unitaria sia per l'autorizzazione preventiva del Ministero dell'Economia che per l'opposizione "contro le decisioni di cessione o di attribuzione a titolo di garanzia" di determinati elementi patrimoniali.

Se per il primo aspetto, non essendo l'autorizzazione subordinata "ad alcuna condizione, ad eccezione di un riferimento alla protezione degli interessi nazionali, formulato in termini generali..." (p.to 50) il potere discrezionale "rappresenta un grave pregiudizio alla libera circolazione dei capitali che può portare alla (sua) soppressione", analoghe considerazioni sono state formulate sotto il secondo profilo.

Ad avviso della Corte "anche se... non si tratta di un regime di previa autorizzazione, ma di un regime di opposizione a posteriori, è tuttavia certo che neppure l'esercizio di tale diritto è soggetto ad alcuna condizione che limiti l'ampio potere discrezionale" del Ministro "per quanto riguarda il controllo dell'identità dei possessori degli elementi patrimoniali", andando oltre quanto necessario per conseguire l'obiettivo della "prevenzione di un pregiudizio alla fornitura minima di prodotti petroliferi in caso di reale minaccia" (p.to 52)²².

La tesi della Corte non è stata condivisa dall'avvocato generale che nella successiva causa contro la Spagna, oltre ad osservare la mancanza di "differenze significative" fra le discipline belga e francese, ha richiamato la sostanziale genericità della formula della lesione degli "interessi nazionali nel settore dell'energia" o del "pregiudizio agli interessi nazionali"²³.

²² ANDENAES-GÜTT-PANNIER, (nt. 16), 779.

²³ Precisa (conclusioni 6 febbraio 2003, causa C-463/00, p.to 39) l'avvocato generale Ruiz Jarabo Colomber.

«La cauta redazione della sentenza con cui è stata decisa la causa in questione non può nascondere la mancanza di differenze significative rispetto al regime francese di opposizione alla cessione o all'assegnazione a titolo di garanzia di beni patrimo-

3. *Golden share*, ragioni imperative di interesse generale e servizi di interesse generale nella successiva giurisprudenza della Corte di Giustizia

In un secondo gruppo di cause (Spagna, Regno Unito)²⁴ la Corte, decidendo sempre in modo difforme dalle conclusioni dell'avvocato generale, ha riaffermato il giudizio di legittimità dei poteri speciali sotto l'aspetto della libera circolazione dei capitali piuttosto che della libertà di stabilimento²⁵.

Nei confronti di questa opzione interpretativa si è osservato che una valutazione dei poteri speciali condotta nella prospettiva della libertà di stabilimento, quale indicata dalla stessa Corte²⁶ (da ultimo cau-

niali delle filiali straniere della società nazionale Elf-Aquitaine. Detto regime è stato censurato dalla Corte in quanto, in mancanza di "criteri oggettivi e precisi... la normativa controversa va oltre quanto necessario per conseguire l'obiettivo indicato". Vero è detta normativa autorizza il titolare dell'azione speciale ad opporsi alla cessione o all'assegnazione a titolo di garanzia di attivi che possano arrecare *pregiudizio agli interessi nazionali*. La normativa belga, che consente al Ministro di opporsi ad operazioni di disposizione di attivi strategici, qualora ritenga ch'esse possano ledere *gli interessi Nazionali nel settore dell'energia*, non è molto più precisa».

²⁴ A seguito della decisione C-463/00, la Spagna con l. 26 maggio n. 13 del 2006 ha radicalmente modificato il regime della l. 23 marzo 1995, n. 5 con la conseguenza che "desaparaçe asì del ordinamento jurìdico español la llamada acciòn de oro" e l'archiviazione da parte della Commissione (19 luglio 2006) del procedimento in corso. Per una prima informativa DOMINGUEZ RUIZ DE HUIDOBRO, *Novedades sobre las privatizaciones en Espanã*, in *Rev. der. banc. y bursatil*, 2006, 321. Va anche ricordato, sotto un profilo diverso ma concorrente, che non sono mancati recenti comportamenti (in tema di opa su Endesa) di ampliamento dei poteri dell'Authority del settore dell'energia (Comisiòn Nacional de Energia) sindacati dalla Commissione sotto il profilo della libertà di movimento dei capitali e di stabilimento. V. il comunicato della Commissione del 24 gennaio 2007.

²⁵ ANDENAES-GÜTT-PANNIER, (nt. 16), 770, così individuano, del resto, secondo la giurisprudenza comunitaria, i limiti di applicabilità dei poteri speciali "Mandatory reasons of public interest can be public security but not pure economic interests of the state. In addition to that national law is subject to a complex proportionality test. This requires also a form of legal certainty for persons concerned which can be for instance a judicial review".

²⁶ Su questo indirizzo iniziato con la decisione "Centros" (9 marzo 1999, causa C-212/00), v., nella manualistica più recente, DANIELE, *Diritto del mercato unico europeo*, Milano, 2005, 173; CASSOTTANA-NUZZO, *Lezioni di diritto commerciale comunitario*, Torino, 2006, 19 ss.

Sulla creazione di un "mercato" dei diritti societari, si richiamano, senza pretesa di completezza, MUCCIARELLI, *Libertà di stabilimento comunitario e concorrenza tra ordinamenti societari*, in questa *Rivista*, 2000, II, 559 ss.; MECHELLI, *Libertà di stabilimento per le società comunitarie e diritto societario dell'Unione Europea*, in *Riv. dir. comm.*, 2000, II, 83 ss.; LOMBARDO, *La libertà comunitaria di stabilimento delle società dopo il "caso Überseering" tra armonizzazione e concorrenza fra ordinamenti*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2004, I, 457; SACCHI,

sa C-196/04 del 12 settembre 2006)²⁷, avrebbe potuto portare ad una diversa conclusione «consistendo questa libertà essenzialmente nel divieto delle misure suscettibili di porre i cittadini degli altri Stati membri in una situazione di diritto o di fatto sfavorevole rispetto a quello dei cittadini dello Stato dello stabilimento, ed essendo prescritto che le attività finalizzate alla costituzione di imprese e di società devono svolgersi "alle condizioni definite dalla legislazione del Paese di stabilimento nei confronti dei propri cittadini" (art. 43, 2° comma)»²⁸.

Ora la Corte, risolvendo il contrasto fra la Commissione e l'Olanda, sembra apparentemente collocarsi, senza variazioni di sostanza, nel quadro dei propri precedenti quando, dopo aver premesso che "non si può escludere che, in particolari circostanze" uno Stato nazionale "utilizzi i suoi diritti speciali per difendere *interessi generali* che potrebbero contrastare con gli interessi economici della società interessata" utilizzandoli come "restrizioni ai sensi dell'art. 56 n. 1, CE"

Autonomia statutaria, competizione fra ordinamenti e giurisprudenza comunitaria, in *Riv. dir. civ.*, 2004, II, 69 ss.; CONTALDI, *Il diritto comunitario delle società tra evoluzioni giurisprudenziali e legge di riforma della materia*, in *Dir. un. eur.*, 2003, 710 ss.; NOCELLA, *Il caso Inspire Art: l'armonizzazione al banco di prova*, in questa *Rivista*, 2004, II, 5 ss.; BERLINGUER, *Alla ricerca del diritto comunitario: appunti sul diritto di stabilimento delle società di capitali alla luce del d. lgs. n. 6 del 2003*, in *Contratto e impresa/Eur*, 2003, 342 ss.; CARBONE, *La riforma societaria tra conflitti di legge e principi di diritto comunitario*, in *Dir. comm. int.*, 2003, 89 ss. e, da ultimo CORAPI, *Libertà di stabilimento e di circolazione delle società nel diritto comunitario*, in *Rass. giur. en. elettr.*, 2005, 726 ss.

Sotto il profilo tributario spesso all'origine delle controversie esaminate dalla Corte di Giustizia, v. la recente decisione del 13 dicembre 2005 (C-411/2003, *Sevic System Ag*) in tema di fusioni transfrontaliere (commentata da BEHRENS, in *CMLR.*, 2006, 1685), in questa *Rivista*, 2006, II, 412, con nota critica di MUCCIARELLI, *Fusioni transfrontaliere e libertà di stabilimento delle società nell'Unione Europea: il caso "Sevic"*, ivi, 417 ss. e con nota di KINDLER, *Le fusioni nel diritto tedesco: la sentenza Sevic della Corte di Giustizia e l'attuazione della direttiva 2005/56 Ce in Germania*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2006, II, 481 ss. Sul tema, per un approccio particolarmente significativo, SOMMA, *Diritto comunitario vs. diritto comune europeo*, Torino, 2003, 91 ss.

²⁷ Un primo commento in MELIS-PERSIANI, *Sulle controllate estere i giudici UE fissano la linea*, in *Il Sole-24 Ore* del 9 dicembre 2006.

²⁸ BALLARINO-BELLODI, (nt. 4), 28, in adesione alla tesi dell'avvocato generale che nelle sue conclusioni nella causa contro la Spagna aveva sottolineato (p. to 36) «che per dare applicazione alla nozione di movimento di capitali e di pagamenti, la Corte deve ricorrere alle tecniche di interpretazione consolidate. Ritengo particolarmente inadeguato servirsi di atti di diritto derivato per indagare il significato di una delle libertà fondamentali previste dal Trattato. Ai fini della qualificazione giuridica di una restrizione, è anche irrilevante la circostanza che lo Stato convenuto (o una parte intervenuta a suo sostegno!) la accetti o la rifiuti».

(p.ti 30-31), ha ricordato sia che la libera circolazione di capitali può essere "limitata da provvedimenti nazionali che si giustifichino per le ragioni di cui all'art. 58 CE o per ragioni imperative di interesse generale" sia che solo in mancanza di una "armonizzazione comunitaria, nell'esame dei criteri che devono presiedere al loro riconoscimento spetta in linea di principio agli Stati membri decidere il livello al quale intendono garantire la tutela di tali legittimi interessi, nonché il modo in cui questo livello deve essere raggiunto" (p.ti 32-33).

È sotto questo profilo che sembra di avvertire un progresso nel metodo per identificare, in alternativa alle deroghe previste dall'art. 58 del Trattato per le esigenze del settore tributario²⁹, per la vigilanza prudenziale sulle istituzioni finanziarie, per le informazioni sui movimenti di capitale, le "misure giustificate da motivi di ordine pubblico o di pubblica sicurezza"³⁰.

Oltre al richiamo ai precedenti che hanno giustificato ostacoli alla libera circolazione dei capitali in presenza di "ragioni imperative di interesse generale" (p.to 32) - da identificare nella loro concreta manifestazione - la Corte ha esaminato lo specifico profilo se "la garanzia di un servizio di interesse generale, come il servizio postale universale, può rappresentare una ragione imperativa di interesse generale" (p.to 38)³¹.

L'approccio, originato dalla tesi della necessità della golden share "per garantire il servizio postale universale e, più in particolare per tutelare la solvibilità e la continuità" di una società, considerata l'unica "impresa... in grado... di garantire tale servizio universale al livello richiesto dalla legge" (p.to 37), acquista significato nell'identificazione degli interessi pubblici in grado di legittimare vincoli alle libertà fondamentali, sia sotto l'aspetto della circolazione di capitali che della libertà di trasferimento nell'ipotesi di "privatised companies belonging to the public utilities sector".

In queste imprese, anche se "the core tool is the regulation of prices in order to satisfy the basic needs of consumers or to avoid monopolist gains..." per esigenze di politica industriale "general public law eco-

²⁹ L'art. 6 della direttiva 88/361/CEE del Consiglio del 24 giugno 1988 già prevedeva che la Comunità dovesse adottare misure "intese a sopprimere o ad attenuare rischi di distorsioni, di evasioni e di frodi fiscali connessi con la diversità dei regimi nazionali per quanto concerne la fiscalità relativa al risparmio e il controllo della loro applicazione".

³⁰ Una sintesi della giurisprudenza della Corte è in TIZZANO, (nt. 18), 428 ss.

³¹ Sugli obblighi di servizio pubblico, CARDI, *Mercati e Istituzioni in Italia*, Torino, 2005, 188 ss.

conomic regulation may also influence the shareholder structure of privatised companies... but only if reasons unrelated to ordoliberal anti-trust law... may be taken into account"³².

Nella ricerca dei criteri per identificare una "ragione imperativa di interesse generale", assumono anche rilievo i differenti orientamenti espressi nel tempo dalla Commissione, passata, nelle sue più recenti pronunzie in tema di servizio di interesse economico generale³³, da un esclusivo riferimento al mercato al riconoscimento della rilevanza dell'obbligo del servizio pubblico.

Ricondurre nell'ambito della nozione "qualsiasi attività economica soggetta ad obblighi di servizio pubblico"³⁴ indica un'opzione interpretativa che, nel richiamo ad una tradizione nazionale di servizio pubblico, rischia di perdere di vista che la nozione comunitaria, al di là di ogni apparenza, riceve la propria fisionomia e quindi legittimità "da concetti che sovente ne appaiono l'antitesi"³⁵.

L'osservazione che le deroghe alla concorrenza del diritto comunitario non possono essere considerate mere "eccezioni" ma espressione di "un principio comunitario diverso da quello di mercato, fondato sulla necessaria soddisfazione dei bisogni collettivi cui si rivolgono i

³² GRUNDMANN-MÖSLEIN, (nt. 3), 15.

³³ Fra i più recenti contributi, oltre agli AA. citati *sub* nota 13, v. IANNIELLO, *Poteri pubblici e servizi privatizzati (L'idea di servizio pubblico nella nuova disciplina interna e comunitaria)*, Torino, 2005, 250 ss.; GOBBATO, *Diritto comunitario della concorrenza e servizi di interesse generale di carattere sociale. Note a margine della recente giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in *Dir. un. eur.*, 2005, 797 ss.

³⁴ Alla definizione della Commissione sui servizi di interesse generale del 2000 (*I servizi di interesse generale in Europa*, 20 settembre 2000, (COM (2000), 580)), che devono essere "garantiti anche quando il mercato non sia sufficientemente incentivato a provvedervi da solo..." ha fatto seguito nel Libro verde del 21 maggio 2003 (COM (2003), 270) la loro indicazione alla stregua di una "qualsiasi attività economica soggetta ad obblighi di servizio pubblico" confermata, da ultimo, nel Libro bianco del 15 maggio 2004, (COM (2004), 374).

³⁵ CARTEL, (nt. 13), 1223, che osserva correttamente: "La debolezza dogmatica della categoria dei servizi di interesse economico generale e la difficoltà di circoscriverne i confini, risiede nel mutamento di prospettiva adottato dall'ordinamento comunitario. Il servizio pubblico legava la sua sorte all'esperienza dello Stato pluriclasse che dilatava i contenuti della domanda politica e, mediante gli schemi dello Stato interventista ed assistenziale, li introiettava nei contenuti delle politiche pubbliche. L'interesse pubblico sottostante, anche quando non esplicitato in formule giuridiche, era imputabile allo Stato ed al suo modello organizzativo, imperniato sulle imprese pubbliche".

servizi di interesse generale"³⁶, sollecita dunque a ripercorrere gli argomenti del giudice comunitario, tenendo anche presente il criterio restrittivo seguito nell'individuare le fattispecie di deroga.

4. Diversa impostazione sui "poteri speciali" degli avvocati generali, Ruiz-Jarabo Colomber nelle cause C-367/98 (Portogallo), C-483/99 (Francia), C-503/99 (Belgio) e C-463/00 (Spagna), C-98/01 (Gran Bretagna) e Poiares Maduro, nelle cause C-282/04 e C-283/04, (Paesi Bassi), C-463/04 e C-464/04 (nei confronti dell'AEM per l'applicazione dell'art. 2449 c.c.): richiamo conclusivo alla necessaria coerenza delle politiche degli stati membri

La Corte di Giustizia dopo aver riconfermato che misure nazionali idonee "a dissuadere gli investitori di altri Stati membri dall'effettuare... investimenti" condizionano "l'accesso al mercato" (p.to 61 dec. C-463/00 e p.to 47 dec. C-98/01) ha ricordato la necessità di verificare, in presenza di "restrizioni... riguardanti le operazioni di investimento indistintamente applicabili sia ai residenti che ai non residenti... come esse incidano sulla situazione dell'acquirente di una partecipazione in quanto tale e sono dunque idonee a dissuadere gli investitori di altri Stati membri dall'effettuare investimenti di questo tipo"³⁷.

Nell'esame della giurisprudenza della Corte è stato sottolineato che, a seguito dell'inserimento della libera circolazione dei capitali tra le libertà fondamentali del Trattato (art. 78 B del trattato di Maastricht, diventato l'art. 63 con il Trattato di Amsterdam), «da una parte... la libera circolazione dei capitali ha un effetto che si ripercuote anche sulle misure indistintamente applicabili e dall'altra, che essa è soggetta alle stesse limitazioni; non solo quelle espressamente previste dall'art. 58, ma anche quelle che rispondono alla *rule of reason* e che devono essere accettate nel-

³⁶ SCOTTI, *Il pubblico servizio tra tradizione nazionale e prospettive europee*, Padova, 2003, 231, che individua nel processo di unificazione europeo un orientamento inteso a riconoscere la "centralità degli interessi generali in corrispondenza del volgersi della Comunità europea oltre le politiche economiche e dell'emergere della rilevanza comunitaria del servizio pubblico come tale e non più solo come mercato".

³⁷ Sul punto v. la relazione del Presidente della Corte Vassilios Skouris sull'attività del 2003 (www.curia.eu.int).

la misura in cui appaiono "necessarie per soddisfare ad esigenze imperative" (formula elaborata nella libera circolazione delle merci, mentre per le altre libertà fondamentali si parla di "ragioni imperiose")»³⁸.

Il contrasto fra norme nazionali e libertà fondamentali che ha caratterizzato, nel rapporto tra disciplina comunitaria e scelte degli Stati membri, l'esercizio di un potere pubblico con la "golden share"³⁹, l'"action spécifique"⁴⁰ o i c.d. "poteri speciali"⁴¹, suggerisce di valutare la decisione della Corte e le conclusioni dell'Avvocato generale (Poiares Maduro), espressione nella causa contro l'Olanda di una significativa evoluzione nella tesi dei rappresentanti dell'istituto.

L'attuale orientamento dell'avvocato generale, volto a fornire

³⁸ BALLARINO-BELLODI, (nt. 4), 30. Il richiamo di questi AA. alla diversa origine della formula delle "ragioni imperiose" rispetto alle "esigenze imperative" rimanda l'interprete nazionale alle modifiche intervenute nel nostro sistema dove all'eliminazione (salvo per un'ipotesi residuale) della formula iniziale dell'esercizio dei poteri speciali "tenuto conto degli obiettivi nazionali di politica economica e industriale" (art. 21. 30 luglio 1994, n. 474) è seguita la previsione dei "rilevanti e imprescindibili motivi di interesse generale" (art. 66, l. 23 dicembre 1999, n. 488) e del "pregiudizio agli interessi vitali dello Stato" in una differente formulazione dei presupposti per il loro esercizio.

Sull'evoluzione nel nostro ordinamento della figura dell'amministratore di nomina pubblica senza diritto di voto che potrebbe rappresentare una soluzione più rispettosa dei principi di diritto comune, SACCO GINEVRI, *La nuova golden share: l'amministratore senza diritto di voto e gli altri poteri speciali*, in questa Rivista, 2005, II, 719, che ne sottolinea l'idoneità "a garantire il raggiungimento degli obiettivi posti alla base della normativa sui poteri speciali" rispetto al "precedente compromesso fra interesse sociale ed interesse pubblico, pur formalmente in linea con la figura dell'amministratore, ma in concreto in conflitto con i fini degli azionisti".

Le modifiche gradualmente introdotte nel nostro sistema hanno indotto anche commentatori stranieri (GRUNDMANN-MÖSLEIN, (nt. 3), 16), ad osservare che «The Belgian and Italian State control rights henceforth could be exercised only for "objectives, non discriminatory and transparent considerations" and a numerus clausus of purposes was specified in decrees». Sul punto v. anche ANDENAES-GÜTT-PANNIER, (nt. 16), 783.

³⁹ GOWER'S (a cura di Davies), *Principles of modern Company Law*, London, 1997, 70.

⁴⁰ GIPPINI FOURNIER-RODRIGUEZ MIGUEZ, (nt. 16), 54.

⁴¹ V. MANZINI, *Note sulle "relazioni pericolose" tra Stato e imprese nel quadro del diritto comunitario*, in *Dir. un. eur.*, 2002, 504, sulla necessità di ricercare "un corretto e proporzionato temperamento di tali principi (del libero mercato) laddove essi si dimostrino incapaci di garantire a tutti e su tutto il territorio comunitario servizi di interesse generale a condizioni economicamente e socialmente accettabili", e l'accurata ricostruzione di SPATTINI, (nt. 16), 239 sui diversi presupposti nel nostro ordinamento, per l'esercizio dei poteri, dove "l'uso di locuzioni leggermente differenziate e il riferimento alla concretezza del pregiudizio pare principalmente diretto ad evitare censure comunitarie senza però riuscire ad escluderle".

un'interpretazione della decisione resa nei confronti del Belgio quando riconosce l'obbligo dello Stato, per legittimare l'esercizio dei poteri speciali, di "individuare gli interessi pubblici meritevoli di tutela" (p.to 31), si è infatti riflesso in un dialogo con la Corte, come dimostrano le conclusioni formulate in altro giudizio (cause riunite C-463/04 e C-464/04), di particolare attualità per il nostro ordinamento⁴².

La controversia, non ancora decisa, attiene al potere di enti pubblici di nominare consiglieri e sindaci al di fuori della sede assembleare anche in assenza di partecipazioni azionarie (artt. 2249-2450 c.c.), potere che presenta momenti di conflitto con un sistema comunitario informato al "controllo o (all')indirizzo dell'azione imprenditoriale a fini di interesse generale... con strumenti esterni alla fattispecie societaria" e a sanzionare «le commistioni o interferenze "interne" di matrice pubblica, in quanto limitative della concorrenza e delle libertà imprenditoriali»⁴³.

Nelle sue conclusioni l'avvocato generale ha sottolineato la necessità, richiesta dalla Corte di Giustizia, di "un atto di coerenza da parte degli Stati membri" che, dopo aver "liberalizzato un certo settore del mercato" devono "osservare con il massimo rispetto i principi di trasparenza e non discriminazione sanciti nella regolamentazione del mercato interno comunitario" (p.to 26).

Da questa premessa consegue il collegamento di ogni "controllo statale di un'impresa privatizzata che esuli dal normale meccanismo di mercato... allo svolgimento di attività di interesse economico generale" (p.to 27) confermato ora (p.ti 30-36) dall'affermazione che a seguito del processo di privatizzazione "la libera circolazione dei capitali esige che l'autonomia economica di tale impresa sia tutelata, a meno che non occorra salvaguardare interessi pubblici fondamentali riconosciuti dal diritto comunitario. In tal modo, qualsiasi controllo statale di un'impresa privatizzata, tenuto conto che esso esula dal normale meccanismo di mercato, deve essere collegato allo svolgimento di attività di interesse economico generale associate a detta impresa" (p.to 30).

Per giustificare il condizionamento operato dai poteri speciali l'accento viene posto sia sulla natura dell'attività di interesse economico

⁴² Conclusioni presentate il 7 settembre 2006 nelle cause riunite C-663/04 e C-464/04, su ordinanza di rimessione del Tar Lombardia 13 ottobre 2004, n. 175, in *Foro it.*, 2005, II, c. 34 ss., con osservazioni ivi di R. Ursi e nota di FRACCHIA, *Studio delle società "pubbliche" e rilevanza della prospettiva giuspubblicistica*, 38 ss.

⁴³ PERICU, in *Società di capitali, Commentario Nicolini-Stagno d'Alcontres*, Napoli, 2004, III, 1299.

generale - a differenza di quanto è avvenuto ancor di recente nel nostro sistema con la previsione per le società a "partecipazione pubblica rilevante" (381°-384° comma art. 1 l. 23 dicembre 2005, n. 266) di un regime speciale di aumento di capitale sostanzialmente espropriativo⁴⁴ che sulla necessità dei "motivi imperativi di interesse generale" (p.ti 32- 34),⁴⁵ dai quali aveva preso avvio la decisione della "golden share virtuosa"⁴⁶ nei confronti del Belgio.

L'influenza dello Stato nazionale in imprese privatizzate "nei servizi di interesse generale o strategico" a garanzia di "obblighi fondamentali di interesse pubblico" (causa C-503/99, *sub* p.to 43) è subordinata, nel "rispetto dell'autonomia di decisione dell'impresa", dall'onere (conclusioni Poiares Maduro, p.to 31), di "individuare gli interessi pubblici specifici meritevoli di tutela".

Appare dunque opportuno considerare, in una visione unitaria, attesa la delicatezza dei profili dell'autonomia di decisione dell'impresa e della tutela degli interessi pubblici, le diverse conclusioni dei rappresentanti dell'Avvocatura generale⁴⁷ la cui lettura è particolarmente significativa non solo per la funzione loro riconosciuta, di ovviare in via interpretativa ad un'eventuale laconicità della decisione⁴⁸ ma per la significativa evoluzione nell'approccio alla soluzione in

⁴⁴ ROSSI, (nt. 16), 19.

⁴⁵ Ricordano il costante orientamento della Corte di Giustizia ANDENAES-GÜTT-PANNIER, (nt. 16), 783.

⁴⁶ BALLARINO-BELODI, (nt. 4), 37.

⁴⁷ Sia permesso richiamare quanto osservato in *Dalla "golden share" alla "poison pill": evoluzione o involuzione del sistema? Da una prima lettura del 381°-384° comma dell'art. 1 l. 23 dicembre 2005, 11. 266*, in questa *Rivista*, 2006, I, 40.

⁴⁸ Hanno di recente utilizzato questo metodo, in una vicenda dove il rapporto disciplina comunitaria-intervento (non sempre felice) del legislatore nazionale è stato caratterizzato dal suo adeguamento all'orientamento della Corte di Giustizia, MASJERA, *L'"in house providing": una questione da definire*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, 850 ss.; ALBERTI, *Appalti in house, concessioni in house ed esternalizzazione*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2001, 495, Ricorda ora MUCCIARELLI, (nt. 23), 420 come nel caso Sevic le conclusioni dell'Avvocato generale Tizzano "ancor più della successiva sentenza, si confrontano con le questioni sistematiche e non solo giuspolitiche" sollevate dalla vicenda, mentre si sottolinea (MARIN, *Il signor Baldinger, la sua pensione di guerra e la cittadinanza europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2005, 592) che "il pregio e l'interesse delle conclusioni è che spesso esse costituiscono delle vere e proprie avanguardie nella giurisprudenza comunitaria: anche se la Corte decide di adottare soluzioni meno innovative rispetto a quelle proposte dagli avvocati generali, la direzione delle future evoluzioni della giurisprudenza è speso anticipata dagli avvocati generali".

quanto, pur non svolgendo (art. 222 del Trattato) una funzione decisionale (art. 222 del Trattato), l'avvocato generale assiste, in "una connessione organica e funzionale"⁴⁹, la Corte⁵⁰.

Nella tesi dell'avvocato generale Ruiz-Jarabo Colomber una ricostruzione delle origini dell'art. 295 del Trattato aveva permesso di concludere (p.to 91 cause C-367/98, C-483/99 e C-503/99) per una generale legittimità dei poteri speciali con la sola eccezione dell'art. 13 della legge portoghese (1. 5 aprile 1990, n. 11, 3° comma) che limitava l'acquisto di società privatizzate da parte di società a prevalente partecipazione estera.

La funzione dei poteri speciali di rappresentare "... une intervention publique dans l'activité de certaines entreprises visant à leur imposer des objectifs de politique économique" aveva indotto l'avvocato generale a sostenere che "ces prérogatives sont comparables à des formes de contrôle dont l'article 295 réserve l'aménagement aux États membres" anche se in precedenza (p.to 54) aveva sottolineato "que la distinction entre entreprises publiques et privée, au fin du traité, ne peut pas être fondée sur la simple composition de son actionariat, mais dépend de la possibilité qu'a l'État d'imposer certaines objectifs de politique économique, distincts de la recherche du profit maximum qui caractérise e "activité privée".

Anche se questo criterio sembrava configurare un diverso sviluppo dell'argomentazione condotta con riguardo all'esercizio di un'attività di interesse economico generale, nelle successive conclusioni (causa C-463/00, Commissione c. Spagna) lo stesso avvocato generale, rivendicando la funzione di assistere la Corte "nell'adempimento della sua missione"⁵¹, ne aveva criticato l'operato in quanto le sue sentenze "ignorano,

⁴⁹ TESAURO, *Riflessioni sull'esperienza di un avvocato generale*, in *Dir. un. eur.*, 1998, 5 ss.; MASTROIANNI, in Tizzano, (nt. 18), 1025.

⁵⁰ Per un'interessante fattispecie, CLEMENT-WILZ, *Une nouvelle interprétation de article 228-2 CE favorisée par le dialogue entre la Cour et son Avocat Général (Observations sur l'affaire Commission France, arrêt du 12 juillet 2005)*, in *Cahiers dr. eur.*, 2005, 726 ss.

⁵¹ Dopo aver ricordato (p.to 34) che suo ufficio, in attuazione dell'art. 222 CE è «presentare pubblicamente, con assoluta imparzialità e in piena indipendenza, conclusioni motivate sulle cause sottoposte alla Corte, per assistere quest'ultima nell'adempimento della sua missione" e che la sua "principale funzione ... è proporre alla Corte una soluzione che, oltre ad essere conforme al diritto, rispetti i postulati dialettici del ragionamento e della coerenza, giacché, in caso contrario, le decisioni giudiziarie sarebbero percepite come meri esercizi d'arbitrio e risulterebbero prive di forza persuasiva", l'avvocato generale così aveva concluso (p.to 35) "nell'adempimento di questo alto compito, devo segnalare alla Corte i punti deboli di fondamento delle sentenze 4 giugno 2002, consapevole dei rischi che implicherebbe con-

senza alcun motivo, l'applicabilità e la portata del citato art. 295 CE, il che non si può fare impunemente, neanche in nome delle libertà fondamentali, giacché detta disposizione, nell'economia del trattato, riveste la stessa importanza di tali libertà" (p.to 37).

Opponendosi anche in questo caso alla Commissione, l'avv. Ruiz Jarabo Colomber, nel riconfermare la propria interpretazione, aveva concluso che "se per continuità si intende la preoccupazione per la continuità dell'approvvigionamento, la solidarietà economica e sociale e la protezione degli interessi dei consumatori, è evidente che il regime è giustificato da una ragione imperativa d'interesse generale, diversa da qualsiasi finalità unicamente economica" osservando, quanto all'esercizio dei poteri speciali, che esso non era regolato in modo "più impreciso" del semplice richiamo agli "interessi nazionali nel settore dell'energia" come nel caso belga (p.to 43).

La Corte, dopo aver precisato i motivi (causa C-463/00, p.to 67) che non le permettevano di accogliere questa tesi, non avendo l'art. 295 CE "l'effetto di sottrarre i regimi di proprietà esistenti negli Stati membri ai principi fondamentali del trattato"⁵², ha riconfermato le caratteristiche peculiari dell'attività d'impresa nei settori del petrolio, delle telecomunicazioni ed elettrico.

Ma se la natura degli interessi tutelati dai poteri speciali ha permesso alla Corte di affermare, al fine di "garantire la sicurezza degli approvvigionamenti di tali prodotti o la fornitura di tali servizi", l'esistenza di "una ragione di pubblica sicurezza... e giustificare eventualmente un ostacolo alla libera circolazione dei capitali" (p. to 71), il conferimento di un potere discrezionale all'autorità di governo reso possibile dalla mancata indicazione delle "circostanze specifiche e obiettive di una previa autorizzazione" (p.to 74) era tale da non permettere "ai singoli di conoscere l'estensione dei loro diritti e dei loro obblighi derivanti dall'art. 56 CE, per cui un siffatto regime deve essere considerato contrario al principio della certezza del diritto" (p.to 75)⁵³.

A conclusioni diverse è ora pervenuto l'avvocato generale Poiares Maduro, nella controversia con l'Olanda, la prima di un contenzioso

templare la sua giurisprudenza con assoluta beatitudine, sotto una luce irrealistica che, non gettando ombre, la spoglia in definitiva di qualsiasi rilevanza».

⁵² GRUNDMANN-MÖSLEIN, (nt. 3), 67.

⁵³ Raffronta gli argomenti del governo spagnolo e della decisione, DEL MAR BUSTILLO SAIZ, (nt. 16), 484 ss.

comprensivo, oltre al caso "AEM", di altri procedimenti fra cui particolare interesse presenta la vertenza sulla legislazione tedesca degli anni '60 della "Volkswagen"⁵⁴ (causa C-112/05, discussa il 12 dicembre s.a.).

La prima situazione (caso AEM) è caratterizzata da un disinvolto uso da parte dell'ente pubblico locale, prima dello strumento dei poteri speciali e poi dell'art. 2449 c.c., per una maggior forza di quest'ultima norma, considerata fungibile rispetto ai poteri speciali come modificati nella loro riforma⁵⁵, in contraddizione con le esigenze di coerenza che devono informare, secondo la Corte di Giustizia, la condotta della componente pubblica nel corso di una privatizzazione sostanziale.

La seconda vicenda, come ricorda la Commissione⁵⁶, nasce da una normativa che non solo "prevents any shareholder from acquiring more than 20% of the voting rights and confirms a special blocking minority right on any shareholder who has 20% of voting rights" ma "additionally confers on the federal government and the Land of Lower Saxony a specific right of mandatory representation on the company's Supervisory Board, irrespective of the number of shares they hold"⁵⁷.

Nelle sue conclusioni, l'avvocato generale Poiarés Maduro, pur riconoscendo "un certo peso" (p.to 27) all'interpretazione dell'art. 295

⁵⁴ Il documento di lavoro della Commissione del 22 luglio 2005 "*Special rights in privatised companies in the enlarged Union—a decade full of developments*", osserva, a p. 13, che "moreover, Italy and Spain have amended the framework privatisations laws that the Court found unlawful following infringement procedures launched in 1988. Both these countries have significantly scaled down the scope of special rights following the Court rulings".

⁵⁵ Sottolinea l'evoluzione del sistema, SPATTINI, (nt. 16), 220 ss.

⁵⁶ Cfr. il documento di lavoro (nt. 54), 12.

⁵⁷ Su questa parziale privatizzazione originata dall'imputazione ad una fondazione di una quota della partecipazione del partito nazional-socialista v. KÄMMERER *Privatisierung*, Tübingen, 2001, 75; STORR, *Der Staat als Unternehmer*, Tübingen, 2001, 21 ss.; KRAUSE, *Von "goldenen Aktien" dem VW-Gesetz und der Übernahmerrichtlinie*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, (NJW), 2002, 2747, e i commenti all'epoca di BANFI, *Alcuni esperimenti di privatizzazione di imprese pubbliche*, in *Riv. soc.*, 1957, 947 ss. e, ampiamente, MERUSI, *Osservazioni in tema di privatizzazioni di imprese di Stato nella Repubblica Federale tedesca*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1962, 602 ss. Per un quadro degli interventi legislativi sia nel dopoguerra che nelle fasi successive nella rappresentanza dei lavoratori negli organi societari, BONELLI, *Partecipazione operaia e diritto dell'impresa*, Milano, 1983, 235 ss.

Per una ricostruzione delle vicende della Volkswagen, FERRARIS FRANCESCHI, *Analisi comparata di alcune esperienze di privatizzazione in Europa: Italia e Germania*, in AA.VV., *Privatizzazioni e problemi di governance (esperienze a confronto: il caso tedesco)*, Torino, 2002, 12 ss.; GRUNDMANN-MÖSLEIN, (nt. 3), 287; DEL MAR BUSTILLO SAIZ, (nt. 16), 499.

CE del suo predecessore ha condiviso l'orientamento della Corte (C-463/00) inteso ad escludere⁵⁸ l'utilizzazione da parte degli Stati membri dei "regimi di proprietà... per giustificare ostacoli alle libertà previste dal trattato, derivanti dai privilegi che accompagnano la loro posizione di azionisti in un'impresa privatizzata"⁵⁹.

Alla base del diverso atteggiamento è la "sintonia" della Corte di Giustizia "con la sua giurisprudenza in altri settori, in cui si pongono questioni quanto ai limiti imposti allo stato quando esso agisce come operatore di mercato. Quando uno Stato decide di liberalizzare un certo settore del mercato, esso deve agire in *modo coerente* con tale decisione" (p.to 28).

Sottolineando questo profilo, destinato ad assumere sempre maggiore rilevanza nel giudizio comunitario di conformità, l'Avvocato generale ha infine concluso: "tale esigenza di coerenza deriva dalla necessità di garantire che lo Stato agisca conformemente tanto al funzionamento del mercato quanto agli sviluppi politici" (p.to 28).

Non è difficile rilevare come la conclusione corrisponda, sia negli argomenti a sostegno del cambiamento d'indirizzo che nella tesi finale, all'indirizzo della Commissione quando, tenuto conto dei problemi posti ai poteri speciali dall'allargamento dell'Unione⁶⁰, aveva au-

⁵⁸ In questa decisione, come già ricordato, la Corte, ricollegandosi alla propria giurisprudenza, aveva ricordato (p.ti 66-61) che se "non possono essere negate le preoccupazioni che, a seconda le circostanze, possono giustificare che gli Stati membri conservino una certa influenza sulle imprese inizialmente pubbliche e successivamente privatizzate, qualora tali imprese operino nei settori dei servizi di interesse generale o strategici... (esse) non possono tuttavia permettere agli Stati membri di far valere i loro regimi di proprietà, come considerati all'art. 295 CE, per giustificare ostacoli alle libertà previste dal trattato, derivanti dai privilegi che accompagnano la loro posizione di azionisti in un'impresa privatizzata. Infatti il detto articolo non ha l'effetto di sottrarre i regimi di proprietà esistenti negli Stati membri ai principi fondamentali posti dal Trattato (v. sentenze Commissione/Francia, p.to 44 c Commissione Belgio, p.to 44)".

⁵⁹ Sulle conseguenze di carattere "pratico immediato" della giurisprudenza comunitaria nell'ordinamento spagnolo, M. DEL MAR BUSTILLO SAIZ, (nt. 16), 496.

⁶⁰ Indicative dei problemi che si pongono per gli Stati dell'Europa centro-orientale, in un quadro più ampio (su cui PERROTTA, *Il diritto antitrust nei nuovi paesi comunitari*, in *Quaderni sc. eur.*, 2004, 27 ss.), sono le affermazioni per la Polonia del ministro del Tesoro, Socha (in *The economist* del 6 novembre 2004, 68 sotto il titolo "*Business in Poland. Who is in charge The latest reminder that politics and business are never far apart in Poland*") per le decisioni di veto in "strategic firms" quali le società del settore dell'energia che avevano provocato il commento: "While he claims that these do not fall foul a recent ruling by the European Court of Justice against government "golden shares" in national champions, the bleak track record of Polish privatisations does not inspire confidence". La Commissione (nt. 53, 16) dopo aver

spicato che le future decisioni della Corte "will further refine the interpretation of the Treaty".

Si conferma in tal modo la soluzione adottata nei confronti della legislazione belga, non in quanto collegata alla proprietà del capitale sociale ma perché funzionale "to the use of means and installations with a view to ensuring compliance with the public service obligations incumbent on the companies concerned, namely the safeguarding of energy supplies in the event of a crisis"⁶¹.

Il superamento della tesi dell'inapplicabilità dell'art. 56 del Trattato "in quanto, nella sua qualità di azionista... lo Stato agisce come un operatore di mercato e non come un'autorità pubblica" e la "golden share" opererebbe come uno strumento riconosciuto allo Stato come "azionista privato" che si sarebbe solo "avvalso delle possibilità offerti dal diritto societario allo stesso modo di altri soggetti" (p.ti 19-24), ha permesso all'Avvocato generale di concludere, dopo aver accentuato l'obbligo per gli stati membri di "individuare gli interessi pubblici meritevoli di tutela" (p.to 31) che "l'interesse di salvaguardare l'adeguata prestazione di un servizio postale universale può costituire un motivo imperativo di interesse generale" (p.to 36).

5. I motivi di "ordine pubblico o di pubblica sicurezza" (art. 58 del Trattato) e la "rete" nel servizio di interesse economico generale, elemento che non risponde "ad una logica puramente commerciale" (Corte di Giustizia C-83/01, caso "Chronipost")

Se il riferimento dell'avvocato generale al precedente "Corbeau" (causa C-320/91) e alla natura di servizio di interesse economico generale del servizio postale universale (p.to 36) appare scontato, pur se in un momento nel quale il rapporto tra libera concorrenza e servizio

ricordato che "In Poland the authorities retained special rights postprivatisation in about 77 companies, of which 61 were in the sugar industry. The remaining companies were active mostly in the tobacco, pharmaceuticals and car manufacturing industries" ha specificato (ivi, 20) "Poland phased out some of the special rights identified during the screening process. However, at the same time, it continued imposing specific conditions on the new owners of the privatized companies" specie nel settore elettrico e dell'approvvigionamento delle fonti di energia.

⁶¹ Commission Staff Working Document, (nt. 53), 11-12.

pubblico appare particolarmente delicato per la ripresa di forme di nazionalismo economico⁶², un elemento di novità è rappresentato dal richiamo (p. to 36 *sub* nota 20) "per analogia" a quanto deciso nelle cause riunite "Radiosistemi" (C-388/00 e C-429/00).

Ripercorrendo il contenuto di questa pronunzia, ricordata anche dalla Corte in via di "analogia" (p.to 38), la genericità che sembra, almeno ad una prima lettura, caratterizzare il rinvio acquista un significato più preciso in riferimento alla tutela delle "esigenze imperative attinenti al buon funzionamento della rete pubblica di telecomunicazioni" (p.to 44).

Nella specie, in presenza di un divieto nazionale di commercializzazione di apparecchiature radio e di telecomunicazione prive di un contrassegno di omologa nazionale, la deroga al principio della libera circolazione delle merci era stata ammessa, in via di principio, ai fini di prevenire ed eliminare disturbi alle radiotrasmissioni, sia dall'avvocato generale (p.to 37 conclusioni del 21 febbraio 2002) che dalla Corte di Giustizia.

Mentre per il primo "le deroghe... o perché si applica l'eccezione di cui all'art. 30 CE o perché vi sono esigenze imperative di interesse generale" devono rispondere a requisiti di necessità e proporzionalità non ricorrenti nel caso non essendo consentito "agli operatori economici... di provare in altro modo che l'apparecchio soddisfa i requisiti di un appropriato impiego delle frequenze" (p.to 38), la seconda riconosce (p.to 44), "che l'omologazione nazionale delle apparecchiature radio è di natura tale da essere giustificata da considerazioni di pubblica sicurezza nonché da esigenze imperative attinenti al *buon funzionamento della rete pubblica di telecomunicazioni*"⁶³.

⁶² CINTIOLI, (nt. 13), 487, che, a conclusione dell'evoluzione della "tendenza ad accentuare il profilo sociale nell'istituto giuridico dei servizi di interesse economico generale, nel presupposto che la proporzionalità debba essere guidata dall'esigenza di assicurare all'impresa onerata degli obblighi di servizio pubblico condizioni economiche accettabili", osserva: "La questione delle grandi reti di trasmissione dei servizi di interesse economico generale resta ancora indefinita tra nuovi e vecchi monopolisti pubblici. La sorte del rapporto tra servizi di interesse economico generale, da un lato, e libera concorrenza, dall'altro, sembra anch'essa confusa nel susseguirsi di dichiarazioni obiettivamente contrastanti: le une volte a sottolineare la svolta verso la concezione di servizi di interesse economico generale collegati a *fundamental rights*, secondo una logica neokeynesiana: le altre costanti nel sottolineare che solo il mercato può dare servizi di interesse economico generale di qualità, a prezzi bassi ed accessibili al numero maggiore possibile di cittadini UE".

⁶³ Sull'organizzazione e la disciplina del mercato delle strutture monopolistiche di rete, GRILLO, *Infrastrutture a rete e liberalizzazione delle public utilities*, in *Le virtù della concorrenza (Regolazione e mercato nei servizi di pubblica utilità)*, a cura di DE VINCENTI

L'affermazione di maggior interesse per individuare la linea di evoluzione della Corte è il riconoscimento che "la garanzia di un servizio di interesse generale, come il servizio postale universale, può rappresentare una ragione imperativa di interesse generale in grado di giustificare una limitazione alla libera circolazione dei capitali" (p.to 38), che rappresenta, al momento, il punto d'arrivo della giurisprudenza comunitaria nella ricostruzione dei poteri speciali.

Le argomentazioni della Corte, esaminate nello stesso ordine in cui sono state formulate, possono essere tradotte nella seguente scala di valori:

a) Un primo aspetto attiene all'irrilevanza del mero interesse finanziario dello stato membro ad essere titolo sufficiente per una deroga alla normativa comunitaria.

Nella sentenza contro il Portogallo (causa C-367/98) il riferimento ad obiettivi di politica economica nazionale (art. 3 l. 5 aprile 1990, n. 11), tali da legittimare la tutela degli "interessi patrimoniali dello Stato e valorizzare gli altri interessi nazionali" (ivi, lett. f), è stato considerato in contrasto con la giurisprudenza comunitaria per la quale motivi di natura economica non legittimano gli stati membri a porre ostacoli (p.to 52) permettendo alla Corte di richiamarsi ad una sua consolidata interpretazione.

Si è quindi negato sia che "obiettivi di politica economica" (art. 3, cit.) che le ulteriori finalità quali "la scelta di un partner strategico, il rafforzamento della struttura concorrenziale del mercato... nonché la modernizzazione e il rafforzamento dell'efficacia dei mezzi di produzione" (p.to 52) possano rappresentare interessi in grado di "costituire giustificazione delle restrizioni alla libertà fondamentale".

b) Sempre in questa chiave di lettura, il pensiero della Corte sulle ragioni imperative di interesse generale, richiama l'attenzione, per le implicazioni che ne conseguono, al rinvio effettuato in tema di *golden share* (p.to 32), oltre all'art. 58 CE, al principio affermato nel caso "Manninen" del 7 settembre 2004 (causa C-319/02, p.to 29).

In questa decisione, resa in tema di restrizioni al regime sui crediti d'imposta sui dividendi, la Corte ha giustificato per "motivi imperativi di interesse generale" una deroga alle regole comunitarie intesa a "salvaguardare la coerenza del regime tributario" anche se poi l'affermazione non ha trovato applicazione nel caso concreto.

Solo la difesa della struttura del sistema, argomento che non coincide né con l'esigenza di impedire la riduzione del gettito tributario né con il semplice timore della sua riduzione (situazioni che non legittimano un provvedimento in contrasto con una libertà fondamentale secondo quanto affermato rispettivamente nella causa C-136/00 del 3 ottobre 2002⁶⁴ e nelle decisioni C-35/98 del 6 giugno 2000 (*sub p.to* 59), C-422/01 del 26 giugno 2003 (*sub p.to* 53) e, da ultimo, C-446/03 del 13 dicembre 2005 (*sub p.to* 44), giustifica una "normativa restrittiva... (che) persegue obiettivi legittimi, compatibili con il Trattato e rientranti tra i motivi imperativi di interesse generale... idonea a garantire la realizzazione dei detti obiettivi" (causa C-446/03 cit., p.ti 45-51).

Il richiamo alla decisione "Manninen", è poi integrato da un'ulteriore valutazione riconoscendosi l'idoneità, nella distinzione tra "trattamenti diseguali" (consentiti dall'art. 58, n. 1 lett. a) e "discriminazioni arbitrarie" (vietate dal n. 3), di una normativa restrittiva la cui assenza avrebbe compromesso "sensibilmente *un'equilibrata ripartizione del potere impositivo tra gli Stati membri*, dato che la base imponibile si troverebbe aumentata per il primo Stato e ridotta nel secondo, considerate le perdite trasferite" (causa C-446 cit. *sub p.to* 46)⁶⁵.

In tal modo, oltre a sottolineare nel loro contesto le condizioni di un regime di deroga rappresentate dall'assenza di misure comunitarie di armonizzazione "che indichino i provvedimenti necessari a garantire la tutela" di interessi generali, si conferma l'attenzione della Corte a questo profilo anche in altri settori, quali la libera prestazione di servizi, come ricorda la decisione sulla "golden share" olandese, quando ammette limiti nelle "legislazioni nazionali che si giustifichino per le ragioni di cui all'art. 46, n. 1 CEE, in combinato disposto con l'art. 55 CE o per ragioni imperative di interesse generale" (p.to 32, in particolare

⁶⁴ Riassumendo il proprio orientamento la Corte ha ricordato (p.to 56), che "l'esigenza di impedire la riduzione del gettito tributario non rientra né tra i motivi enunciati dall'art. 56 del trattato CE... né tra i motivi imperativi di interesse pubblico...".

⁶⁵ Nelle conclusioni l'Avvocato generale Poiars Maduro dopo aver affermato (p.to 37) che "il compito della Corte non consiste nel contestare qualsiasi regola di origine statale che produca effetti indiretti o puramente aleatori sull'esercizio delle libertà di circolazione. Alla Corte non compete sindacare le scelte politiche operate dagli Stati membri" ha aggiunto significativamente "il controllo giurisdizionale delle misure atte a impedire, ostacolare o scoraggiare l'esercizio delle libertà di circolazione è diretto semmai ad impedire che nell'operare tali scelte si tenga conto dell'impatto che esse possano avere sulle situazioni di natura transnazionale".

quando si richiama, collocandosi in questo filone giurisprudenziale, al p.to 43 della decisione 15 giugno 2006, causa C-255/04).

c) Una volta delimitate le situazioni che non giustificano in nessun modo l'introduzione di poteri speciali⁶⁶, il punto della decisione del 28 settembre su cui appare opportuno richiamare l'attenzione è rappresentato dall'affermazione che "in mancanza di tale armonizzazione comunitaria, spetta in linea di principio agli Stati membri decidere il livello al quale intendono garantire la tutela di tali legittimi interessi, nonché il modo in cui questo livello deve essere raggiunto" (p.to 33).

6. "Ragione imperativa di interesse generale" e "proporzionalità delle misure restrittive" in funzione delle esigenze della rete.

L'esame dell'argomentazione della Corte si deve spostare, di conseguenza, nella ricerca del criterio seguito per identificare una "ragione imperativa di interesse generale" e per l'esame di proporzionalità delle misure restrittive.

La Corte, dopo aver riaffermato che "la garanzia di un servizio di interesse generale, come il servizio postale universale, può rappresentare una ragione imperativa di interesse generale in grado di giustificare una limitazione alla libera circolazione dei capitali" (p.to 38), ha concluso con un giudizio negativo sulla legittimità della disciplina nazionale in quanto, come già nella legislazione spagnola, la "*golden share*... va tuttavia al di là di ciò che è necessario per garantire la *solvibilità* e la *continuità* del fenomeno".

Se la prima affermazione è conferma di un orientamento, il riconoscimento della finalità dei poteri speciali di rappresentare, almeno secondo gli argomenti a difesa del regime nazionale, la "garanzia" delle "condizioni di solvibilità e (del)la continuità" di un servizio di interesse generale, si presta, data la possibile equivocità degli argomenti a sostegno, ad alcune considerazioni anche in relazione al più ampio dialogo riaperto nell'occasione dalla Corte con l'Avvocato generale (p.to 40).

Nella giurisprudenza comunitaria la natura di interesse generale del

⁶⁶ Indicativa delle incertezze che si possono proporre sotto questo profilo è la ricostruzione in tema di "coerenza del regime fiscale" dell'Avvocato generale Kokott nelle conclusioni della causa "Manninen" (p.to 51), ricordata dalla decisione che si commenta.

servizio postale universale, riconosciuta dalla decisione "Corbeau" che ha sottolineato il profilo *sociale* dei servizi di interesse economico generale⁶⁷ è stata riaffermata in controversie (C-83/01, C-93/01, C-94/01 del 3 luglio 2003) sorte sulla possibile configurazione come aiuto di stato dell'assistenza logistica e commerciale di un ente pubblico (La Poste) operante in regime di monopolio legale nel settore della posta ordinaria, in favore di una società controllata non operante in un settore riservato⁶⁸.

Nel caso, una società di diritto privato la SFMI, il cui capitale sociale era suddiviso fra una società finanziaria, Sofipost (66%) partecipata totalitariamente dall'ente pubblico e una società (Tat Express) controllata della compagnia aerea "Transport aérien transregional" per la quota residua (34%) aveva operato come affidataria della gestione del servizio di corriere espresso prima della costituzione di una nuova società (Chronopost), partecipata nella stessa misura dai soci originari per la sola attività di corriere espresso interno.

Confutando la tesi del Tribunale di primo grado⁶⁹, intesa a gravare la Commissione dell'onere di verificare che "la contropartita ricevuta da La Poste fosse paragonabile a quella richiesta da una società finanziaria privata o da un gruppo privato di imprese che non opera in un servizio riservato" (p.to 32) la Corte ne aveva sottolineato l'erroneità, in quanto non si era tenuto "conto... che un'impresa come La Poste si trova in una situazione molto diversa da quella di un'impresa privata operante in condizioni normali di mercato" (p.to 33).

In quanto soggetto incaricato di un servizio di interesse economico generale l'impresa pubblica si era dovuta dotare di una "rete postale" (infrastruttura e mezzi) che non risponde "ad una logica puramente commerciale" ma era condizione necessaria per fornire "il servizio postale di base a tutti gli utenti anche nelle zone poco popolate, nelle quali le tariffe non coprivano i costi sopportati per la fornitura del servizio" (p.ti 34-36).

L'impossibilità di un paragone tra l'impresa pubblica e imprese private che non operino in un settore riservato ha portato la Corte ad

⁶⁷ CINTIOLI, (nt. 13), 468.

⁶⁸ Sull'evoluzione della giurisprudenza nei casi "Ferring" e "Altmark", FRATINO-FILPO, *I nuovi sviluppi giurisprudenziali sul concetto di aiuto di Stato: dalla formula Altmark al paradosso del monopolista-concorrente di Chronopost*, in *Contratto e impresa/E*, 2003, 1214 ss.; FRATINI-CARTA, *Chronopost c. UFEF: la Corte di giustizia UE e le "relazioni pericolose" fra settori riservati e mercati aperti alla concorrenza*, in *Dir. comm. int.*, 2004, 361 ss.

⁶⁹ Per un richiamo critico a questa decisione, CINTIOLI, (nt. 13), 468.

una diversa utilizzazione del criterio dell'"investitore privato" e delle "condizioni normali di mercato" in "riferimento agli elementi obiettivi e verificabili... disponibili" quali i "costi sopportati da La Poste per la fornitura alla propria controllata di un'assistenza logistica e commerciale" (p.ti 37-40)⁷⁰, criterio ora ripreso dal c.d. "Pacchetto Monti" per la compensazione di oneri di servizio pubblico⁷¹.

La connessione tra servizio di interesse generale e realizzazione di una rete che, non essendo "una rete di mercato... non sarebbe mai stata costituita da un'impresa privata" (p.to 36) oltre a superare, nel filone della giurisprudenza "Altmark"⁷², il profilo se una sovvenzione ricevuta da un'impresa esercente un servizio pubblico costituisca un aiuto ovvero una legittima compensazione per i maggiori oneri sopportati⁷³ ha giustificato, per la mancanza di una situazione di mercato comparabile, l'adozione del criterio residuale dei costi per la fornitura del servizio.

Ma la diversità delle situazioni di fatto alla base delle pronunzie nella valutazione dell'elemento del vantaggio insito nel concetto di aiuto di Stato (caso "Altmark" in riferimento ad una situazione di mercato nel confronto con un operatore comparabile; caso "Chronopost", assenza di un mercato comparabile e necessità di un criterio residuale) sottolinea come le vicende che caratterizzano la situazione

⁷⁰ La Corte ha dunque accettato l'impostazione dell'Avvocato generale Tizzano che aveva ritenuto (p.to 58) di poter "escludere la concessione di un aiuto di Stato in favore di SFMI-Chronopost qualora la contropartita richiesta coprisse tutti i costi aggiuntivi, fissi e variabili, specificamente sostenuti da La poste per poter fornire l'assistenza logistica e commerciale (c.d. costi diretti) ed una parte adeguata dei costi fissi derivanti dal mantenimento della rete postale pubblica (c.d. costi comuni, sopportati sia per l'assistenza di cui trattasi che per la fornitura del servizio universale). In tal modo, si potrebbe infatti verificare se le economie di scala derivanti dall'utilizzazione della rete postale pubblica di La Poste siano state poste ad esclusivo vantaggio di SFMI-Chronopost e se quest'ultima abbia (o meno) contribuito *pro quota* alla copertura dei costi sopportati da La Poste per il mantenimento di tale rete".

⁷¹ FILPO, *La nuova disciplina comunitaria in materia di aiuti di Stato per la compensazione di oneri di servizio pubblico*, in *Contratto e impresa/E*, 2006, 523 ss.

⁷² MEROLA-MEDINA, *De l'arrêt Ferring à l'arrêt Altmark: continuité ou revirement dans l'approche du financement des services publics*, in *Cahiers dr. eur.*, 2003, 685 ss.

⁷³ Sulla giurisprudenza della Corte, MARINO, *Gli aiuti di Stato nella recente giurisprudenza comunitaria (2000-2005)*, in *Dir. un. eur.*, 2006, 622 ss. e per un'interpretazione dell'ultimo documento della Commissione l'analisi di OSTI, *Di alcuni problemi degli aiuti di Stato*, in *Mercato concorrenza regole*, 2006, 434 ss. Esaminano i criteri di compensazione degli oneri legati alla specifica missione FRATINI-FILPO, *Verso una nuova disciplina comunitaria in materia di aiuti di Stato per la compensazione di oneri di servizio pubblico*, in *Rass. giur. en. el.*, 2005, 15 ss.

siano proprie delle "network industries"⁷⁴, dove "la disponibilità di una rete non duplicabile, costruita e gestita secondo criteri non necessariamente economici, conferisce alla fattispecie caratteristiche peculiari, prive di un benchmark sul mercato"⁷⁵.

Il legittimo esercizio dei "poteri speciali" a tutela di un servizio di interesse generale comporta l'esame, per le conseguenze del limite alla libera circolazione dei capitali, del collegamento fra "golden share" e disciplina dei servizi pubblici a rete nei settori della comunicazione⁷⁶, dell'energia⁷⁷, dei trasporti⁷⁸, dei servizi postali⁷⁹, e, infine, della "risorsa" acqua⁸⁰.

Come ricorda la Corte quando osserva, nell'esame della legislazione olandese, che "la golden share... va al di là di ciò che è necessario per garantire la solvibilità e la continuità del fornitore del servizio postale universale" (p.to 39), l'introduzione nei regimi nazionali dei poteri speciali comporta che l'analisi dei temi propri dei servizi a rete, delle regole di accesso alle infrastrutture⁸¹ e dal modo con cui deve operare l'intervento pubblico nell'ambito dei "nuovi" servizi privatiz-

⁷⁴ Sul ruolo "epistemologico" della rete rilevante non solo come "nozione giuridica autonoma, ma anche strumento per la comprensione e sistematizzazione della complessità" DI PORTO, *Reti al centro del diritto e del mercato*, in *Il Sole-24 Ore* del 18 giugno 2006. Interessanti sviluppi si possono trarre dall'esame del processo di privatizzazione in settori con Struttura a rete di FERRARIS FRANCESCHI, (nt. 57), 22 ss.

⁷⁵ Sui servizi a rete, AA.VV. *I servizi pubblici a rete in Europa*, a cura di Ferrari, Milano, 2000; FRATINI-FILPO, (nt. 68), 1218; e i contributi di AA.VV. in De Vincenti-Vigneri (nt. 63), 261 ss.; MUNARI, *Il nuovo diritto dell'energia: il contesto comunitario e il ruolo degli organi europei*, in *Dir. un. eur.*, 2006, 896.

⁷⁶ PEREZ, *Telecomunicazioni e concorrenza*, Milano, 2002, 181 ss. e in precedenza A.A.VV., *Accesso e interconnessione*, in *La disciplina giuridica delle telecomunicazioni*, a cura di Bonelli-Cassese, Milano, 1999, 169 ss.

⁷⁷ RANCI, *La sicurezza delle forniture di energia*, in De Vincenti-Vigneri, (nt. 63), 261 ss.; MACCHIATI, *Liberalizzazione del settore elettrico, poteri locali e sindrome Nimby: un mosaico di difficile composizione*, ivi, 335 ss.; VETRÒ, *Il servizio pubblico a rete (l'esempio paradigmatico dell'energia elettrica)*, Torino, 2005, 51 ss.

⁷⁸ CARDI, (nt. 31), 190 ss.; COCO-PONTI, *Riflessioni per una riforma della regolazione nel settore autostradale*, in De Vincenti-Vigneri, (nt. 63), 307 ss.

⁷⁹ FLORE, *L'utente del servizio postale fra strumenti di tutela privatistici e pubblicistici*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2004, 505 ss.

⁸⁰ Sulla salvaguardia della risorsa "acqua", POTOTSCHINIG, in *Commentario alle disposizioni in materia di risorse idriche (leggi 5 gennaio 1994, nn. 36 e 37)*, a cura di Pototschnig-Ferrari, Padova, 2000, 5 ss.; per una descrizione del sistema, MAZZOLA, *L'approvvigionamento idrico primario*, in De Vincenti-Vigneri, (nt. 63), 323 ss.

⁸¹ Da ultimo BRUTI LIBERATI, *La regolazione pro-concorrenziale dei servizi pubblici a rete (il caso dell'energia elettrica e del gas naturale)*, Milano 2006, 99 ss.

zati⁸², deve essere preceduta dall'accertamento del significato dell'espressione "garanzia di un servizio di interesse generale" (p.to 38). Ciò per evitare che l'utilizzazione dei "diritti speciali per difendere interessi generali" si traduca nel "rischio che lo Stato... utilizzi i suoi diritti speciali per perseguire interessi non coincidenti con quelli economici della società interessata (in modo da) scoraggiare investimenti diretti o di portafoglio nella società stessa"⁸³ (p.ti 28-30).

Sotto questo profilo l'ambiguità degli argomenti portati a difesa del regime nazionale non ha consentito alla Corte di fare ulteriori passi in avanti rispetto alla decisione nei confronti del Belgio che resta, ad oggi, il momento di riferimento per un giudizio di legittimità dei "poteri speciali".

Sostenere infatti, come ha fatto il governo olandese per la TPG⁸⁴ che "le golden share... consentono di proteggere la solvibilità e la continuità della società... unica impresa in grado di fornire un servizio postale universale al livello e alla qualità richiesta dalla legge..." (così viene riassunta dall'Avvocato generale (*sub* p.to 35) la linea di difesa), ha significato solo esporsi ad un rilievo preliminare della Corte (p.to 40) che ha impedito la ricerca, in termini di compatibilità comunitaria, delle (eventuali) ragioni del regime speciale.

Ma anche se la Corte ha aderito alla critica dell'avvocato generale su una "golden share" non circoscritta alle sole "attività della TPG... come prestatrice di un servizio postale universale" e ad un "utilizzo di tali diritti speciali (che) non si basa su alcun criterio specifico e non richiede motivazione, cosicché è impossibile un effettivo controllo giurisdizionale" (p.to 40), uno spunto utile per individuare, nel settore dei servizi di interesse economico, i limiti di un'alternativa alla "golden share" è rap-

⁸² IANNIELLO, (nt. 33), 232, dopo aver ricordato la diversa incidenza del processo tecnologico nei "settori di monopolio naturale, determinando differenze sostanziali quanto alla possibilità di ingresso nei relativi mercati di nuove imprese e di mantenimento dello stesso assetto concorrenziale", osserva che la convivenza delle regolamentazione generalistica e settoriale per i servizi a rete coinvolgono interessi ulteriori e diversi assumendo "varie forme ed intensità, a seconda delle diverse strutture dei mercati e del grado attribuito agli interessi e ai valori che attraverso l'erogazione di quelle attività si intendono soddisfare".

⁸³ Per una fattispecie significativa, Corte di giustizia 5 ottobre 2004, causa C- 442/02, in *Dir. banca merc. fin.*, 2006, I, 679, con nota di ROTONDO, *Divieto di remunerazione dei fondi a vista e libertà di stabilimento nel settore bancario. Il "caso" della legge francese: tra residui di archeologia legislativa e neoprotezionismo finanziario*, ivi, 683 ss.

⁸⁴ Per KPN lo stesso governo olandese non aveva invece invocato alcun "obiettivo di interesse generale" che potesse servire da giustificazione.

presentato dalla condivisione da parte dell'Avvocato generale (p.to 38), dei rilievi della Commissione sulla mancata ricerca nell'ordinamento nazionale di un "adeguato funzionamento di un servizio postale universale" ottenuto "con mezzi più appropriati e meno restrittivi, conformemente alla cornice normativa comunitaria in tale settore".

Quest'ultimo profilo suggerisce di riesaminare, pur nella difficoltà di circoscrivere i confini dei servizi di interesse economico generale⁸⁵, le discipline nazionali dei poteri speciali già passate al vaglio della Corte per delimitare i "casi in cui l'intervento... è necessario per ragioni imperative di interesse generale" o "per garantire il servizio postale universale..." (p.to 44).

La legislazione belga, oltre a riconoscere al Ministro dell'energia "il diritto di opporsi a qualsiasi cessione, assegnazione a titolo di sicurezza o cambiamento della destinazione delle canalizzazioni della società (SNTC)... grandi infrastrutture di trasporto interno di prodotti energetici... qualora... ritenga che... rechino pregiudizio agli interessi nazionali nel settore dell'energia" (art. 3 r. d. 10 giugno 1994), prevede la partecipazione nel consiglio di amministrazione, a titolo consultivo, di due rappresentanti del governo legittimati a ricorrere (art. 4), entro "quattro giorni lavorativi" al Ministro per l'annullamento delle decisioni "che ritengono contrastare con gli orientamenti della politica energetica del paese, comprese le finalità del governo relative all'approvvigionamento di energia del paese".

Il condizionamento alla libertà d'esercizio d'impresa collegato alle vicende traslative, di cessione in garanzia e di cambiamento della destinazione delle infrastrutture di trasporto dell'energia, appare dettato a tutela dell'interesse della collettività nazionale ad una politica energetica necessaria per garantire l'approvvigionamento di energia consentendo "allo Stato di intervenire per assicurare, in una situazione determinata, l'osservanza degli obblighi di servizio pubblico" (p.to 52).

Una volta accertata la finalità di garantire la sicurezza dell'approvvigionamento di energia in caso di crisi la Corte, mentre non ha ritenuto di dover esaminare (p.to 56) l'argomento del governo belga sull'interpretazione del n. 2 dell'art. 90 del Trattato (ora 86) data dalla decisione C-202/88 del 19 marzo 1991, ha respinto il rilievo della Commissione sulla violazione del diritto di stabilimento, enunciando

⁸⁵ CARTEL, (nt. 13), 1233.

un principio generale sull'esercizio dei poteri speciali.

Sotto il primo aspetto (rilevanza dell'art. 86 e non più del solo art. 53 del Trattato), l'incompatibilità delle regole della concorrenza con l'assolvimento del servizio di interesse economico generale espressione, secondo la tesi del governo belga (come riassunta al p.to 34), "di un principio generale, secondo cui le norme del Trattato devono subire eccezioni quando siano minacciati interessi legati alle missioni dei servizi di interesse generale" è stato invece esaminato dalla Corte nella decisione contro la Spagna.

La Corte, dopo aver riconfermato la sua giurisprudenza (p.to 82) sulla funzione dell'art. 86, n. 2 che, "in combinato disposto con il n. 1 mira a contemperare l'interesse degli Stati membri ad utilizzare determinate imprese, segnatamente del settore pubblico, come strumento di politica economica o sociale con l'interesse della Comunità all'osservanza delle regole di concorrenza e al mantenimento dell'unità del mercato comune", ha precisato l'obbligo per lo Stato, che nel caso non era stato soddisfatto, di "esporre in maniera circostanziata le ragioni per cui, in caso di abolizione dei provvedimenti contestati, risulterebbe a suo parere pregiudicato l'assolvimento, in condizioni economicamente accettabili, delle funzioni di interesse economico generale di cui ha incaricato un'impresa".

Conclusione che sembra indicare un'evoluzione dell'orientamento della Corte, per quanto attiene la rilevanza delle regole di gestione del mercato, alternative alla gestione diretta di cui la partecipazione pubblica è sempre stato il tradizionale indice rappresentativo.

7. La giurisprudenza della Corte di giustizia nei più recenti interventi nazionali: a) la legislazione francese dell'energia (art. 39 l. n. 2006-1537 del 7 dicembre 2006) b) la legislazione italiana sui poteri speciali (dall'art. 2 l. 30 luglio 1994, n. 474, ai comma 227-231 l. 24 dicembre 2003, n. 350) e il sistema degli artt. 2449-2451 c.c. - c) L'interesse pubblico nell'art. 2449 c.c. e la normativa comunitaria

Sulla giustificazione del limite al diritto di stabilimento per "motivi di ordine pubblico o di pubblica sicurezza" (art. 58 del Trattato) la Corte, nella comparazione delle diverse esigenze, aveva concluso nella decisione contro il Belgio per la legittimità di un regime di tutela (p.ti 43-

59) motivato, come ha ora sottolineato la relazione Poniatowski⁸⁶ nel dibattito politico in Francia sulla riforma del settore dell'energia, dalla sicurezza degli approvvigionamenti energetici.

Diverse nella loro struttura normativa erano sul punto l'impostazione spagnola e l'esperienza francese, dettata all'epoca per la "action spécifique"⁸⁷.

Il regime spagnolo dei poteri speciali, anche se collegato alla privatizzazione delle imprese di "prestazione di servizi essenziali o di servizi pubblici formalmente definiti tali" o "soggette per legge e per motivi di interesse generale ad uno specifico regime amministrativo di controllo" o, infine, in quanto caratterizzate da una "esenzione totale o parziale dalle regole di libera concorrenza ai sensi dell'art. 90" del Trattato (art. 1 l. n. 5 del 1995), ne aveva permesso l'applicazione, anche per considerazioni di "ordine puramente economico o amministrativo, nei confronti di imprese che operavano in settori disciplinati dal diritto comune della concorrenza (la Tabacalera s.p.a. e la Corporación Bancaria de España s.a., gruppo di banche commerciali del settore bancario tradizionale).

Una volta disattesa la tesi che giustificava il regime speciale con il richiamo a generiche "ragioni imperative di interesse generale collegate a bisogni strategici nonché alla necessità di garantire la continuità dei servizi pubblici" (p.to 70 causa C-463/00) la Corte ha riconfermato, nei confronti delle imprese dei settori del petrolio, delle telecomunicazioni e dell'elettricità, che solo "l'obiettivo di garantire la sicurezza degli approvvigionamenti di tali prodotti o la fornitura di tali servizi in caso di crisi, sul territorio dello Stato membro... può costituire una ragione di pubblica sicurezza e, pertanto giustificare eventualmente un ostacolo alla libera circolazione dei capitali".

La legittimità della "accione de oro"⁸⁸, è stata poi negata per l'indeterminatezza di una disciplina che non permetteva agli interessati, "in assenza di criteri oggettivi e precisi... di conoscere l'estensione dei loro diritti e dei loro obblighi" (p.ti 74-75) e la critica era stata rafforzata dalla mancata individuazione, nella disciplina di attuazione a tutela di una rete infrastrutturale (p.ti 78-79), "dei beni patrimoniali strategici"

⁸⁶ Relazione della Commissione affari economici, (nt. 14), 103.

⁸⁷ Per il rapporto nella normativa dell'epoca fra "action spécifique" e "intérêt national" si rinvia a SANTONASTASO, (nt. 17), 129 ss.

⁸⁸ Sul punto v. DOMINIGUEZ RUIZ DE HUIDOBRO, (nt. 24), 321.

come nel sistema belga, con l'indicazione delle "decisioni di gestione che potevano essere puntualmente rimesse in discussione" (p.to 79).

Sotto questo aspetto nel giudizio della Corte ricorre un passaggio che potrebbe essere richiamato in sede comunitaria nella valutazione della normativa delle concessionarie autostradali che, se in Francia ha dato luogo ad un contenzioso a garanzia del servizio pubblico, a seguito della loro parziale privatizzazione⁸⁹ nel nostro sistema ha inciso, per le innovazioni che vi sono state introdotte (82° comma ss. art. 2 l. 24 novembre 2006, n. 286)⁹⁰, sul progetto di fusione Abertis-Autostrade.

La contrapposizione dei confini della "golden share", tra "decisioni di gestione specifiche" (previste dalla disciplina belga), suscettibili di essere condizionate dall'uso dei poteri speciali e "decisioni fondamentali nella vita di un'impresa" della normativa spagnola, comprensive dello "scioglimento volontario, (del)la scissione e (del)la fusione dell'impresa" appare ricca di sviluppi interpretativi.

L'ottica del giudice comunitario sulla diversa rilevanza degli interventi del legislatore nazionale quando siano tali da incidere sull'autonomia d'impresa potrebbe essere utilizzata, pur nelle diversità di fattispecie (rispettivamente modifiche al regime di concessione che si traducono in un condizionamento dell'intera gestione⁹¹ e intervento su di un singolo atto di gestione), per sottolineare i limiti ad un intervento dello Stato rappresentato dall'adozione di provvedimenti meno restrittivi⁹².

⁸⁹ GLASER, *La privatisation des sociétés d'autoroute*, in *Les privatisations: justifications et risques*, in *Rev. fr. droit adm.*, 2006, 1147 e Conseil d'etat 27 settembre 2006, ivi, 1158.

⁹⁰ Sul punto v. il cauto approccio dell'ordinanza del Tar del Lazio (n. 6684/2006) del 6 dicembre quando fa presente, in sede di esame cautelare, la compatibilità della nuova disciplina norme comunitarie "in tema di libertà di stabilimento e di libera circolazione dei capitali concorrendo... nei limiti delle compatibilità sistemiche anche il regime consensuario di diritto speciale, in relazione al quale l'autorizzazione dell'Amministrazione statale, connessa all'incidenza di detta operazione sull'assetto societario del concessionario autostradale rileva, ai sensi di quanto prescritto dall'art. 21 del Regolamento C.E. n. 139/2004 del 20 gennaio 2004, come norma prudenziale".

⁹¹ Nella controversia con il Regno Unito (causa C-98/01) la Corte non ha accolto la tesi governativa "dell'utilizzazione di meccanismi di diritto privato" a sostegno della legittimità della clausola statutaria della BAA giacché, con l'approvazione dello statuto da parte del segretario di Stato "lo Stato membro risulta aver agito... nella sua veste di autorità pubblica" (p.to 48). Sulla successiva opa della spagnola "Ferrovial" sulla BAA, v. CHAPIER-GRANIER, *L'offre publique d'achat sur BAA ple outes limites d'un modèle historique de privatisation d'un aéroport*, in *Rev. fr. droit adm.*, 2006, 1175 ss.

⁹² Nella decisione C-503/99 la Corte dopo aver affermato (p.to 53) che la Commissione non aveva dimostrato la possibilità di provvedimenti meno restrittivi, non essendo

a) *La legislazione francese dell'energia (art. 39 l. n. 2006-1537 del 7 dicembre 2006)*. - L'attualità della giurisprudenza della Corte di Giustizia si riflette nella riforma della disciplina (l. n. 2006-1537 del 7 dicembre 2006) delle "sociétés anonymes" a prevalente o parziale partecipazione dello Stato, Electricité de France (EdF) e Gaz de France.

Al termine di un *iter* parlamentare caratterizzato non solo da un'accesa discussione politica⁹³ ma dalla possibilità di una caduta del governo⁹⁴, proprio sul tema della diversa composizione del capitale che caratterizza le società⁹⁵, l'art. 39 l. n. 2006-1537 ha introdotto sostanziali innovazioni in un settore già riformato di recente (art. 24 l. n. 2004 - 803 del 9 agosto 2004)⁹⁶ in un parziale adeguamento alla disciplina comunitaria.

"certo che una pianificazione intesa ad incoraggiare le imprese di gas naturale a concludere contratti di approvvigionamento a lungo termine, a diversificare le loro fonti di approvvigionamento o a praticare un sistema di licenze sarebbe idonea, da sola, a permettere una reazione rapida in una situazione specifica" aveva sottolineato che "una normativa che definisca precisamente il comportamento delle imprese del settore, come proposto dalla Commissione, sembra anche più restrittivo di un diritto di opposizione limitato a situazioni particolari".

⁹³ Per comprendere lo svolgimento del dibattito è di estremo interesse la lettura dei lavori parlamentari ed in particolare degli atti della seduta del Senato del 24 ottobre 2006, dove i vari interventi dell'opposizione trovano una lettura unitaria nella dichiarazione d'apertura della senatrice Coquelle "que la politique énergétique dont la mise en oeuvre s'impose doit permettre non seulement de répondre à la demande croissante d'énergie, mais également de garantir effectivement à tous un droit d'accès à l'énergie, principe reconnu par la Constitution".

⁹⁴ Per una sintesi delle vicende del dibattito politico e il cambiamento nel tempo delle diverse formazioni politiche (ROGER, *Chiraquiens et Ps s'accordent sur le dos des sarkozystes*, in *Le monde* del 21 settembre) v. fra i molti ROGER, *GDF: le miraculé de l'Assemblée*, ivi, 4 ottobre 2006.

⁹⁵ Fra le varie opposizioni di carattere tecnico all'operazione (su cui v. "High tension is the GdF-Suez merger on the rocks?"), in *The Economist* del 21 ottobre merita particolare attenzione la lettera di un investitore istituzionale in Suez, pubblicata a pagamento su un'intera pagina di *Le monde* del 22 novembre.

⁹⁶ Sulla l. 9 agosto 2004 intesa ad una sola "ouverture partielle" del mercato dell'elettricità basata "sous la double condition du maintien de l'opérateur historique (EDF) dans l'exercice de ses activités et du respect par l'ensemble des opérateurs de missions de service public", CHEBEL-HORSTMANN, *La régulation du marché de l'électricité (Concurrence et accès aux réseaux)*, Paris, 2006, 15 ss. specie 148 ss. e, in un quadro comparato, LEMARIE, *Energie et services d'intérêt économique générale*, in AA.VV. *Les services d'intérêt économique générale et l'Union européenne*, a cura di Louis-Rodriguez, Bruxelles, 2006, 266 ss.

Per una prima valutazione della direttiva 96/92 che ha lasciato agli Stati membri, come sottolinea la CHEBEL-HORSTMANN "qui ont rechigné à suivre un processus de libéralisation totale, une marge de man vre inespérée pour regagner le paradis perdu", LEMARIE, *énergie et concurrence: recherches sur les mutations juridiques induites par*

Dopo la previsione di una partecipazione obbligatoria dello Stato nella misura "plus de 70% du capital d'Electricité de France et plus du tiers du capital de Gaz de France" (1° comma) è stato stabilito per questa società "en vue de préserver les intérêts essentiels de la France dans le secteur de l'énergie, et notamment la continuité et la sécurité d'approvisionnement en énergie" la trasformazione di un'azione ordinaria in un'azione "spécifique régie, notamment en ce qui concerne les droits dont elle est assortie, par les dispositions de l'article 10 de la loi n. 86-912 du 6 août 1986⁹⁷ relative aux modalités des privatisations" (2° comma)⁹⁸.

L'istituzione della "action spécifique" è completata dalla nomina da parte del ministro dell'energia sia presso GdF che "de toute entité venant aux droits et obligations de Gaz de France et des sociétés issues de la séparation juridique imposée... par les articles 5 et 13⁹⁹, di un "commissaire du Gouvernement qui assiste, avec voix consultative, aux séances du conseil d'administration ou de conseil de surveillance de la société, et de ses comités, et peut présenter des observations".

Il processo di privatizzazione è stato tuttavia sospeso dal Conseil

la libéralisation des secteurs de l'électricité et du gaz, Marseille, 2003, II, 646 ss. e per delle interessanti osservazioni sugli statuti di EdF e GdF, allora *de lege ferenda*, in *Relazione ai risultati delle elezioni politiche del 2002*, ivi, I, 214.

⁹⁷ Ai sensi del 2° comma dell'art. 10 l. 6 agosto 1986, n. 86-912, il Ministro dell'economia è titolare del potere di decidere "si la protection des intérêts exige ou non qu'une action ordinaire detenue ou acquise par l'Etat soit transformée en une action spécifique".

⁹⁸ Nel corso della discussione, alle accuse dell'opposizione (interventi dei senatori Coquelle, Courteau, Bel), che avevano richiamato, oltre i problemi di certezza giuridica posti dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, la contraddizione fra gli impegni del governo (dichiarazioni del ministro Sarkozy del 27 aprile 2004), assunti in occasione della legge di riforma del sistema energetico di mantenere ferma la partecipazione pubblica ("Ces entreprises sont des grands services publics. Elles le resteront, ce qui signifie qu'elles ne seront pas privatisées") e la privatizzazione di GdF, la cui "motivation originelle fut un alibi douteux, à savoir le risque imminent d'une Opa d'Enel sur Suez. Or, il est notoire que la fusion GdFSuez était déjà évoquée depuis plusieurs mois en coulisse" (v. per tutti gli interventi dei senatori Piras e Vera), il ministro per l'industria Loos aveva sottolineato le conseguenze del riconoscimento "des missions de service public liées à certain types d'activité et la reconnaissance de l'intérêt stratégique pour l'Etat de telle out elle activité. Cela nous donne la possibilité de prévoir, en faveur de l'État, une *golden share* lui permettant de faire valoir ses exigences au nom du l'intérêt stratégique qu'il entend défendre".

⁹⁹ Fra queste società particolare attenzione merita la "société gestionnaire de réseaux de transport de gaz naturel issue de la séparation juridique" imposta dall'art. 5, che pur disciplinata dal diritto comune acquista natura di società di diritto speciale per l'espressa previsione di deroga ("sauf dispositions législatives contraires").

constitutionnel (30 novembre 2006) investito, nel corso della discussione parlamentare¹⁰⁰, da un gruppo di oltre sessanta senatori, del problema della legittimità costituzionale dell'art. 39 ritenuto in contrasto con l'art. 9 del preambolo della Costituzione del 1946¹⁰¹.

L'organo costituzionale, nel riconoscere la possibilità di privatizzare il settore e la rilevanza, ai fini della continuità del servizio, della "action spécifique" per "préserver les intérêts essentiels de la France" e "la continuité et la sécurité d'approvisionnement en énergie" ha infatti rinviato l'attuazione del "transfert effectif au secteur privé" (p.to 26), al 1° luglio 2007 e cioè ad un momento successivo alle elezioni presidenziali¹⁰².

La giustificazione del rinvio del processo di privatizzazione di GdF al momento nel quale la società avrebbe perso "sa qualité de service public national...", oltre a far riconoscere alla decisione una rilevanza politica maggiore delle conseguenze giuridiche, ha anche permesso ai primi commentatori di concludere che il succedersi delle esperienze di nazionalizzazione e di privatizzazione incide su una "conception du service public... mouvant: elle évolue dans le temps en fonction de choix politiques beaucoup que de considérations juridiques"¹⁰³.

b) *La legislazione italiana sui poteri speciali (dall'art. 2 l. 30 luglio 1994, n. 474 ai 227°-231° comma l. 24 dicembre 2003, n. 350) e il sistema degli artt. 2449-2451 c.c.* - Nel nostro ordinamento merita riflettere, al termine di una serie di modifiche al regime dei poteri speciali concluse con l. 24 dicembre 2003, n. 350 (227°-231° comma), sulla loro evoluzione rispetto alla formula iniziale, di criticata per le alterazioni nella struttura e nella funzione della società per azioni¹⁰⁴.

¹⁰⁰ Con. Cost. dec. n. 2006-543 DC, in *Rev. fr. droit adm.*, 2006, 1172.

¹⁰¹ BELLESCIZE, (n. 15), 1168.

¹⁰² V. l'editoriale de *Le monde* del 2 dicembre dal titolo "Le baiser qui tue" e BEZAT, *La fusion GDF-Suez tranchée après la présidentielle*, ivi, 15. Per quanto concerne i riflessi della decisione del Conseil constitutionnel sulla campagna elettorale v. "GDF sets new timescale for Suez merger", in *Financial Times* del 24 gennaio 2007 con le dichiarazioni di Ségolène Royal che "reiterated her opposition to the deal, saying she preferred a merger with state-controlled electricity group EDF".

¹⁰³ BELLESCIZE, (nt. 15), 1171; DRAGO, *Service public de l'énergie: fin d'un service public national, à propos de la décision de Conseil constitutionnel, loi relative au secteur de l'énergie*, in *Semaine juridique*, 2007, 30; BRONDEL, *GDF n'est privatisable qu'à compter du 1er juillet 2007*, in *Actualité iurid. dr. adm.*, 2006, 2309. Sul ruolo del servizio pubblico "mythe fondateur" nell'ordinamento francese nell'elaborazione comunitaria MAMELI, *Servizio pubblico e concessione (l'influenza del mercato unico sui regimi protezionistici e regolamentali)*, Milano, 1998, 177 ss.

¹⁰⁴ MINERVINI, (nt. 21), 740 ss.; ROSSI, (nt. 21), 391; PARDOLESI-PERNA, *Fra il dire e il fare:*

All'abbandono, nel corso di un graduale adeguamento¹⁰⁵ all'indirizzo comunitario¹⁰⁶, della iniziale giustificazione degli "obiettivi nazionali di politica economica e industriale"¹⁰⁷ sono seguiti interventi legislativi¹⁰⁸ e espressione, oltre che di una incertezza sulla fonte di legittimazione, di un conflitto d'interessi nell'assetto organizzativo che si veniva delineando.

Una prima modifica dei poteri speciali, intesa a giustificarli (art. 66, 3° comma, legge 23 dicembre 1999, n. 488) con "rilevanti e imprescindibili motivi di interesse generale" nel rispetto dei principi comunitari che, "in forme e misure idonee e proporzionali", permettono di derogare alla normativa del Trattato per ragioni di ordine pubblico, di sicurezza pubblica, di sanità pubblica e di difesa, è stata seguita, in via di normazione secondaria, dall'indicazione delle modalità del loro esercizio (d.p.c.m. dell'11 febbraio 2000).

La tutela dell'interesse generale¹⁰⁹ viene perseguita "in coerenza con

la legislazione italiana sulla privatizzazione delle imprese pubbliche, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1994, 566; OPPO, *Diritto privato e interessi pubblici*, (nt. 21), 41 e in *La privatizzazione dell'impresa pubblica: profili societari*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, I, 775 ss.; JAEGER, *Privatizzazioni: "public companies": problemi societari*, in questa *Rivista*, 1995, I, 5; COSTI, *Privatizzazione e diritto delle società per azioni*, ivi, 77 ss.; FERRO LUZZI, *La "trasformazione" degli enti pubblici in s.p.a. e la speciale "riserva"*, ivi, 507 ss.; SODI, *Poteri speciali, golden shares e false privatizzazioni*, in *Riv. soc.*, 1996, 368 ss.; GAROFOLI "Golden shares" e "Authorities" nella transizione dalla gestione pubblica alla regolazione dei servizi pubblici, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 1998, 186. Per l'aspetto comunitario, oltre gli AA., (nt. 14), SALERNO, "Golden shares", *interessi pubblici e modelli societari tra diritto interno e disciplina comunitaria*, in *Dir. comm. internaz.*, 2002, 671; PERICU, *Il diritto comunitario favorisce davvero le privatizzazioni dei servizi pubblici?*, in *Privatizzazioni e regioni*, a cura di Buonocore e Racugno, Milano, 2003; e, da ultimo SANMAURO, "Golden share", *poteri speciali e tutela di interessi nazionali essenziali*, Roma, 2004, 41 ss.

¹⁰⁵ Sull'atteggiamento della Commissione (comunicazione 97/C, 220/1 06) e l'indirizzo provvisorio della Corte di Giustizia (nt. 8), FRENI, *L'incompatibilità con le norme comunitarie della disciplina sulla golden share*, in *Giorn. dir. amm.*, 2001, I, 1148 e MERUSI, *La Corte di Giustizia condanna la golden share all'italiana e il ritardo del legislatore*, in *Dir. pubb. comp. ed eur.*, 2000, III, 1236.

¹⁰⁶ Sulla mancata risoluzione del regime intermedio (d.p.c.m. del 4 maggio 1999), DI PORTO, *Note sul regime giuridico delle privatizzazioni in Italia. In particolare nei servizi pubblici essenziali*, in questa *Rivista*, 1999, I, 762.

Anche le modifiche apportate dalla legge finanziaria per il 2004 non sono state considerate sufficienti, come ricordato, dalla Commissione nel deferimento dell'Italia alla Corte di giustizia (EC press release del 28 giugno 2006).

¹⁰⁷ Scettico sul metodo LEMME, *OPA ostili su società quotate*, in *Riv. dir. comm.*, 2001, I, 139.

¹⁰⁸ TALARICO, *I "poteri speciali" riservati allo Stato italiano nelle società privatizzate. Possibili effetti sulla economicità aziendale*, in FERRARIS FRANCESCHI, (nt. 74), 203 ss.

¹⁰⁹ Per PARLEANI, (nt. 16), 526 se è "le test de l'intérêt général qui va alors guider le rai-

gli obiettivi in materia di privatizzazione e di promozione della concorrenza e del mercato", anche se ancora una volta in modo criticabile, come è stato sottolineato nell'esame dell'ultima versione dei poteri speciali¹¹⁰.

Se con questa formula si intendevano tutelare, nel tentativo di anticipare la linea della Corte di Giustizia¹¹¹, gli interessi pubblici coinvolti dall'alienazione della partecipazione sociale nel rispetto delle regole di mercato, non si è dato tuttavia risposta al problema della loro compatibilità con il modello organizzativo della società per azioni.

Nell'evoluzione della normativa nazionale¹¹² uno spunto di riflessione è fornito dalla Corte di Giustizia quando, in funzione della natura dell'attività d'impresa svolta dall'impresa destinataria della "golden share", aveva riconosciuto l'interesse degli Stati membri ad esercitare "une certaine influence dans les entreprises initialment publiques et ultérieurement privatisées, lorsque ces dernières agissent dans les domaines des services d'intérêt général ou stratégiques"¹¹³.

Una volta esclusa nel processo di privatizzazione la rilevanza degli obiettivi di politica economica e nazionale¹¹⁴, del regime di proprietà¹¹⁵ o delle considerazioni di mero carattere economico, la contrapposizione tra le forme in cui si può concretare un interesse

sonnement de la Cour... la question se situait aval, c'est-à-dire dans les modalités du contrôle étatique que permettaient les actions spécifiques".

¹¹⁰ SACCO GINEVRI, (nt. 38), 712.

¹¹¹ SALERNO, (nt. 102), 692. Ricorda CARRERAU, (nt. 16), 1203, che i poteri speciali non sono « ni validées de plein droit comme le soutenait l'avocat général Colomer dans se conclusions ni interdites per se. Le droit positif qui en résulte relèverait plutôt de "oui mais". En d'autres termes, elles sont licites au regard du droit communautaire et peuvent déroger aux règles fondamentales du Traité (notamment en ce qui concerne les grandes libertés d'établissement et de circulation) pour peu qu'elles respectent des critères précis».

¹¹² MICCÚ, *La politica delle privatizzazioni: governi a basso rendimento e adattamento debole alle istituzioni non maggioritarie*, in *Governi ed economia*, II. *La transizione discontinua tra politiche di risanamento ed integrazione europea nella XII Legislatura*, a cura di Atripaldi ed altri, Padova, 2006, 200 ss.

¹¹³ V. Corte di Giustizia 2 giugno 2002, cit. Nel ricordare l'approccio della Corte, CARRERAU, (nt. 16), aveva osservato, in relazione al contenzioso fra Francia ed Italia sull'apertura del mercato francese dell'elettricità e sulle modifiche della l. 20 luglio 2001, n. 231: "Voilà qui devrait apaiser certaines craintes françaises en cas de privatisations d'EDF ou de GDF". Sul precedente regime ampiamente GHEZZI, *La disciplina delle concentrazioni e la promozione dei campioni nazionali tra diritto comunitario e normative nazionali antitrust*, in *Riv. soc.*, 2003, 1138 ss.

¹¹⁴ PARLEANI, (nt. 16), 527.

¹¹⁵ Secondo la tesi dell'Avvocato generale Ruiz-Jarabo Colomber, ricordata *supra sub n. 4*.

pubblico induce ad un raffronto fra criteri di legittimità dei poteri speciali e le deroghe al diritto comune delle società¹¹⁶.

Nel sistema del codice civile, l'interesse pubblico all'attività di una società per azioni, sia questa o meno caratterizzata dalla presenza di una partecipazione pubblica (artt. 2449 e 2450 c.c.), si manifesta nella facoltà di nominare, con un procedimento extra-assembleare, "uno o più amministratori e sindaci ovvero componenti del consiglio di sorveglianza", con l'espressa riserva per la seconda fattispecie (assenza di una partecipazione sociale pubblica) di un intervento della legge speciale ("salvo che la legge disponga diversamente").

Ciò significa che l'interpretazione degli effetti di una nomina extra-assembleare non può essere sempre informata ad un canone unitario essendo le due situazioni caratterizzate, la prima, dagli effetti di una previsione statutaria della nomina di amministratori e sindaci (in assenza di una norma speciale), la seconda dalla sua appartenenza al contesto della legge speciale.

L'incidenza della legislazione speciale sulle regole del diritto comune raggiunge infine, almeno nella tradizione codicistica il massimo rilievo nelle società di "interesse nazionale" (art. 2451 c.c.), considerate in alcune ipotesi al confine fra diritto pubblico e diritto privato, dove l'esistenza di un interesse generale legittima, nel rispetto dei vincoli costituzionali e comunitari¹¹⁷ ed indipendentemente da una partecipazione pubblica, "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 cornice legislativa l'ultimo intervento (l. 27 dicembre 2003,

¹¹⁶ DONATIVI, *Amministratori e sindaci di nomina pubblica nelle società per azioni*, ediz. provv., Milano, 2000, specie 97 ss. e, per le diverse fattispecie legali e statutarie, già in *Esperienze applicative in tema di nomina pubblica "diretta" alle cariche sociali (art. 2448-2459)*, in *Riv. soc.*, 1998, 1276 ss. e *Rassegna legislativa e statutaria in tema di nomina pubblica alle cariche sociali ex artt. 2458-2459 c.c. nelle società a partecipazione regionale e nel nuovo assetto dell'azionariato provinciale e comunale*, in *Riv. dir. impr.*, 1999, 17 ss.

¹¹⁷ Il progressivo adeguamento della disciplina nazionale al sistema comunitario, nel rispondere almeno in parte alla critica di ROSSI, (nt. 21), 391 che aveva ravvisato nella formula iniziale "un maldestro ossequio alla disposizione dell'art. 2459 c.c. o, ancor peggio, a quella dell'art. 2461, sulle società di interesse nazionale...", conduce ora ad un esame della disciplina dell'art. 2451 c.c. nel duplice profilo del significato attuale dell'interesse nazionale nella struttura societaria e dell'incidenza sulle singole discipline speciali della normativa comunitaria.

n. 350 art. 4, 227° comma)¹¹⁸, ha giustificato i poteri speciali, in conformità all'indirizzo della Corte di Giustizia¹¹⁹, con la tutela di un interesse pubblico quando con il regime di controllo concorra la garanzia del profilo di pubblica sicurezza degli approvvigionamenti di energia.

Ma anche se l'attuale disciplina ha "la *chance* di conseguire un certo grado... di stabilità" e di verificare la compatibilità dei poteri speciali con criteri di esercizio della normativa di attuazione¹²⁰, il sistema fa ancora riferimento, indipendentemente dal meccanismo di tutela della partecipazione pubblica introdotto dalla legge finanziaria del 2006 (381°-384° comma art. 1 l. 23 dicembre 2005, n. 266), alle società controllate "direttamente o indirettamente" dalla componente pubblica nei settori della "difesa, dei trasporti, delle telecomunicazioni, delle fonti di energia, e *degli altri pubblici servizi*".

Si ripropone ancora una volta la critica ad un richiamo, unitario ma indifferenziato, all'esercizio di attività talmente diverse nella loro natura¹²¹ che, nei confronti delle società controllate da enti locali "operanti nel settore dei trasporti e *degli altri servizi pubblici*", fa perdere alla norma ogni efficacia individuante.

I poteri speciali si concretano oggi in un provvedimento di "opposizione" del Ministro dell'economia all'assunzione di partecipazioni rilevanti "che rappresentano almeno la ventesima parte del capitale sociale"¹²² e agli accordi parasociali in cui "sia rappresentata" la stessa frazione del capitale sociale quando si "ritenga che l'operazione rechi pregiudizio *agli interessi vitali dello Stato*".

Nelle more dell'esercizio del potere di opposizione, alla sospensione "del diritto di voto e comunque di quelli aventi contenuto diverso da quello patrimoniale", corrisponde un provvedimento di opposizione che "debitamente motivato in relazione al *concreto* pregiudizio arrecato agli *interessi vitali* dello Stato" impedisce l'esercizio dei diritti non patrimoniali da parte del cessionario tenuto a cedere la partecipazione e priva di efficacia gli accordi parasociali.

¹¹⁸ FRENI, *Le trasformazioni degli enti pubblici*, Torino, 2004, 251 ss.

¹¹⁹ SALERNO, (nt. 102), 687.

¹²⁰ SPATTINI, (nt. 63), 236.

¹²¹ GAROFOLI, *Le privatizzazioni degli enti dell'economia*, Milano, 1998, 233.

¹²² Nel richiamo indifferenziato ai "soggetti nei confronti dei quali opera il limite del possesso azionario" previsti dall'art. 3 l. n. 332 del 1994 sembrerebbero ancora comprese anche le imprese bancarie e assicurative, il cui processo di privatizzazione sostanziale è completato.

Quanto a questi ultimi, se "dal comportamento in assemblea dei soci sindacati si desuma il mantenimento degli impegni assunti con l'adesione ai patti" le delibere sono "impugnabili" da parte del Ministro dell'economia avanti il Tar del Lazio, per irregolare costituzione dell'assemblea.

La concreta rilevanza dell'interesse leso è confermata, oltre che dal riconoscimento del potere di opposizione, quando l'incremento della partecipazione sia ottenuto con un frazionamento dell'acquisto "attraverso singoli atti" di per sé insufficienti a realizzare il criterio della prevalenza, dal suo esercizio "ogniqualevolta sorga l'esigenza di tutelare sopravvenuti *motivi imperiosi di interesse pubblico*".

Sostanzialmente immutato rispetto alla precedente previsione¹²³ è il regime del "diritto di veto" da esercitare in caso di "*concreto pregiudizio arrecato agli interessi vitali dello Stato* 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".

L'elencazione dei poteri speciali, operanti al di fuori dell'art. 2449 c.c., si conclude con la nomina di un solo amministratore "senza diritto di voto".

La conformazione dei poteri speciali, anche se suscita tuttora perplessità nell'identificazione dell'interesse generale ("interessi vitali" come regola e "motivi imperiosi di interesse pubblico" in sede di urgenza), e per l'ampia discrezionalità ritenuta in contrasto "con le leggi del mercato", la libertà delle imprese in ambiti concorrenzialmente regolati, ovvero la "natura delle cose"¹²⁴ appare ora risolvibile con un intervento mirato nell'ambito dell'interpretazione della Corte.

La nomina di un solo amministratore "senza diritto di voto" suggerisce, infine, un riferimento utile sia per un giudizio comunitario di proporzionalità (v. l'esempio francese) che per una valutazione di compatibilità della nomina degli amministratori *ex art. 2449 c.c.* in sede extra-assembleare.

Il rispetto del principio di proporzionalità, condizione di legittimità di un provvedimento nazionale, induce a non escludere la nomina di più di un amministratore ma impedisce che attraverso una pluri-

¹²³ FRENI, (nt. 116), 266.

¹²⁴ SPATTINI, (nt. 16), 260, che si richiama sul punto a MERUSI, *Introduzione, in Le leggi del mercato. Innovazione comunitaria e autarchia nazionale*, Bologna, 2002, 10, ma di cui v. prima anche *La natura delle cose come criterio di armonizzazione comunitaria nella disciplina degli appalti*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 1997, 41.

ma indicazione extra-assembleare sia alterata, in modo sostanziale, come è avvenuto nel caso della AEM, la rappresentanza istituzionale di interessi propria dell'organo sociale.

Quanto alla specificazione che il potere speciale di nomina di un consigliere si traduce in una presenza "senza diritto di voto", immediato è il richiamo ad un'autorevole interpretazione, formulata nella vigenza del codice di commercio ma poi contraddetta in sede di codificazione, che aveva sostenuta la tesi, all'epoca rimasta isolata, dell'individuazione con la nomina pubblica della legislazione speciale di un soggetto che, come controllore nell'interesse dello Stato, sarebbe stato esponente "di una posizione distinta e, per qualche aspetto, contrapposta" a quella dei soggetti di nomina assembleare¹²⁵.

La tesi riprende oggi attualità nei diversi processi di privatizzazione dove la "funzionalizzazione" dell'assetto organizzativo societario in corrispondenza al ruolo svolto da una categoria di imprese nell'economia nazionale¹²⁶ non si presenta solo sotto l'aspetto di una disciplina transitoria "destinata a regolare il regime di transizione dalla struttura ente pubblico alla struttura società per azioni"¹²⁷ ma anche nelle società per azioni che svolgono in regime di diritto privato un'attività "permeata, nelle modalità di svolgimento, da rilevanza pubblicistica"¹²⁸.

Ma se il riconoscimento di "una posizione distinta" è la conseguenza della nomina extra-assembleare, di estrema attualità è la difficile conciliazione, nel rapporto fra diritto privato e interessi pubblici, della regola privatistica con la disciplina della responsabilità amministrativa a seguito del noto "revirement" della Cassazione¹²⁹ per l'equiparazione tra am-

¹²⁵ ASCARELLI, *Controllori e amministratori nell'anonima di Stato*, in *Riv. dir. comm.*, 1933, I, 286.

¹²⁶ SALERNO, (nt, 1 02), 699.

¹²⁷ FERRO-LUZZI, *Da ente pubblico a società*, in AA.VV., *La ristrutturazione degli enti pubblici creditizi*, Roma, 1991, 130.

¹²⁸ CHIRULLI, *Autonomia pubblica e diritto privato nell'amministrazione (dalla specialità del soggetto alla rilevanza della funzione)*, Padova, 2005, 541; GIOMI, *Stabilità economica e privatizzazioni (profili giuridici)*, Torino, 2006, 227.

¹²⁹ Sul nuovo indirizzo risalente all'ordinanza delle Sez. Un. del 22 dicembre 2003, (in *Foro amm. CdS.*, 2003, 3585), riaffermato dalla decisione del 26 febbraio 2004, n. 3899 (in *Foro it.*, 2005, I, 2675, con nota di D'AURIA, *Amministratori e dipendenti di enti economici e società pubbliche: quale "revirement" della Cassazione sulla giurisdizione di responsabilità amministrativa?* e in *Giur. dir. amm.*, 2005, 1195, con nota di GOISIS, *L'applicazione di discipline pubblicistiche a una società in mano pubblica longa manus del socio dominante, consolidato da Cass. 3 maggio 2005, n. 9096*, in *Foro it.*, 2006, I, 195) v. ATELLI, *La giurisdizione della Corte dei conti sulle società a partecipazione pubblica nell'età della fuga verso il diritto privato*, in AA.VV. *Giuri-*

ministratori e sindaci di nomina pubblicistica e di nomina assembleare (art. 2449 c.c.).

c) *L'interesse pubblico nell'art. 2449 c.c. e la normativa comunitaria.* - Il momento di contatto fra disciplina nazionale e normativa comunitaria va dunque ravvisato nell'individuazione dell'interesse pubblico (nella giurisprudenza della Corte "interesse economico generale") su cui fondare un'interpretazione dell'art. 2449 c.c. che, per il criterio adottato, riproponga un rapporto tra logica del mercato, intesa come unico modello, e valori espressi dalla Carta dei diritti fondamentali, alternativo all'unilateralismo della prima indicazione¹³⁰.

Anche se la Corte sembra ferma, come dimostra la decisione resa nei confronti dell'Italia del 2 giugno 2005 (causa C-174/04, *supra sub* nt. 8)¹³¹, nel negare all'interesse al rafforzamento della struttura concorrenziale del mercato, valore di giustificazione per una restrizione alla libera circolazione dei capitali (p.ti 35-37), non sembra che nell'occasione, forse per la pre-annunciata modifica legislativa, siano stati approfonditi tutti gli aspetti del problema.

Il caso, come ricordato, verteva sulla illegittimità di una normativa (1. 20 luglio 2001, n. 301) che sospendeva l'esercizio del diritto di voto delle azioni eccedenti il limite del due per cento nel capitale delle società operanti nei settori dell'elettricità e del gas in caso di acquisto da parte di "soggetti controllati direttamente o indirettamente da uno Stato o da altre amministrazioni pubbliche, titolari nel proprio mercato nazionale di una *posizione dominante e non quotati in mercati finanziari regolamentati*".

La sospensione del diritto di voto è stata considerata una restrizione alla libera circolazione dei capitali in violazione "in linea di principio" dell'art. 56 del Trattato e, nell'individuare, come unica normativa applicabile in caso di alterazione delle condizioni di concorrenza, il regolamento sulle concentrazioni tra imprese (p.to n. 38), si è dato rilievo alla sola circostanza che il provvedimento nazionale

sdizione della Corte dei conti e responsabilità amministrativa-contabile a dieci anni dalle riforme, Napoli, 2005, 49 ss. e la rigorosa impostazione critica di IBBA, Azioni ordinarie di responsabilità e azione di responsabilità amministrativa nelle società in mano pubblica. Il rilievo della dottrina privatistica, in Riv. dir. civ., 2006, II, 157.

¹³⁰ RODOTÀ, *Il Codice civile e il processo costituente europeo*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2005, 25.

¹³¹ Pur condividendo il merito della pronuncia, osserva FERRARI, (nt. 8), 1460 che "rimangono aperti tuttavia alcuni interrogativi, in realtà correlati più ai *trends* del diritto europeo nel settore dell'energia, e ai modi del loro inverarsi negli ordinamenti dell'Unione, che alla singola decisione giudiziaria, di per sé piuttosto scontata".

si rivolgeva "ad una categoria di imprese pubbliche titolari nel loro mercato nazionale di una posizione dominante" escludendo l'esame della sostanziale asimmetria rappresentata dall'essere l'impresa pubblica acquirente non quotata in mercati finanziari (p.ti 29-32) e pertanto non aperta alle regole di mercato¹³².

Argomenti a favore di una valutazione di più ampia latitudine degli "interessi vitali" nell'applicazione dei poteri speciali sarebbero forse stati forniti se nel giudizio con il Belgio la Corte di Giustizia avesse esaminato il profilo della loro riconduzione "nell'ambito di un legittimo interesse pubblico" in considerazione del progressivo maturare della Commissione sulla nozione di servizio di interesse economico generale, della tutela affidata, nell'art. 16 del Trattato, alle competenze della Comunità e degli Stati membri e della stessa nozione di interesse economico generale¹³³.

La trasformazione dei poteri speciali, da disciplina transitoria di una fase della privatizzazione a regola in grado di incidere sul diritto comune avrebbe anche meritato una maggiore attenzione nella recente riforma societaria, oltre che per le conseguenze sul tradizionale assetto delle società a partecipazione pubblica¹³⁴, per il richiamo a livello di sistema

¹³² Per un esame della vicenda v. il Forum: "L'EdF in Italia. È un problema antitrust?", in *Mercato concorrenza regole*, 2001, 985; PERFETTI, (nt. 8), 143 ss. e DEVOLVÉ, *L'entreprise européenne d'intérêt général dans le secteur électrique (le cas franco-italien)*, in ROSSI, (nt. 8), 23 ss.

¹³³ CERULLI IRELLI, (nt. 13), 771. Indicativo della possibile contrapposizione fra politiche nazionali ed indirizzo comunitario è l'atteggiamento del governo francese nei casi Mittal-Arcelor, Danone, espressione del fenomeno del c.d. "patriotisme économique" che si è riflesso nella l. n. 2006-287 del 31 marzo 2006, in tema di opa. Sul punto fra i primi commenti, GOYET, RONTCHEVSKY, STORCK, *Réglementation financière*, in *Rev. trem. droit. comm.*, 2006; LE NABASQUE, *Les mesures de défense anti-OPA depuis la loi n. 2006-387 du 31 mars 2006*, in *Rev. soc.*, 2006, 237 ss. che ricordando questi casi come esempio del "contexte troublé" nel quale è stata approvata la legge sull'opa, sottolinea l'esigenza di rapidità delle scelte da parte degli amministratori coinvolti osservando «C'est là, probablement, toute la pédagogie qui se trouve attachée à la directive OPA et qui, au nom d'une "bonne gouvernance d'entreprise", poussera les dirigeants à consulter les actionnaires, même si l'offrant n'est pas "vertueux" comme on l'observe actuellement dans la saga Mittel Steel/Arcelor» sui cui v. nella stampa specializzata ARNOUX, *Mittel-Arcelor Logique industrielle payante, logique financière gagnante*, in *Le nouvel économiste* del 6 luglio 2006.

¹³⁴ GUACCERO, *Alcuni spunti in tema di governance delle società pubbliche dopo la riforma del diritto societario*, in *Riv. soc.*, 2004, 483, sub nota 2; IBBA, *Società pubbliche e riforma del diritto societario*, ivi, 2005, 1 ss.; RORDORF, *Le società "pubbliche" nel codice civile*, in *Società*, 2005, 423 ss.; CAVAZZA, in *Il nuovo diritto delle società*, a cura di Maffei Alberti, Padova, 2005, 1709 ss.; PETRAZZINI, *Il nuovo diritto societario*, in *Commentario Cottino*, Bologna, 2004, 1695; PERICU, *Società di capitali*, *Commentario*, a cura di Niccolini-Stagno d'Alcon-

delle leggi speciali (art. 2449, 3° comma) che non sembra si possa ridurre all'esame della sola fattispecie della nomina extra-assembleare¹³⁵.

Se l'affermazione "sono salve le disposizioni delle leggi speciali" aveva il significato di richiamare la disciplina dei diritti e degli obblighi degli amministratori nominati dallo Stato o dagli enti pubblici¹³⁶, si sarebbe potuto, proprio traendo spunto dalla previsione di un amministratore senza diritto di voto, coordinare il procedimento di nomina extra-assembleare dell'art. 2449 c.c. con la disciplina comunitaria.

A ciò si aggiunga che, nonostante la mancata attuazione dell'art. 2450 c.c. possa far pensare ad una norma di scarso significato, l'esame dei più recenti interventi legislativi nelle società a partecipazione pubblica di origine legale fornisce una serie di elementi che, anche se non sempre invocabili per la differenza di fattispecie ai fini di un'interpretazione sistematica è certamente utile per un giudizio di compatibilità, nelle società di diritto speciale, delle regole di diritto comune.

A differenza dell'art. 2450 c.c. dove il regime speciale di nomina di amministratori e sindaci e la previsione di deroghe indifferenziate ("salvo che la legge disponga diversamente") può essere realizzato anche "in mancanza di partecipazione azionaria" pubblica¹³⁷, esaltando in tal modo, ai fini della disciplina di regolazione, la natura dell'attività dell'impresa, nelle società per azioni originate da un processo di privatizzazione formale la partecipazione pubblica, inizialmente destinata al mercato, è a volte oggetto di una privatizzazione solo parziale, ripristinando la rilevanza della statuto proprietario in alternativa alla disciplina regolatoria.

tres, Napoli, 2004, 1293 ss. e in *Il nuovo diritto societario*, a cura di Ambrosini, Torino, 2005, 280 ss.; nella dottrina pubblicistica SCOCCA, *Il punto sulle c.d. società pubbliche*, in *Dir. econ.*, 2005, 1 ss.; FRACCHIA, *La costituzione delle società pubbliche e i modelli societari*, ivi, 2004, 589 ss.; URSI, *Riflessioni sulla governance delle società in mano pubblica*, in *Dir. amm.*, 2004, 423 ss.; PINOTTI, *La responsabilità degli amministratori di società per azioni tra riforma del diritto societario ed evoluzione della giurisprudenza, con particolare riferimento alle società a partecipazione pubblica*, in *Riv. giur. en. elettr.*, 2004, 571.

¹³⁵ PANINI, *Commentario Sandulli-Santoro*, II, 2, Torino, 2003, 1040.

¹³⁶ V., ma in senso diverso, PETRAZZINI, (nt.), 1697; CAVAZZA, (nt.), 1710.

¹³⁷ Per una riflessione su questa ipotesi che poteva "permettere di esercitare un efficace controllo su imprese di particolare interesse dal punto di vista pubblico" ASCARELLI, *La funzione del diritto speciale e le trasformazioni del diritto commerciale*, in *Riv. dir. comm.*, 1934, I, 22. Per una riflessione sui "dati normativi" e sui "dati obiettivi dai quali potessero desumersi con evidenza i nuovi contenuti del diritto commerciale", BUONOCORE, *Le nuove frontiere del diritto commerciale*, Napoli, 2006, 8.

Se si tengono presenti le più recenti fattispecie di società speciali, una selezione degli interventi più significativi si presenta di sicuro interesse per fornire, attraverso l'individuazione degli interessi tutelati dalla singola società di diritto speciale, un contenuto attuale all'art. 2450 c.c.

8. La Corte di Giustizia "protagonista del processo d'integrazione" e la tutela delle "ragioni imperative di interesse generale": una nuova prospettiva per "I battelli sul Reno?"

L'indirizzo ormai consolidato della Corte di non escludere "in particolari circostanze" che uno Stato nazionale "utilizzi i suoi diritti speciali per difendere interessi generali che potrebbero contrastare con gli interessi economici delle società interessate" (p.to 30 causa C-282/04) ripropone nell'ottica comunitaria, un tema proprio del diritto dell'impresa.

Il riconoscimento che "la garanzia di un servizio di interesse generale... può rappresentare una ragione imperativa di interesse generale in grado di giustificare una limitazione alla libera circolazione dei capitali" (p.to 38), si riflette sulla struttura delle società di capitali nei settori dove la "golden share" sia ritenuta necessaria, ad esempio per garantire la solvibilità e la continuità del fornitore del servizio postale universale" (p.to 39).

Se l'indicazione degli interessi "fondamentali della collettività" deve essere ancora integrata nella sua casistica dalla giurisprudenza della Corte, la tutela di un interesse economico generale, proprio dei servizi di interesse generale appare, nello sviluppo del processo d'integrazione perseguito dal giudice comunitario¹³⁸ momento di unificazione fra equilibri ed esigenze del mercato e la loro traduzione nelle scelte nazionali¹³⁹.

¹³⁸ TIZZANO, *La Corte di giustizia delle comunità europee e i diritti nazionali*, in *Dir. un. eur.*, 2005, 839 che ricorda come l'azione della Corte "ha... permesso che il rapporto tra ordinamenti comunitario e nazionale non assumesse carattere di alternatività e ancor meno di opposizione, ma si sviluppasse nel senso della ricerca della compatibilità e dell'osmosi tra i valori giuridici dell'uno e degli altri, in una dialettica che - sia pur in modo non sempre lineare - ha visto e vede quei sistemi adattarsi, integrarsi e condizionarsi a vicenda in uno scambio reciproco".

¹³⁹ NIVARRA, *Il "Libro bianco sulla modernizzazione delle norme per l'applicazione degli arti. 85 e 86 del Trattato CE" quale futuro per il diritto europeo della concorrenza?*, in *Europa dir. priv.*, 2000, 1004, richiama fra le possibili conseguenze dell'economia le scelte politiche di un "decisore" del diritto antitrust "certo non indifferente agli equilibri e alle esigenze dell'economia, ma neppure cieco passivo trascrittore degli input di quest'ultimo".

In questo compito se l'esperienza giuridica degli Stati membri ha rappresentato l'orizzonte naturale della funzione di integrazione della Corte¹⁴⁰ nell'interpretazione dello "spirito dei trattati"¹⁴¹, il riconoscimento del fine dell'art. 86 del Trattato si conferma elemento fondamentale di una "Comunità di diritto" indipendentemente "da una sintonia col diritto nazionale, anzi talvolta indicando espressamente i mezzi di tutela adeguati quando il sistema nazionale non li prevedesse"¹⁴².

Non si tratta nel caso della "golden share" di interpretare il ruolo della Corte solo come istituzione di garanzia ma di individuarne la funzione "istigatrice"¹⁴³ per gli Stati ad adottare i più efficienti strumenti normativi¹⁴⁴ ai fini dell'obiettivo¹⁴⁵ "della massima compatibilità reciproca (tra) i diritti nazionali tra loro e tutti questi con quello comunitario"¹⁴⁶.

In questa prospettiva, si pone un duplice ordine di problemi.

Il primo attiene all'identificazione delle fattispecie di "interesse generale" dovendo dare contenuto, per legittimare deroghe alle regole istituzionali del mercato europeo ispirate alla logica di mercato, ad una formula che, oltre ad essere considerata "eine offene Flanke des

Per una revisione critica del tema "costituzione" in relazione al diritto europeo dell'economia, JOERGES, *Cosa resta della Costituzione economica europea*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2005, 55 ss. e in *Europeizzazione come processo; tensioni tra la logica dell'integrazione e la logica della codificazione*, in *L'armonizzazione del diritto privato europeo* a cura di Meli-Maugeri, Milano, 2004, specie 59 ss.; SPATTINI, *Ascesa e declino (eventuale) della nozione di "Costituzione economica" nell'ordinamento italiano e in quello comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2005, 1661 ss.

¹⁴⁰ TIZZANO, (nt. 136), 844.

¹⁴¹ JOERGES, *Il ruolo interpretativo della Corte di Giustizia e la sua interazione con le corti nazionali nel processo di europeizzazione del diritto privato*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2000, 275 ss.; MONATERI, *I contratti d'impresa e il diritto comunitario*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I. 492.

¹⁴² TESAURO, (nt. 18), 216.

¹⁴³ JOERGES, (nt. 141), 291.

¹⁴⁴ CATTABRIGA, *La Corte di Giustizia e il processo decisionale politico comunitario*, Milano, 1998, 88 ss.

¹⁴⁵ Sulla recente giurisprudenza della Corte in tema di conformità al diritto comunitario della normativa sugli acquisti immobiliari di un *Land* austriaco, con delle interessanti riflessioni sulla costituzionalità della norma, introdotta nel nostro sistema dalla legge finanziaria 2005 (art. 1, 346° comma l. 30 dicembre 2004, n. 311), della nullità dei contratti di locazione non registrati, per l'incongruenza tra lo scopo prefissato e lo strumento normativo, v. LAMICELA, *Proprietà immobiliare e libera circolazione dei capitali tra diritto comunitario e diritto interno: annotazioni sul Grundverkehrsrecht austriaco*, in *Europa dir. priv.*, 2006, 1469, a commento di Corte giust., causa C-213/04.

¹⁴⁶ TIZZANO, (nt. 136), 843.

Systems" per la pluralità delle sue manifestazioni¹⁴⁷, "allude", come si è ricordato ancor di recente, "a vicende non sufficientemente connotate" per essere utilizzate nell'esercizio di un diritto¹⁴⁸.

Il secondo aspetto, proprio del diritto dell'impresa, concerne l'incidenza delle condizioni, richieste dalla Corte per considerare legittimi i limiti alla circolazione dei capitali, sullo statuto delle imprese destinatarie della disciplina dei poteri speciali.

Il rapporto fra "l'interesse economico" della società (p.ti 28-29) e l'interesse generale tutelato dai "diritti speciali", se da un lato richiama l'orientamento della Corte quando ha affermato, nel filone inaugurato dalla decisione "Karella"¹⁴⁹, la possibilità per gli Stati membri di introdurre deroghe al diritto comune della società per azioni nel rispetto delle finalità delle direttive e della garanzia di un "un livello minimo di tutela degli azionisti", dall'altro, superando questa delimitazione evoca il possibile contrasto tra l'interesse della società e, al limite, la totalità dei soci, riaffermato nel nostro ordinamento con la natura della società per azioni di "generica struttura istituzionale" conseguente ad "investimenti" che non sono conferimenti e che non attribuiscono la qualità di socio¹⁵⁰.

Ad una concezione moderatamente "istituzionalistica" della società per azioni¹⁵¹ per la pluralità delle forme di partecipazione all'attività sociale che, oltre a modificare l'equilibrio tra rischio e potere direttivo d'impresa¹⁵², indica la diversa incidenza dell'interesse sociale che consegue ad un "fine perseguito nell'esercizio dell'attività sociale (che) non necessariamente si esaurisce in uno scopo lucrativo, né (che) per tutti i

¹⁴⁷ TROBERG, *Finanzdienstleistungen und Verbraucher-ein Testfall für die Frage nach Systembildung und Systemlücken*, in *Systembildung und Systemlücken in Kernbetrieben des Europäischen Privatrechts*, a cura di Grundmann, Tübingen, 2000, 447.

¹⁴⁸ SOMMA, *Diritto comunitario e patrimonio costituzionale europeo: cronaca di un conflitto insanabile*, in *Riv. crit. dir. priv.* 2004, 277.

¹⁴⁹ Ricorda la rilevanza del filone "Karella", WEIGMANN, *Società per azioni*, in *Dig. disc. priv., sez. comm.*, Torino, 1997, 400.

¹⁵⁰ Propone il tema, OPPO, *Le grandi opzioni della riforma e la società per azioni*, in *Le grandi opzioni della riforma del diritto e del processo societario*, a cura di Cian, Padova, 2004, 26. Contrario ad ogni lettura neo-istituzionalistica d'ALESSANDRO, "La provvidenza del diritto societario inderogabile (ri)determinata". Ovvero esiste ancora il diritto societario?, in *Riv. soc.*, 2003, 41.

¹⁵¹ PAVONE LA ROSA-G. NIGRO, *Il procedimento di costituzione della società per azioni*, in *Commentario Colombo-Portale I, 1, Tipo-costituzione-nullità*, Torino, 2004, 446.

¹⁵² ROSSI-STABILINI, *Virtù del mercato e scetticismo delle regole: appunti a margine della riforma del diritto societario*, in *Riv. soc.*, 2003, 28 ss.

partecipanti alla compagine sociale lo scopo di lucro presenta una identica dimensione"¹⁵³, sembra si possa aggiungere, nella prospettiva della Corte di giustizia, un diverso modo di interpretare il tema dell' "Unternehmensinteresse"¹⁵⁴.

Acquisita la contrattualità del fenomeno societario come "un dato da cui prendere le mosse che non un risultato cui occorra pervenire"¹⁵⁵ si delinea un'alternativa, tutta da costruire nel diritto positivo, comunitario prima e nazionale poi, in grado di confrontarsi con una considerazione dell'interesse sociale, inteso solo come valore della crescita dell'impresa e della "shareholder value"¹⁵⁶.

La giurisprudenza comunitaria in tema di "golden share virtuosa" sembra poter fornire ai legislatori nazionali, nella contrapposizione tra "public security" e "public utilities"¹⁵⁷, un criterio per tradurre in norma positiva un giustificato condizionamento di determinate "decisioni di gestione" della società per azioni operando, a differenza della tradizionale impostazione della "Unternehmen an sich"¹⁵⁸, non già a difesa dell'impresa intesa come "saldo pilastro della conservazione dello stato"¹⁵⁹ ma a tutela del più generale interesse della collettività destinataria della sua attività.

In questa prospettiva che riporta l'attenzione ad una centralità

¹⁵³ PAVONE LA ROSA-G. NIGRO, (nt. 149), 447.

¹⁵⁴ Sulla concezione organicistica dell'impresa nella cogestione degli organi societari nell'esperienza tedesca oltre gli AA. (nt. 56), v. da ultimo CORTI, *Il caso della società europea. La via italiana alla partecipazione di fronte alle sfide europee*, in *N. leggi civ. comm.*, 2006, 1409. Per una rassegna dei problemi posti dalla società europea nell'ottica del tema dell'informazione e della partecipazione dei lavoratori, v. anche AA.VV., *Società europea, diritti di informazione e partecipazione dei lavoratori*, a cura di Ficari, Milano, 2006.

¹⁵⁵ FERRO-LUZZI, *I contratti associativi*, ristampa, Milano, 2001, 78.

¹⁵⁶ JAEGER, *L'interesse sociale rivisitato (quarant'anni dopo)*, in questa *Rivista*, 2000, I, 804, ma v. anche quanto osserva FERRARINI, *Valore per gli azionisti e governo societario*, in *Riv. soc.*, 2002, 476.

¹⁵⁷ GRUNDMANN-MÖSLEIN, (nt. 3), 28, «In both cases (art. 58, 1° comma e 30 del Trattato), the meaning of the term "public security" in European Law is not limited to a narrow concept of prevention of public danger as is partly the case, for example, in German public law, but also covers issues of public utilities. This was precisely the business of those companies we France and Belgium owned the Golden shares examined in the proceedings».

¹⁵⁸ MIGNOLI, *L'interesse sociale*, in *Riv. soc.*, 725 ss.; JAEGER, *L'interesse sociale*, Milano, 1964, 15 ss.; per un più recente esame GAMBINO, *Il principio di correttezza nell'ordinamento delle società per azioni*, Milano, 1987, 1214 ss.

¹⁵⁹ RATHENAU, *La realtà della società per azioni*, in *Riv. soc.*, 1960, 944.

dell'impresa "per i nuovi compiti che le sono assegnati e per l'irrobustirsi dei compiti che già aveva"¹⁶⁰ non si tratta più di ragionare nell'ottica del c.d. profilo istituzionale dell'impresa¹⁶¹, riassunto nell'espressione dei "battelli del Reno" assunta a formula rappresentativa dell'"impresa in sé"¹⁶², ma di dare autonomia ad un dibattito non più circoscritto al solo rapporto tra interessi dell'impresa, interessi degli azionisti e dei dipendenti dove, "die Diskussion seinerzeit darauf abzielte, der Gesellschaft als solcher Schutz vor den wirtschaftlichen Interessen ihrer Aktionäre zu gewähren"¹⁶³.

Occorre invece tener conto, nell'applicazione dell'art. 86 del Trattato, della funzione delle reti¹⁶⁴ come è stata indicata dalla Corte di Giustizia e di conseguenza di considerare, nella politica della loro liberalizzazione, "da un lato (del)la particolarità della missione o (del)l'insieme degli obblighi di servizio pubblico che all'impresa sono affidati" e "dall'altro lato (del)la stretta necessità della deroga... al fine dell'adempimento della missione; da valutare caso per caso"¹⁶⁵.

In questa ricerca, se da un lato indicazioni possono essere tratte dalle affermazioni della Corte a tutela delle esigenze di interesse generale avvertite nelle esperienze di "privatizzazione"¹⁶⁶, sotto altro aspetto la stes-

¹⁶⁰ BUONOCORE, (nt. 137), 162.

¹⁶¹ Per un esame critico delle tesi che ravvisano nell'impresa "un esempio tipico di istituzione" BUONOCORE, *L'impresa*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da Buonocore, Torino, 2002, I, tomo 2, I, 53 ss.; v. anche le conclusioni sui condizionamenti esterni della libertà imprenditoriale in BONFANTE-COTTINO, *L'imprenditore*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da Cottino, Padova, 2001, I, 716 ss.

¹⁶² ASQUINI, *I battelli del Reno*, in *Riv. soc.*, 1959, 616.

¹⁶³ TIEVES, *Der Unternehmens-gegenstand der Kapitalgesellschaft*, Köln, 1998, 92 e ivi ampia esposizione della dottrina di lingua tedesca a partire dagli anni 20-30 del secolo scorso.

¹⁶⁴ V. i contributi in tema di impresa, energia e telecomunicazione in *L'Europa delle reti*, a cura di Predieri-Morisi, Torino, 2001, 93 ss.

¹⁶⁵ CERULLI IRELLI, (nt. 13), 773.

¹⁶⁶ Ad esempio nella disciplina dell'Autostrade s.p.a., società di diritto speciale prima della privatizzazione, era previsto, oltre alla partecipazione maggioritaria pubblica e alla inderogabilità della disciplina in tema di maggioranze assembleari (artt. 2368-2369 c.c.), la devoluzione, come per altre società concessionarie per legge, al bilancio dello Stato degli utili di esercizio "eccedenti l'assegnazione di un dividendo... comunque non superiore all'8% del capitale".

Più precisamente l'art. 5, lett. i) della l. 28 marzo 1968, n. 385 prevedeva nella convenzione con la società concessionaria la devoluzione "al bilancio dello Stato degli utili di esercizio al netto dell'accantonamento per manutenzioni, riparazioni straordinarie,

sa giurisprudenza sembra in grado di fornire per il futuro, al legislatore nazionale spunti concreti rispetto ad una politica dei "campioni nazionali" che, utilizzati oggi nei modi più diversi a difesa dei singoli equilibri nazionali¹⁶⁷ devono "concilier l'intérêt industriel, commercial et financier de ses propriétaires (présents ou futurs) et ses missions d'intérêt général en faveur du développement durable et du service publique"¹⁶⁸.

Sotto questo profilo può essere utilizzato uno strumento già esistente nel nostro ordinamento, quale la società di interesse nazionale (art. 2451 c.c.), che proprio perché non legata necessariamente ad una partecipazione pubblica o all'esercizio di servizi pubblici essenziali¹⁶⁹, può rappresentare una soluzione istituzionale in grado di fornire tutela ad interessi a rilevanza economica generale.

9. Postilla

A lavoro concluso, ormai in fase di stampa, è stato pubblicato il d. lgs. 15 febbraio 2007, n. 10 ("Disposizioni volte a dare attuazione ad obblighi comunitari") dettato dalla "straordinaria necessità ed urgenza di emanare disposizioni al fine di adempiere ad obblighi comunitari derivanti da sentenze della Corte di giustizia delle Comunità europee e da procedure di infrazione pendenti nei confronti dello Stato italiano...".

a) La normativa d'emergenza, oltre a regolamentare (art. 1), in esecuzione della sentenza della Corte del 1° giugno 2006 (causa C-207/05) le modalità di recupero degli aiuti equivalenti alle imposte non corrisposte, prevede al 1° comma dell'art. 3 (intitolato genericamente Norme di adeguamento a decisioni comunitarie in materia fiscale e societaria. Procedure d'infrazione n. 2006/4136 e n. 2006/2104") "*L'art. 2410 del codice civile è abrogato*".

innovazioni, ammodernamenti e completamenti delle autostrade previste dall'art. 16 della legge 24 luglio 1961, n. 729 e di quelle che saranno determinate ai sensi della presente legge, ed eccedenti l'assegnazione di un dividendo da stabilirsi annualmente con riferimento al capitale sociale della concessionaria, dopo le assegnazioni a riserva legale, e comunque non superiore all'8% del capitale stesso". Sulla logica di questa disposizione nel regime precedente la privatizzazione, MONTANARI, *Impresa e responsabilità. Sviluppo storico e disciplina positiva*, Milano, 1990, 220.

¹⁶⁷ GHEZZI, (nt. 113), 1104 ss.

¹⁶⁸ FITOUSSI, *EDF, le marché et l'Europe (L'avenir d'un service public)*, Paris, 2003, 144 ed ora in *L'Europa e la sfida dell'energia*, in *La Repubblica* del 7 novembre 2006.

¹⁶⁹ OPPO, *Pubblico e privato nelle società partecipate*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, 158.

Prima di parlare nel merito di questa abrogazione, della quale il giurista positivo non può che prendere atto ma esprimendo le sue riflessioni, almeno quanto al metodo adottato, appare opportuno ricordare che nello stesso contesto temporale è stato convertito con l. 23 febbraio 2007, n. 15 il d. lgs. 27 dicembre 2006, n. 297 caratterizzato, in un oggetto vario ed articolato, dall'urgenza del "recepimento delle direttive comunitarie 2006/48 CE e 2006/49 CE e per l'adeguamento a decisioni in ambito comunitario relative all'assistenza a terra negli aeroporti, all'Agenzia nazionale per i giovani e al prelievo venatorio".

Anche in questo provvedimento, inteso a modificare in attuazione delle direttive ora ricordate la normativa del d. lgs. 10 settembre 1993 n. 385 (testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia) e del d. lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 (testo unico in materia di intermediazione finanziaria), ricorre una norma (art. 4) intitolata "Misure conseguenti a pronunce della Corte di giustizia delle Comunità europee" volta a disciplinare le conseguenze di un provvedimento della Corte.

Si stabilisce infatti che, "in esecuzione dell'ordinanza del Presidente della Corte di giustizia 19 dicembre 2006 in causa C-503/06, è sospesa l'applicazione della legge della regione Liguria 31 ottobre 2006, n. 36" (attivazione della deroga per la stagione venatoria 2006-07 ai sensi dell'art. 9 della direttiva 74/409 sulla conservazione degli uccelli selvatici).

A parte la tecnica legislativa che, pur se d'urgenza, richiama per l'eterogeneità di singoli contenuti normativi l'osservazione degli studiosi di linguistica che in presenza del disordine dei temi e dell'eterogeneità del materiale normativo che caratterizzano spesso la redazione delle leggi parlano di "sottocategorie" nel "passaggio dall'uno all'altro dei tronconi provvisoriamente stabiliti per gli schemi della *enumeratio*" (MORTARA GARAVELLI, *Le parole e la giustizia*, Torino, 2001, 144) la formulazione dei provvedimenti in questione conferma l'aggravamento "costante e progressivo della nostra situazione legislativa" nei suoi componenti e miei condizionamenti che influiscono sul "quomodo formativo della norma stessa" (BUONOCORE, *Il diritto commerciale "nascosto" ovvero dell'etica del legislatore e della certezza del diritto*, in questa *Rivista*, 1998, I, 5 ss.) e richiama la necessità di un lavoro non solo scientifico ma inteso a restituire e conservare dignità alla legge e al legislatore (CHIASSONI, *Le parole e la giustizia (Direttive di politica linguistica per operatori giuridici neo illuministi)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2002, 215) in un sistema in cui come efficacemente è stato anche detto le nostre leggi finanziarie sono "un sacco d'ossa buttate alla rinfusa" (CASSESE, *Introduzione allo studio della normazione*, in

Riv. trim. dir. pubbl., 1992, 324, *sub nota* 25).

b) In indice di attenzione alle condizioni necessarie per permettere al "mitico" legislatore di pervenire ad una migliore formulazione in materia è rappresentato dalla previsione, nella legge comunitaria per il 2006 (1. 6 febbraio 2007, n. 13), della trasmissione alle Camere e alla Corte dei conti, con scadenza semestrale (art. 7, 1° comma) da parte del Presidente del Consiglio o del Ministro per le politiche europee, "sulla base delle informazioni ricevute dalle amministrazioni competenti" di un elenco delle sentenze della Corte (lett. a) e dei rinvii pregiudiziali effettuati ai sensi dell'art. 234 del Trattato da organi giurisdizionali (lett. b).

L'auspicio ad un miglior coordinamento degli interventi degli organi interessati, in grado di evitare o ridurre l'attuale stillicidio normativo, trova un possibile momento di consolidazione nella tutela dell'interesse alla migliore redazione di un testo normativa nella trasmissione (art. 7, 2° comma) da parte del Ministro dell'economia di concerto con il Ministro per le politiche europee alle Camere e alla Corte dei conti delle "informazioni sulle eventuali conseguenze di carattere finanziario degli atti e delle procedure di cui al 1° comma".

c) Tanto premesso per il futuro merita qualche specifica considerazione l'abrogazione in sede di decretazione d'urgenza dell'art. 2450 c.c., norma non solo passata indenne come si è avuto occasione di ricordare, in sede di riforma delle società di capitali ma che è stata anche integrata con le novità introdotte da quest'ultima.

Si è già avuto occasione di ricordare le conclusioni presentate il 7 settembre s.a. dall'Avvocato generale Poirares Maduro nelle cause riunite (C-463/04 e C-464/04) a seguito della nomina da parte di AEM s.p.a. in sede extra-assembleare, ai sensi dell'art. 2449 c.c. della maggioranza dei consiglieri prima di procedere ad una ulteriore Fase della privatizzazione sostanziale. Comportamento che nel ricorso da parte del socio pubblico locale alla fungibilità degli strumenti adottati in concreto, prima con la delibera per l'introduzione della "golden share" e poi con l'applicazione dell'art. 2449 ritenuta norma di maggior favore per gli interessi del socio pubblico, aveva originato il richiamo dell'Avvocato generale alla necessità di un "atto di coerenza" da parte degli Stati membri per far sì che ogni controllo di "un'impresa privatizzata che esuli dal normale meccanismo di mercato de(ve)bb essere collegato *allo svolgimento di attività di interesse economico generale* associate a detta impresa".

Pur se nelle conclusioni dell'Avvocato generale non ricorre alcun

accenno all'art. 2450 c.c. che, disciplinando il regime di nomina extra-assembleare "anche in mancanza di partecipazione azionaria" pone certamente un problema di compatibilità con la normativa comunitaria, anche se in termini diversi rispetto alla fattispecie del soggetto pubblico "proprietario" della partecipazione sociale, la relazione che accompagna il decreto legge attua una singolare inversione di metodo nel tentativo di disciplinare il problema.

Dopo aver permesso che la disposizione abrogata, in quanto "complementare" all'art. 2449 c.c., "costituisce un altro fronte sul quale lo stato italiano si trova esposto ad un contenzioso comunitario ormai stringente" rappresentato oltre che dal procedimento per la vicenda AEM s.p.a. dalla procedura d'infrazione sui poteri speciali nelle società privatizzate, la relazione ricorda l'orientamento della Commissione che, "replicando alle osservazioni rese dal Ministero degli affari esteri con nota del 3 agosto 2006 e valutandone la sostanziale inidoneità a superare la contestazione di incompatibilità degli artt., 2449 e 2450 c.c., con gli artt. 56 e 43 del trattato ha assegnato il termine di due mesi... per la presentazione di eventuali osservazioni...".

Pertanto la relazione, dopo aver premesso la "sostanziale inidoneità" dell'art. 2450 in quanto "attualmente privo di concreta attuazione nel sistema societario" ed averlo dichiarato "in palese contrasto con la normativa comunitaria" manifesta con tutta evidenza il carattere meramente strumentale dell'abrogazione " laddove consente di dimostrare alle Autorità comunitarie il concreto sforzo del nostro stato di dare seguito, ancorché parziale, alle contestazioni di inadempimento" comunitarie. Si riconosce al contempo che "la maggior delicatezza giuridica dell'intervento sul complementare art. 2440 c.c. e le ben più vaste implicazioni pratiche di una sua eliminazione, che coinvolgerebbe gli assetti di società operanti nel vitale settore dei servizi pubblici locali con le intuibili ricadute sul mercato (alcune di tali società sono quotate in borsa) consiglia invece una più approfondita riflessione sui possibili contenuti di una novella legislativa".

Si è ritenuto di dover riportare quasi integralmente il contenuto della relazione illustrativa sia perché chiarisce il comunicato della Presidenza del Consiglio dei Ministri del 7 febbraio alquanto critico nella sua formulazione sia perché evidenzia l'errata impostazione, anche se riconosciuta "strumentale", adottata in sede normativa in attesa di un provvedimento legislativo che non sembra debba limitarsi al solo art. 2449 c.c.

Seguendo l'indirizzo della giurisprudenza della Corte di Giustizia che, pur se resa nei confronti dei poteri speciali riconosciuti al socio pubblico in quanto titolare di una partecipazione azionaria, accentua la rilevanza degli interessi generali come "ragione imperativa in grado di giustificare una limitazione alla libera circolazione dei capitali" e indica nella garanzia di un servizio di interesse generale una ragione imperativa di un interesse generale..." (Corte di giustizia cause riunite C282/04 e C-283/04 *sub* punti 32-38), sarebbe stato auspicabile una scelta meno "strumentale" ma più razionale.

Coordinando in un unico testo normativo il regime dei poteri speciali nel loro adeguamento alla normativa comunitaria, e la riforma degli artt. 2449 e 2450 rivisitati per renderli compatibile con la tutela comunitaria di un interesse generale, si sarebbe potuti pervenire ad un regime di tutela di questi interessi non solo nel caso di una partecipazione pubblica ma anche avendo riguardo alla natura dell'attività svolta dalla società, che ha una sua autonomia e rilevanza rispetto all'assetto proprietario.

Di qui l'opportunità di sfruttare l'occasione contingente della contestazione comunitaria per rivedere in un testo unitario le varie discipline speciali nei limiti della rispettiva compatibilità anziché procedere ad una singola e pertanto immotivata abrogazione d'urgenza.

3.

Investimenti di "fondi sovrani" e tutela degli "interessi nazionali". Spunti dalla giurisprudenza della Corte di giustizia in tema di "interesse generale" e di limiti alla libertà di movimento dei capitali e di stabilimento: a volte "non è tutto oro quel che luccica"* **

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. Libertà di movimento dei capitali e libertà di stabilimento nella più recente giurisprudenza della Corte di giustizia sui c.d. "poteri speciali". - 3. Reazioni all'attività dei fondi sovrani. - 4. Investimenti dei fondi sovrani... - 5. ... e reazioni nazionali per limitare l'afflusso di capitali. - 6. La c.d. "golden share virtuosa" e gli "interessi fondamentali della collettività". - 7. I poteri speciali nella tutela dell'ordine pubblico e della pubblica sicurezza. - 8. La decisione della Corte di giustizia nel caso Campus Oil limited del 10 luglio 1984 (causa C-72/83). - 9. La decisione della Corte di giustizia del 4 giugno 2002 (causa C-503/99) sui poteri speciali del governo belga. - 10. Le riserve della Corte di giustizia (causa C-326/07 del 26 marzo 2009) sul regime italiano dei "poteri speciali" nella prospettiva di una ricostruzione a sistema dei possibili vincoli agli interventi dei fondi sovrani.

1. Premessa

* Da *Dir. banc.*, 2010, I, 27-62.

** Utilizza questa espressione l'avvocato generale Dàmaso Ruiz-Jarabo Colomer in apertura delle conclusioni (punto 1) nella causa C-326/07 (Commissione c. Repubblica italiana) sulle modalità d'esercizio dei c.d. "poteri speciali" che si è conclusa con la condanna dell'Italia con sentenza del 26 marzo 2009.

Richiamandosi all'espressione contenuta nel Mercante di Venezia, entrata nel comune commento all'orientamento della Corte sulla *golden share* (v. prima, LOOIJESTJN-CLAIRE, *All that glitters is not gold: European Court of Justice strikes down golden share in two dutch companies*, in *Eur. Bus. Org. L Rev*, 2007, p. 429, ed ora COLANGELO, *Golden shares, diritto comunitario e i mercanti di Venezia*, in *Foro it.*, 2009, IV, p. 221; NASCIMBENE, *Norme nazionali sulle golden shares e diritto comunitario*, in *Corr.*

Fra le soluzioni prospettate per prevenire un intervento dei fondi sovrani effettuato, non in base a "considerazioni di tipo puramente economico o commerciale ma allo scopo "politico" di consentire all'investitore *effettivo* (i.e. i governi dei paesi di cui gestiscono risorse naturali) di esercitare un'influenza notevole o dominante nell'ambito "settori sensibili" o d'interesse strategico di altri Stati..."¹ merita di essere riconsiderata la possibilità di introdurre, in sede comunitaria e nei singoli ordinamenti nazionali, una disciplina informata al regime della c.d. *golden share* o, per il nostro ordinamento, dei c.d. "poteri speciali".

Nell'esame dei limiti al potere eli intervento degli Stati in materia economica² un ruolo fondamentale, nella distinzione tra "libertà del mercato" e "libertà di mercato"³ è stato svolto, in un modello di mercato con-

giur., 2009, p. 1017), l'avvocato generale ha sottolineato che "tale proverbio dovrebbe essere ben noto agli Stati membri, che alla stregua di re Mida, si impegnano a trasformare in un surrogato del prezioso metallo le partecipazioni nel capitale di imprese che operano in settori strategici o che prestano servizi pubblici".

Il presente lavoro rappresenta, rielaborato, il testo di un intervento al 55° Convegno di Studi amministrativi di Varenna (24-26 settembre 2009) dedicato al tema *Nuovi poteri e dialettica degli interessi* ed è destinato agli Studi in onore di Alessandro Pace.

- ¹ Da ultimo, MEZZACAPO, *Law & Economics dei c.d. "Fondi sovrani" d'investimento nell'ordinamento comunitario e nazionale*, in questa *Rivista*, 2009, p. 70 che richiama sul punto le valutazioni della Banca Centrale Europea riportate nel numero di dicembre 2007 della *Financial Stability review*, p. 23. Solo in sede di correzione di bozze si è potuto tener conto del lavoro di CARBONE, *Golden share e fondi sovrani: lo Stato nelle imprese tra libertà comunitaria e diritto statale*, in *Dir. comm. int.*, 2009, p. 503 ss.

Per un ampio panorama delle soluzioni offerte nelle diverse realtà economiche, GUACCIERO, PAN e CHESTER, *Investimenti stranieri e fondi sovrani: forme di controllo nella prospettiva comparata USA- Europa*, in *Riv. soc.* 2008, p. 1359 ss. per un esame, oltre che dei problemi posti dalle *golden shares*, dell'utilizzo della clausola di reciprocità e della disapplicazione delle regole di passività e di neutralizzazione nella direttiva sulle offerte pubbliche.

- ² Sul tema, per un'indagine di carattere generale PICONE, *Diritto internazionale dell'economia e costituzione economica dell'ordinamento internazionale*, in PICONE e SACERDOTI, *Diritto internazionale dell'economia*, Milano, 1982, p.62 ss. ripubblicato in PICONE, a cura di, *Comunità internazionale e obblighi "erga omnes"*, Napoli, 2006, p. 162 ss. e in *Diritto internazionale privato comunitario e pluralità dei metodi di coordinamento tra ordinamenti*, a cura di Picone, *Diritto internazionale privato e diritto comunitario*, Padova, 2004, p. 488 ss.

- ³ Per tutti, nell'interpretazione dell'art. 41 Cost. v. nel tempo PACE, *Libertà "del" mercato e "nel" mercato*, in *Pol. dir.*, 1993, p. 328, che contrappone al primo concetto, privo di garanzia costituzionale, la "libertà nel mercato" intesa come "la risultante della convergente presenza, in un dato settore, di una pluralità di operatori e di una disciplina giuridica che predetermini le regole del gioco, valide per tutti nella stessa maniera" ed ora ARGENTATI, *Il principio di concorrenza e la regolazione amministrativa dei mercati*, Torino, 2008, p. 141 ss e ivi ampie citazioni cui si rinvia oltre che per un'applicazione della distinzione tra concorrenza *nel* mercato e concorrenza *per* il mercato in tema di

correnziale che richiede, a sua garanzia, interventi dei pubblici poteri, dalla giurisprudenza della Corte di giustizia. Regolando le condizioni che devono caratterizzare il regime delle privatizzazioni per consentire il passaggio allo "Stato del mercato"⁴ la Corte ha ritenuto ammissibile, nel contrasto fra la tutela del mercato e la difesa di interessi generali, l'intervento dello stato nazionale ma solo se "limitato a talune decisioni riguardanti gli attivi strategici delle società...in particolare le reti dell'energia, nonché alle relative decisioni di gestione specifiche che possono essere puntualmente messe in questione"⁵.

Anche se l'adozione di questa tecnica difensiva appare cautamente contrastata dalla Commissione nella Comunicazione (n. 115 del 27 febbraio 2008) intitolata *Un approccio comune europeo ai fondi sovrani*

affidamenti diretti di servizi e dell'*in house providing*, ivi, p. 327 ss.

Per una significativa e attuale valutazione nella stampa economica finanziaria di alcune delle conseguenze della "politicisation" delle società che operano "in the grey area between the public and private sector" e della sottovalutazione dei problemi che ne possono derivare cfr. il commento "Schumpeter: the rise of the hybrid company" in «The Economist» del 5 dicembre 2009, 69 che conclude "This politicisation is particularly troublesome when it comes to expanding abroad. State - supported companies often conjure up images of imperialism", sottolineando "It is hard to read about CNPC' promises to build roads in Africa in exchange for oil without thinking of the East India Company" (enfasi aggiunta)

- ⁴ MERUSI, *Certezza dell'amministrazione tra spazio e tempo*, in *Sentieri interrotti della legalità*, Bologna, 2007, p. 45, nel proporre questa locuzione in sostituzione di stato regolatore, sottolinea la minor valenza di quest'ultima espressione in quanto essenzialmente politica.
- ⁵ Corte giust. 4 giugno 2002, causa C-503/99, (p.ti 49-50). Per un quadro dei principi guida enunciati dalla Corte nei confronti delle diverse legislazioni nazionali, v. SANTA MARIA, *Diritto commerciale europeo*, Milano, 2008, p. 318 ss. e, per una prima lettura, A.F. ESPOSITO, *La libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali*, in Cofrancesco, a cura di, *Il diritto comunitario tra liberismo e dirigismo*, Roma, 2009, p. 123 ss.

Sull'organizzazione e la disciplina del mercato delle strutture di rete, considerate dalla normativa nazionale condizione per l'esercizio dei poteri speciali in caso di "grave ed effettivo pericolo per la sicurezza degli impianti e delle reti nei servizi pubblici essenziali" (art. 2, comma secondo, lett. c) d p. c. m. del 10 giugno 2004), v. i contributi in tema di impresa, energia e telecomunicazione in Predieri e Morisi, a cura di, *L'Europa delle reti*, Torino, 2001, p. 93 ss.; M. GRILLO, *Infrastrutture a rete e liberalizzazione delle public utilities* in DE VINCENTI e VIGNERI *Le virtù della concorrenza (regolazione e mercato nei servizi di pubblica utilità)*, Bologna, 2006, p. 281; V. MINERVINI, *Pubblico e privato nei contratti di interconnessione tra reti (con particolare riferimento al settore delle comunicazioni)*. *Prime riflessioni*, in *Dir. comm. int.*, 2007, p. 328 ss.; con particolare riguardo al settore dell'energia elettrica v. BRUTI LIBERATI, *La regolazione pro concorrenziale dei servizi pubblici a rete*, Milano, 2006, specie p. 99 ss. e le conclusioni di MERUSI, *Nuove problematiche nei rapporti tra regolamentazione e concorrenza*, in Bruti Liberati e Donati, a cura di, *Il nuovo diritto dell'energia tra regolazione e concorrenza*, Torino, 2007, p. 261 ss.

quando sottolinea il rischio, nel caso dell'adozione di una forma di tutela ispirata alla *golden share*, di un'abdicazione dell'Unione europea "al suo impegno per un regime di investimento aperto... difficile da conciliare con il diritto e gli impegni internazionali della Comunità", non sono mancate valutazioni, indicative di un diverso approccio.

Si possono ricordare al riguardo sia la dichiarazione (23 luglio 2007) dell'allora commissario Mandelson sul ricorso ad una tutela informata alle regole della *golden share* per contrastare l'attività di "*state-controlled funds... to buy european companies in sensitive industry that the buying country protect domestically*", ma sempre in modo da garantire il rispetto di una "reciprocal market openness not reciprocal protectionism",⁶ sia la più recente presa di posizione del commissario Barroso che, anche se su di un piano diverso, precisa: "We will not propose European legislation, though we reserve the right to do so if we cannot achieve transparency through voluntary means"⁷.

Il cambiamento di prospettiva, imputabile probabilmente oltre che alla ricerca di soluzioni di "soft law"⁸ per sopperire alla "opacità gestionale"⁹ degli obiettivi dell'investimento, agli orientamenti maturati da alcuni governi nazionali (ad esempio Francia e Repubblica federale tedesca)¹⁰,

⁶ V., ad esempio, "State-backed funds force EU shift on golden shares" in *Financial Times* del 23 luglio 2007 e le dichiarazioni di Mandelson riportate nella stessa data in *Le monde*, nell'ambito di un'intervista sui problemi con l'OMC: "L'émergence de ces fonds est un phénomène nouveau qui pose question surtout si ces investissements sont menés avec des arrière-pensées politiques. Notre réponse immédiate ne doit pas être de les interdire. Il sera en outre difficile de définir des secteurs stratégiques au sein de l'Ue. Nous devons donc imaginer des dispositifs qui garantissent le contrôle européen sur des secteurs vitaux, comme une "golden share" européenne. L'usage de cette action privilégiée pourrait être une compétence partagée entre la Commission et les Etats membre, au nom de l'intérêt européen, et pas seulement d'un intérêt national spécifique".

⁷ Intervento ricordato da BAGHAT, *Sovereign wealth funds: dangers and opportunities*, in *International Affairs*, 2009, p. 1202.; sull'esame di compatibilità della previsione di una *golden share* comunitaria sul mercato di distribuzione del gas naturale con la normativa multilaterale in tema di servizi, v. MOSCHETTA, *Il mercato comunitario del gas naturale (investimenti esteri diretti e diritto internazionale)*, Milano, 2009, 134 ss.

⁸ Sul tema generale della *soft law* e della responsabilità sociale delle imprese, da ultimo, CONTE, *Vincoli giuridici, principi economici e valori etici nello svolgimento dell'attività d'impresa* in *Contr. e impr.*, 2009, p. 687 ss. e ivi ampie richiami fra cui si ricordano diversi contributi in Conte, a cura di, *La responsabilità sociale dell'impresa*, Roma-Bari, 2008, *passim*.

⁹ GUACCERO, PAN, CHESTER, *op. cit.*, p. 1377.

¹⁰ Oltre alla stampa finanziaria internazionale per la quale si segnalano, in via d'esempio, "Germany prepares law to block unwelcome sovereign funds", in *Financial Times* del 10

non esclude l'opportunità di un riesame delle condizioni che legittimano l'adozione, anche nella giurisprudenza della Corte, di provvedimenti in grado di limitare le libertà di movimento dei capitali e di stabilimento.

Vanno tenute presenti in questa prospettiva le variabili che concorrono nella rappresentazione del pubblico interesse a definire il contenuto della nozione di "politica industriale"¹¹ e le differenti situazioni richiamate per giustificare interventi protezionistici¹².

Spunti per una valutazione del temperamento dei diversi assetti d'interesse sono forniti dall'apertura, presente nella giurisprudenza comunitaria fin dalla causa contro il Belgio (C-503/99) e sempre ribadita in linea di principio nelle successive decisioni, anche quando hanno negato con decisione ogni legittimità a regimi nazionali di *golden shares*, e dalle conclusioni dell'avvocato generale Dàmaso Ruiz-Jarabo Colomer (6 novembre 2008, causa C-326/07) sull'esercizio nel nostro sistema dei poteri speciali (art. 1, d.p.c.m. del 10 giugno 2004).

In questa occasione, in risposta alle preoccupazioni dello stato membro nei confronti degli investitori di paesi terzi (v. infra sub n. 6) l'avvocato generale ha, prima, sottolineato (p.to 92) che "i governi conservano un certo margine di manovra per frenare gli investitori al di fuori dei confini della Comunità che abbiano intenzioni discutibili, ponendo limiti alle loro operazioni..." per poi affermare, una volta inquadrati "i poteri speciali nell'ambito dell'art. 43 CE...", che "l'incompatibilità con la libertà di stabilimento del potere di opporsi a tali decisioni fondamentali per la vita dell'impresa non impedisce agli Stati membri di mantenere il veto nei confronti dei grandi azionisti extracomunitari, che non godono della libertà fondamentale del diritto di stabilimento".

I termini del dibattito richiamano l'osservazione, ben più generale,

aprile 2008; "France warms to sovereign wealth", *ivi*, 23 maggio; "L'Allemagne contre le fonds souverains" in *Le monde* del 24 maggio successivo, v. POSNER, *A failure of capitalism*, Harvard University Press, 2009, 38-39 sull'intervento dei fondi sovrani, unitamente alle altre componenti del mondo finanziario, nell'investire, prima della crisi, i loro *large dollar surpluses* per sopperire alla *diminishing source of funds for lending*.

¹¹ GHEZZI, *La disciplina delle concentrazioni e la promozione dei campioni nazionali tra diritto comunitario e normative nazionali antitrust*, in *Riv. soc.*, 2003, p. 1109.

¹² COMBA, *Neo liberismo e globalizzazione dell'economia*, in Comba, a cura di, *Neoliberalismo internazionale e Global Economic Governance (Sviluppi istituzionali e nuovi strumenti)*, Torino, 2008, p. 32 ss. che, come esempio, richiama gli acquisti dei fondi sovrani che, effettuati al fine di ottenere il controllo di società, possono dar luogo a forme di protezionismo (il c.d. protezionismo finanziario) fondate "essenzialmente sul principio generale della salvaguardia della sovranità dei singoli Stati in tutte le sue diverse espressioni".

che "la sovranità del mercato, proprio attraverso il diritto e i processi ricorsivi che esso attiva, rischia di andare oltre l'economia e di farsi minacciosa per l'autonomia delle altre comunicazioni sociali"¹³, sì che appare opportuno rileggere le conclusioni dell'avvocato generale nel quadro della complessiva giurisprudenza della Corte di giustizia sia per la delicatezza dei problemi posti dal richiamo alla "sicurezza pubblica" che per l'assenza di un generale "agreement on what constitutes 'economic security' or how to identify a 'strategic' industry"¹⁴.

Se non può essere trascurato il rilievo che "da un lato il rischio viene spesso invocato in modo implicito e, dall'altro il limite della sicurezza pubblica è applicabile da ciascuno stato in modo diverso, seppure nel rispetto (per gli Stati che appartengono all'Ocse) eli alcuni principi generali: proporzionalità, non discriminazione, trasparenza, responsabilità delle autorità di regolazione, prevedibilità dell'evento"¹⁵, occorre d'altro canto valutare l'incidenza sul concetto di "investitore" delle caratteristiche istituzionali dei fondi sovrani ai fini di permettere un controllo dei loro investimenti che sia "componente essenziale della sovranità statale e del principio di autodeterminazione in ambito economico"¹⁶.

2. Libertà di movimento dei capitali e libertà di stabilimento nella più recente giurisprudenza della Corte di giustizia sui c.d. "poteri speciali"

La discussione cui ha dato luogo la decisione "Volkswagen" (causa C-112/05 del 23 ottobre 2007) sull'illegittimità di una normativa nazionale che aveva introdotto un tetto al voto e la previsione di una minoranza di blocco, oltre ad identificare un'apertura nella "curtain

¹³ M. BARCELLONA, *L'interventismo europeo e la sovranità del mercato*, in P. Barcellona, a cura di, *La società europea. Identità, simboli, politiche*, Torino, 2009, p. 66.

¹⁴ COHEN, *Sovereign wealth funds and National security: the Great Tradeoff*, in *International Affairs*, 2009, p. 723.

¹⁵ BASSAN, *Una regolazione per i fondi sovrani*, in *AGE*, 2009, p. 104.

¹⁶ Sulla definizione di investitore straniero in funzione dell'intervento dei fondi sovrani, quando utilizzati come strumento di politica estera, COSTAMAGNA, *Promozione e protezione degli investimenti esteri nel diritto internazionale*, in *Neoliberalismo internazionale*, cit., p. 255 ss.; per uno spunto v. anche SCISO, *Appunti di diritto internazionale dell'economia*, Torino, 2007, p. 183; sulla nozione di investimento all'estero e sul diverso comportamento degli Stati v. ora ORLANDI, *Lezioni di diritto internazionale dell'economia*, Napoli, 2009, p. 111 ss.

for the Renish model of capitalism”¹⁷ e a sottolineare, ancora una volta, il ruolo della giurisprudenza comunitaria “... as a part of a contemporary corporate law making in progress”¹⁸, ha messo in evidenza le conseguenze, sotto il profilo societario¹⁹, del principio per il quale “tutte le norme nazionali che dissuadono dallo stabilire ‘legami duri’ rappresentino restrizioni alla libera circolazione dei capitali” se non ne siano state prima individuate le condizioni di applicazione.²⁰

I riflessi della pronunzia comunitaria, condotta, ancora una volta, con un'esclusiva considerazione del regime della libertà di movimento dei capitali (art. 56 del Trattato)²¹ vanno ora confrontati, ai fini di ricostruire l'evoluzione dell'indirizzo della Corte di giustizia, sia con la successiva decisione (causa C-326/07) del 26 marzo 2009²² che ha applicato nel giu-

¹⁷ ZUMBANSEN-SAAM, *The ECJ, Volkswagen and European Corporate Law, Reshaping the European Varieties of Capitalism*, in *GLJ (German Law Journal)*, 2007, p. 1033; con taglio critico dell'impostazione della Corte, SPATTINI, “Vere” e false “Golden shares” nella giurisprudenza comunitaria. La “deriva sostanzialista” della Corte di giustizia, ovvero il “formalismo” dei principi della “natura della cosa: il caso Volkswagen, e altro...” in *Riv. it. Dir. pubbl. comunit.*, 2008, p. 35 ss. Per un'indagine sulla più recente evoluzione dei cambiamenti nel sistema tedesco di finanziamento delle imprese v. ora GLASSMANN, *Spiegare il cambiamento istituzionale nel capitalismo tedesco*, in *Stato e mercato*, 2009, p. 192 ss.

¹⁸ ZUMBANSEN-SAAM, *op. cit.*, 1046; TEICHMANN-HEISE, *Das VW-Urteil des EuGH und seine Folgen*, in *BB (Betriebs Berater)* 2007, p. 2582; KILIAN, *Vereinbarkeit des VW-Gesetzes mit Europarecht*, in *NJW (Neue Juristische Wochenschrift)*, 2007, p. 3469.

¹⁹ LIDER, *Staatliche Sonderrechte in Aktiengesellschaft. Zulässigkeit nach deutschem Aktienrecht und europäischem Gemeinschaftsrecht*, in *ZHR (Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht)*, 2008, p. 306 ss.; SANDERS, *Höchststimmrechte und Kapitalverkehrsfreiheit nach der VW-gesetz-Entscheidung-Psychologisiert der EuGH den Schutzbereich des Art. 56 HG?*, in *EuZW*, 2008, p. 33 ss.

²⁰ MUCCIARELLI, *La sentenza “Volkswagen” e il pericolo di una “convergenza” forzata tra gli ordinamenti societari*, in *Giur. comm.*, 2009, II, p. 281.

²¹ Conduce l'esame dei vari temi con esclusivo riferimento all'art. 56 del Tratt. LIDER *op. cit.*, rispettivamente, pp. 310, 326 e 332. Nella nostra esperienza per un'approfondita riflessione sugli effetti del principio stabilito dalla giurisprudenza comunitaria sulla disciplina del diritto societario, PORTALE, *La riforma delle società di capitali tra diritto comunitario e diritto internazionale privato*, in *Scritti in onore di Vincenzo Buonocore. Diritto commerciale. Società*, vol. III, tomo III, Milano, 2005, p. 3505 ss.

²² Pubblicata in *Giur. comm.*, 2009, II, 629 ss. con nota di DEMURO, *La necessaria oggettività per l'esercizio dei poteri previsti dalla golden share*, che conclude correttamente: “solo in relazione al caso concreto si potrà stabilire la sussistenza del ‘grave ed effettivo pericolo’ posto alla base dell'esercizio (necessariamente: debitamente motivato) dei diritti speciali a tutela di situazioni di ordine pubblico e sicurezza pubblica”. Sussisterà, quindi, un possibile “rischio” di un utilizzo non “virtuoso” della *golden share* che, non diversamente dagli altri abusi del diritto, potrà avere una tutela giudiziale *ex post* e non *ex ante*”. Per un quadro più generale v., dello stesso A. *Introduzione alla disciplina*

dizio sull'esercizio dei c.d. poteri speciali il principio della libertà di stabilimento (art.43)²³, sia con le conseguenze che nell'attuazione di questo principio potrà avere la decisione "Cartesio" (Causa C-210/06 del 16 dicembre 2008) sul trasferimento della sede reale della società²⁴.

Nella sentenza del 26 marzo 2009 la Corte, accogliendo nei confronti della Repubblica italiana le indicazioni dell'avvocato generale sull'incidenza del "potere di veto del ministro dell'economia" nella gestione delle società privatizzate (p.ti 77-81)²⁵, ha analizzato le con-

delle società in mano pubblica, in Il nuovo diritto societario nella dottrina e nella giurisprudenza: 2003-2009, Comm. Cottino, Bologna, 2009, p. 865 ss.

²³ Sull'incertezza interpretativa dei precisi confini dei controlli in materia di diritto eli stabilimento e di libera circolazione dei capitali e sulla sovrapposizione che ne può conseguire, CARBONE, *op. cit.*, p. 517.

²⁴ Fra i primi commenti su questa decisione v. PARLEANI, *L'arrêt Cartesio, ou l'ingénieuse incitation à la migration intra communautaire des sociétés*, in *Droit comm. soc.* 2009, 150 ss.; AUTENNE, *Cartesio-Les contours incertains de la mobilité transfrontalière des sociétés revisités*, in *Cahier droit eur.*, 2009, 92 ss. e nella nostra esperienza DELI-PERNAZZA, *Trasferimento della sede delle società tra libertà di stabilimento e norme internazionalprivatistiche*, in *Le società*, 2009, specie 1440 ss. Sulle conseguenze del filone interpretativo seguito dalla Corte di giustizia sul diritto internazionale societario prima del caso Cartesio v. *ex multis*, oltre il contributo di BENEDETTELLI, *Diritto internazionale privato delle società e ordinamento comunitario in Diritto internazionale privato e diritto comunitario*, cit., 205 ss., l'analisi di PORTALE, *op. cit.*, p. 3507 che si conclude, nel richiamo alla sintesi di MUIR WATT, *Note à Cour de justice des Communautés européennes du 30 Septembre*, in *Rev. crit. droit int. priv.*, 2004, 177, con l'affermazione che la giurisprudenza comunitaria consente "ai fondatori della società di trasformare una situazione puramente interna in situazione intracomunitaria e di appellarsi successivamente alla libertà di stabilimento per neutralizzare le disparità di legislazione tra lo stato dell'incorporazione (più liberale) e lo stato di accoglienza (che in mancanza della scelta del luogo straniero di costituzione, avrebbe imposto degli obblighi sostanziali gravosi)".

Ricorda ora, con particolare vivezza d'accento, la legittimità della ponderazione nell'esperienza giuridica degli affari nella scelta dello "stabilimento" come dato acquisito del diritto comunitario SPADA, *Regole e giurisdizioni in concorrenza: il crepuscolo della sovranità*. Napoli, 2009, p. 14, ma richiamando anche la conclusione di VIOLA, *La concorrenza degli ordinamenti e il diritto come scelta*, Napoli, 2008, p. 56 che "il contenuto normativo... è quello che permette ad una nonna di materializzarsi nei contesti delle pratiche sociali e in qualche misura rende gli utenti del diritto partecipi e responsabili del processo di concretizzazione delle norme a condizione che vi siano adeguati controlli, affinché ciò non si risolva in uno sfruttamento delle risorse giuridiche a proprio esclusivo vantaggio".

²⁵ Sul regime speciale dell'intervento pubblico nelle imprese interessate dal processo di privatizzazione nei confronti delle delibere di scioglimento, di trasferimento dell'azienda, di fusione e trasferimento della sede sociale all'estero, di cambiamento dell'oggetto sociale o di soppressione e modifica del regime stesso v. per tutti ANGELICI, *L'autonomia nella disciplina societaria delle società "privatizzate"*, in *Studi in onore di Gustavo Romanelli*, Milano, 1997, ora ripubblicato in *Attività e organizzazione*.

dizioni di legittimità per l'esercizio dei c.d. "poteri speciali", già oggetto di critica per la loro discrezionalità²⁶, anche sotto il profilo della libertà di stabilimento come era stato richiesto fin dai primi commenti alle decisioni iniziali della Corte²⁷.

Con l'ultima pronunzia la Corte di giustizia ha riconosciuto (p.to 56) che è la libertà di stabilimento ad essere limitata quando "l'esercizio dei poteri di opposizione riguarda anche partecipazioni che conferiscono ai loro detentori il potere di esercitare una *sicura influenza sulla gestione delle società... nonché di indirizzarne l'attività*" (enfasi aggiunta).

Merita ricordare che già nei commenti alla decisione "Volkswagen" era stato osservato con riguardo al profilo dell'interesse generale, peraltro sempre da identificare nel suo contenuto concreto, "ce n'est pas la nécessité ou la proportionnalité qui furent discutés dans l'arrêt Volkswagen, mais l'existence possible d'intérêts généraux spécifiques au droit des sociétés"²⁸.

Si pone in tal modo in evidenza un tema in grado di influire sulla condotta degli Stati della Comunità sia sul piano interpretativo della normativa comunitaria che sui futuri interventi legislativi.

Sia che gli Stati nazionali siano azionisti in società attive "in settori sensibili per l'economia o gli interessi nazionali" tali da giustificare un condizionamento del principio di eguaglianza tra i soci²⁹, sia che tali interessi debbano essere tutelati indipendentemente dalla presenza dello

Studi di diritto delle società, Torino, 2007, 52 da cui si cita e per la dottrina pubblicistica SPATTINI, *Poteri pubblici dopo la privatizzazione (Saggio di diritto amministrativo dell'economia)*, Torino, 2006, specie p. 240 ss.

²⁶ SPATTINI, *op. cit.*, p. 242 ha osservato come la discrezionalità riconosciuta dal legislatore nazionale "pare contrastare comunque con le "leggi del mercato", la libertà delle imprese pur in ambiti concorrenzialmente regolati, ovvero la "natura delle cose".

²⁷ Avevano indicato la necessità dell'esame sotto il profilo dell'art. 43 Tratt. BALLARINO-BELLODI, *La golden share nel diritto comunitario*, in *Riv. soc.*, 2004, 37 ss.

²⁸ PARLEANI, *Après l'arrêt Volkswagen du 23 octobre 2007 quelle liberté pour les États actionnaires?* in *Rev. soc.*, 2007, 868 ss. Per una recente ricerca sul comportamento degli Stati nel quadro degli accordi internazionali, con particolare attenzione alla giurisprudenza arbitrale, v. BEN HAMIDA, *La prise en compte de l'intérêt general et des impératifs de développement dans le droit des investissements*, in *Journ. droit intern.*, 2008, p. 999, ss, specie con riguardo agli aspetti della "Corporate social responsibility" (p. 1010) e al trasferimento di tecnologie (p. 1015).

²⁹ D'ATTORRE, *Il principio di eguaglianza tra soci nelle società per azioni*, Milano, 2007, p. 137; STANGHELLINI, sub art. 2355, bis in *Commentario Marchetti, Azioni (artt- 2346-2362)*, a cura di Notari, Milano, 2008, p. 576 e p. 604.

Stato imprenditore³⁰, si pone il problema della tutela nell'ordinamento, comunitario e nazionale, di un interesse pubblico ("generale") in funzione dell'attività della società, come può avvenire con l'intervento dei fondi sovrani se ritenuto "in contrasto con l'interesse nazionale dello Stato in cui avviene l'investimento"³¹.

3. Reazioni all'attività dei fondi sovrani

Nell'attuale fase di congiuntura economica l'attenzione sulla natura degli interessi coinvolti dagli investimenti dei fondi sovrani (il cui acronimo - Fos o Swf - corrisponde all'espressione anglosassone "Sovereign Wealth Funds")³² è stato accentuato da una ripresa della loro attività che, pur presentando un'incidenza sul mercato finanziario inferiore ad altre componenti³³, ha riconfermato la delicatezza di profili che, già emersi in passato, sono stati risolti in modo diverso nei singoli ordinamenti nazionali a seconda che si considerasse prevalente il risultato della liquidità finanziaria ottenuta con il loro intervento ovvero si valutasse preponderante il profilo della stabilità degli "asset"

³⁰ Con particolare riguardo alla parziale "sociale Privatisierung" della Volkswagen effettuata nel 1960 in attuazione della politica della "sozial-liberalen Koalition" v. STORR, *Der Staat als Unternehmer*, Tübingen, 2001, p. 21 ss.; KAMMARER, *Privatisierung (Typologie-Determinanten-Rechtspraxis-Folgen)*, Tübingen, 2001, p. 426 ss.

³¹ COMBA, *op. cit.*, p. 33; di interesse per una valutazione complessiva del fenomeno sono anche le valutazioni contenute nell'intervista a Bremmer, dal titolo *Il capitalismo di stato*, in *Aspenia*, 2009, specie p. 174. Per un quadro del dibattito sulla configurazione della nozione di "interesse nazionale" nel nostro ordinamento v. PALAZZI, *Interesse nazionale (nella Cost. 1948)* in *Enc. dir., Annali II*, t. secondo, Milano, 2008, p. 730 ss. e VANDELLI, voce *Interesse nazionale (dopo riforma 2001)*, *ivi*, p. 739 ss.

³² Sulle possibili classificazioni dei fondi sovrani è sempre opportuno partire dalla definizione data dal FMI nel documento alla base dei c.d. principi di Santiago, 2008 "Sovereign Wealth Funds-Generally Accepted Principles and Practices". Per questa definizione e per l'interpretazione di una serie di dati recenti, oltre le rilevazioni presenti nel bollettino del mese di gennaio 2009 della Banca centrale europea 83 ss., v. specialmente QUADRIO, CURZIO e MICELI, *I fondi sovrani*, Bologna, 2009, p. 45 ss cui si possono aggiungere, per il periodo successivo, gli elementi ricavati dalle ricerche del Monitor Group e della Fondazione Eni Enrico Mattei esposti in "*Wealth funds return to the fray*" in *Financial Times* del 3 agosto 2009.

³³ V. ad esempio quanto hanno osservato da ultimo gli analisti della Deutsche Bank in "Sovereign wealth funds suffer sharp falls" in *Financial Times* del 21 luglio 2009 sui risultati di una ricerca che "makes clear that sovereign wealth funds are far less important in the financial market than banks, investment funds, insurance companies and pension funds, which have much bigger holdings".

strategici degli Stati occidentali³⁴.

Si sono così riproposti, nel richiamo alla tutela dell'interesse nazionale³⁵ e del rispetto delle regole di mercato, gli interrogativi collegati alla natura pubblica dei fondi sovrani e alla necessità di una risposta che trovasse spazio fra soluzioni di segno diverso a seconda che prevalgano "reazioni (neo)protezionistiche...nei confronti dell'attività di tali... "veicoli d'investimento" di risorse statuali"³⁶ o, all'opposto, aperture nella politica economica come è avvenuto nel corso della recente crisi internazionale³⁷ per gli aumenti di capitale delle banche di rilevanza internazionale³⁸.

Le indicazioni da rispettare in tema di trasparenza (c.d. *Santiago rules*) nell'ambito dei risultati ad oggi raggiunti in via convenziona-

³⁴ NAPOLITANO, *Il nuovo Stato salvatore: strumenti di intervento e assetti istituzionali* a commento dell'*Emergency Economic Stabilization Act* del 2008 e dei dd. ll. 9 ottobre 2008, n.155 e 13 ottobre 2008, n. 157, in *Giorn. dir. amm.*, 2008, 1091.

³⁵ *Fondi sovrani e sovranità nazionale* in *Gnosis, Rivista italiana di Intelligence*, AISI, n. 1, 2008, citato da G.E. VALORI, *Il futuro è già qui*, Milano, 2009, p. 91.

Per una ricostruzione dell'evoluzione della nozione eli interesse nazionale nell'ottica della politica dei campioni nazionali, sia permesso rinviare a quanto detto in SANTONASTASO, *Le società di interesse nazionale*, Milano, 2002, p. 32 ss. Richiama ora la disciplina dell'art. 2451 c.c., ricollegandosi a AMOROSINO, *Tipologie e funzioni delle vigilanze* in *Le vigilanze economiche. Regole ed effetti* a cura di Bani e Giusti, Padova, 2004, 31, MEZZACAPO, *op. cit.*, p. 72, sub nota 56. Per un esame sistematico dei "campioni nazionali" sotto il profilo della tutela della concorrenza GHEZZI, *La disciplina delle concentrazioni e la promozione dei campioni nazionali tra diritto comunitario e normative nazionali antitrust*, in *Riv. soc.* 2003, p. 1099 ss.

³⁶ MEZZACAPO, *op. cit.*, p. 77.

³⁷ POSNER, *op. cit.*, p. 54 ss.; per una brillante sintesi descrittiva sulla "rational irrationality" del sistema finanziario, v. CASSIDY, *How Markets Fail, (The Logic of Economic Calamities)*, Allen Lane, 2009, p. 22 ss.

³⁸ V. l'editoriale "*The Competition Rules' Framework of the Financial Crisis in Legal Issues of Economic Integration*", 2009, p. 5; SINISCALCO, *Governi alle porte. Crisi del credito e fondi sovrani*, AGE, 2008, p. 82 ss. ma già TREMONTI *La paura la speranza. Europa: la crisi globale che si avvicina e la via per sottolinearla*, Milano, 2008, p. 42 aveva richiamato l'attenzione sulla varietà dei profili interessati, dal protezionismo alla tutela del mercato e sulla circostanza che, nel rispetto di un equilibrato "colberlisme", i fondi "diretta proiezione di governi stranieri... possono esercitare... la loro influenza politica soprattutto nel caso che investano, come già stanno facendo in un tipo di industria che è sempre più strategica: l'industria bancaria". Merita ricordare che nel d.l. 25 giugno 2008, n. 112, convertito con l. 6 agosto 2008, n. 133, l'art. 83 (comma venticinquesimo) dopo aver istituito un "Comitato strategico per lo sviluppo e la tutela all'estero degli interessi nazionali in economia" riconosce allo stesso comitato la competenza "anche al fine di farne oggetto di pareri al Governo" della "analisi di fenomeni propri della globalizzazione, quali l'influenza dei fondi sovrani..." (corsivo aggiunto).

le³⁹, e il persistente richiamo alla necessità di un accordo "volontario su questioni di *governance* e *accountability*, oltre che su un codice di condotta per i SWFs"⁴⁰ vanno ora integrati tenendo presenti, da un lato, le risposte dei governi nazionali che, in relazione alle scelte di politica economica che ne sono alla base, rendono palese nella loro alternanza il fluttuante condizionamento imposto dalle esigenze del momento e, dall'altro, gli effetti su questi comportamenti della giurisprudenza della Corte di giustizia.

La ripresa eli investimenti da parte dei fondi sovrani, se ripropone in termini di attualità le riserve sulla loro vera natura, per essere "espressione di un nuovo capitalismo di stato..." e il sospetto di essere "a ragione o torto..., portatori di interessi che vanno al di là della dichiarata massimizzazione dei rendimenti finanziari"⁴¹, rinnova anche la critica sulla loro *governance* in quanto i fondi - con alcune significative eccezioni quali la Norvegia e l'Alaska - non hanno "trasparenza, non comunicano ai mercati i loro bilanci, non esplicitano sino in fondo le loro strategie"⁴², circostanze tutte che non vanno trascurate nel valutare

³⁹ Per un quadro, a questo momento il più aggiornato, è utile consultare il *IMF Working Paper* del Monetary and capital markets Department, intitolato "*Setting up a Sovereign Wealth Fund: Some Policy and Operational Considerations*" curato da DAS-LU-MULDER-SY, dell'agosto 2009 e considerato dagli A. (p. 19) alla stregua di "a 'roadmap' to policymakers considering setting up an SWF and would be of interest to policymakers in countries where SWFs are already in place to review their existing policies and operations".

⁴⁰ Per tutti BERTONE, *Fondi sovrani e processo di integrazione finanziaria internazionale: Stepping Stones o Stumbling Blocks?* in *Osservatorio monetario* a cura del laboratorio di analisi monetaria dell'Università Cattolica di Milano, 2008, n. 3, p. 31 ss.; V. da ultimo anche quanto ha osservato ALPHANDREY, *A note on the long term financial flows between emerging and industrialized countries* nel corso della Paris Conference for long-term value § Economic Stability, tenuta il 22 giugno 2009 (p. 7 del dattiloscritto).

⁴¹ QUADRO CURZIO - MICELLI, *op. cit.*, p. 8, in una ricerca che allo stato rappresenta il contributo più significativo sia sotto l'aspetto economico che dell'analisi del portafoglio dei singoli fondi. Un'indagine curata, ricca di dati significativi per la comprensione e la rilevanza del fenomeno è anche in PASCA di MAGLIANO, *Fondi di ricchezza sovrana*, Milano, 2009, p. 23 ss.

⁴² SAPELLI, *La crisi economica mondiale. Dieci considerazioni*. Postfazione di De Lucia Lumeno, Torino, 2008, p. 34. Per un richiamo, anche se incidentale, alla possibilità che l'attuale crisi dei mercati consenta a chi ha liquidità di investire nelle grandi imprese nazionali, acquistandone il controllo anche se non è detto che dietro tali investimenti vi siano necessariamente "fondi sovrani o capitali di illecita provenienza" v. la lettera del presidente della Consob al direttore di "La Repubblica" del 21 aprile 2009, in risposta a M. Giannini, *La Consob e le urla del silenzio*, ivi, 20 aprile 2009, ricordata da LENER, *L'OPA obbligatoria dinanzi alla crisi dei mercati in Un anno con tredici lune: crisi e diritto*, AGE, 2009, p. 64.

la legittimità delle restrizioni nazionali ad un loro intervento.

Di qui l'esigenza di richiamare l'attenzione sulla necessità di adottare una regolazione dove la "tutela degli interessi strategici e fondamentali dello Stato ospite deve contemperarsi con l'esigenza di libertà di investimento dei fondi. L'investimento non può pertanto essere negato in radice ma, eventualmente, può essere sottoposto a condizioni specifiche, purché proporzionali"⁴³.

4. Investimenti dei fondi sovrani...

La crescente importanza degli interventi dei fondi d'investimento sovrani, segnalata dall'acquisto di partecipazioni significative in banche europee e degli Stati Uniti⁴⁴ è stata sottolineata più volte nel corso degli ultimi mesi dalla stampa, anche se a volte con titoli immaginificativi ("*Les fonds d'État effacent leur pertes avec la reprise de Bourses*")⁴⁵, ed è confermata dalla ripresa di investimenti e di accordi commerciali con i paesi dell'area occidentale⁴⁶.

Di particolare significato appare il comportamento del fondo sovrano norvegese che, oltre ad essere caratterizzato da una sostanziale ed effettiva trasparenza, si è recentemente caratterizzato per una politica di acquisti e disinvestimenti di carattere ambientale ed "etico" (v. ad esempio rispettivamente quanto ricordato da BAHGAT, *op. cit.*, p. 1199, nel riportare le dichiarazioni del ministro per le finanze e in "*Norway's fund wise to water risk*" e "*Norwegian state fund in \$4bn green push*", in *Financial Times* del 24 agosto e 1 settembre 2009 e in *The Lex Column*, ivi, 3 settembre e in *Il sole 24 ore* del 4 settembre a seguito del disinvestimento della partecipazione nella società israeliana Elbit, specializzata in componentistica per la difesa e coinvolta nella costruzione della barriera tra Israele e Cisgiordania.

⁴³ BASSAN, *op.cit.*, p. 95 ss. Sul corrispondente aspetto rappresentato dall'esigenza per le autorità di vigilanza di trovare il giusto equilibrio tra tutela degli interessi pubblici e garanzia della libertà d'iniziativa economica privata sul libero mercato "in una concezione della libertà economica sospesa tra garanzia di un contenuto minimo inviolabile e prevalenza di fini pubblici" v. anche SICLARI, *Crisi dei mercati finanziari, vigilanza, regolamentazione* in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2009, p. 53.

⁴⁴ Per una minuziosa informativa, PASCA di MAGLIANO, *op.cit.*, p. 70 ss.

⁴⁵ Da ultimo oltre a *Wealth funds return to the fray* in *Financial Times* del 3 agosto 2009, cit. e "*Market rally boosts Temasek's portfolio*" ivi, 18 settembre 2009, sull'attività del fondo di Singapore, v. *Le retour des milliards des fonds souverains*, in *Le Figaro (Economie)* del 19 agosto; LOCATELLI, *Il ritorno dei fondi sovrani*, in *Il sole 24 ore* del 30 luglio e, su un piano più generale, quanto osserva MUCCHETTI, "*Le briglie dell'Europa sulla nuova finanza*" in *Il corriere della sera* nella stessa data.

⁴⁶ Per un'illustrazione delle caratteristiche dei fondi sovrani pil1 rappresentativi dal punto di vista patrimoniale in una valutazione sia territoriale che finanziario v.

Da ultimo, in aggiunta ai dati illustrati dalle ricerche più recenti sull'attività dei fondi sovrani⁴⁷, si possono ricordare, in via del tutto esemplificativa, fra i casi ai quali la stampa internazionale finanziaria ha dato ampio risalto, l'acquisto dopo la riforma della legge VW dell'11 dicembre 2008 tuttora soggetta al vaglio comunitario⁴⁸, di una quota della Volkswagen s.p.a. (ora del 6,7% disponibile a salire al 17%) da parte del fondo del Qatar.

Con tale operazione il fondo è divenuto "un actionnaire de référence"⁴⁹ a seguito dell'indebolimento del c.d. "convitato di pietra"⁵⁰ (il gruppo Porsche), obbligato a trasferire ad un prezzo dimezzato i diritti d'opzione su VW, considerati "the passport into Germany's industrial heartland"⁵¹.

Ancora nella Repubblica federale tedesca va ricordata, contestualmente alla predisposizione di una normativa intesa ad ostacolare investimenti in grado di minacciare la sicurezza nazionale assai simile al regime adottato negli Usa⁵², la partecipazione del fondo "Aabar" d'Abu Dhabi, a seguito di "un virage spectaculaire" del governo

QUADRO CURZIO-MICELI, *op. cit.*, p. 34 ss. Per il periodo precedente è sempre attuale il commento "The new Rothschild. State-run funds are pumping money into financial sector", in *The Economist* del 29 settembre 2007.

⁴⁷ QUADRO CURZIO-MICELI, *op. cit.*, p. 41 ss.; PASCA di MAGLIANO, *op. cit.*, p. 69 ss.

⁴⁸ Non manca infatti di rilevare *The Economist* del 25 luglio 2009 sotto il titolo *Upheaval at Porsche. Exit Wiedeking*, che "Angela Merkel, the German chancellor, risked the wrath of the European Commission by refusing to end the state's blocking minority".

⁴⁹ Per tutti v. in *Le monde* del 15 agosto "En 2011, Volkswagen absorbera Porsche, dont il prendra 42% du capital pour 3,3 milliards d'euros".

⁵⁰ MUCCIARELLI, *op. cit.*, p. 282. I primi risultati sul mercato finanziario non sono stati tuttavia brillanti (*Volkswagen plunges after Qatar deal*, in *Financial Times* del 20 agosto 2009) anche se l'intervento del fondo estero era stato considerato un rimedio per "éviter que ne se reproduise un conflit familial aussi virulent" (così BRIANÇON, *La gouvernance chez Porsche est celle d'une PME de province*, in *Le monde* del 25 luglio 2009. Al contempo la procura ha aperto un'indagine "alleging market manipulation and the leaking of inside information in the failed takeover attempt of Volkswagen" (così in *Porsche raided in insider inquiry* del *Financial Times* del 21 agosto, e per altre notizie v. anche *La justice allemande enquête sur des délits d'initiés chez Porsche* in *Le monde* del 22 agosto e *La procura indaga su Porsche-VW* in *Il sole 24 ore* del 21 agosto).

⁵¹ È l'espressione utilizzata in *The Lex Column in Porsche's dealership* in *Financial Times* del 24 luglio 2009 anche se dopo l'operazione il titolo VW ha perso oltre il 16% (*Volkswagen plunges after Qatar deal* in *Financial Times* del 20 agosto).

⁵² GUACCERO-PAN-CHESTER, *op. cit.*, p. 1383.

Merkel⁵³, all'aumento di capitale della Daimler.

Sempre da parte di quest'ultimo fondo va segnalato l'acquisto, nel quadro di una politica d'investimento nell'alta tecnologia nel settore delle comunicazioni satellitari, del 32% della Virgin Galactic⁵⁴ cui corrisponde, per quanto riguarda la nostra esperienza⁵⁵, la stipula di un accordo fra la Lybian investment authority e Finmeccanica s.p.a.⁵⁶ e l'interesse libico ad una partecipazione azionaria nell'holding di settore che si dovrebbe confrontare con l'esercizio da parte dell'esecutivo dei poteri speciali, ancorché mutilati dopo la decisione della Corte di giustizia del 26 Marzo 2009 e la conferma dell'interesse del fondo libico a partecipare al capitale di banche nazionali e dell'Eni, investimenti tutti che troverebbero negli accordi fra Italia e Libia (ratificati con l. 6 febbraio 2009, n. 7) la "garanzia di tutela degli interessi di entrambe le parti"⁵⁷ e le condizioni per valutare le scelte politiche che li informano.

Da ultimo, notevole interesse per il suo significato nelle politiche di mercato delle fonti di energia, presenta la strategia della Repubblica popolare cinese⁵⁸ che, dopo il fallimento nel 2005 dell'offerta di acquisto da

⁵³ BAYART, *L'argent des fonds souverains ne fait plus peur*, in *Le Figaro* del 19 agosto 2009.

⁵⁴ Il *Financial Times* del 29 luglio 2009, così intitola il commento all'iniziativa economica: Abu Dhabi company has stellar vision for Virgin Galactic stake.

⁵⁵ Per una sintesi degli investimenti dei fondi sovrani in Italia, v. PASCA di MAGLIANO, op. cit., p. 75 ss.

⁵⁶ *Il sole 24 ore* del 29 luglio titola "Parte l'asse Finmeccanica-Libia" sulla costituzione di una "joint venture paritetica con il Fondo sovrano di Tripoli". In tema v. il commento di BETTS, *Finmeccanica ends first half with a Lybian away goal* in *Financial Times* del 31 luglio 2009 e, successivamente, gli spunti critici con la consueta ricchezza di informazione di MUCCHETTI, *I tanti rischi della Libia nell'Eni*, in *Corriere della sera* del 6 settembre 2009.

⁵⁷ QUADRIO CURZIO-MICELLI, op. cit., p. 54.

⁵⁸ V. ad esempio le operazioni illustrate nel *Financial Times* del 20 luglio 2009, *Chinese groups to buy oil field stake* e del 4 settembre *China predicts rare earths shortage* del 15 ottobre, *State funds cast their nets across the globe* del 4 novembre con l'articolo di HOYOS, *Burning ambition* dal significativo sottotitolo *Energy. As China's state oil companies seek ever bigger foreign deals, fears are growing at the extent of the sway it holds in the developing world - but the reality is rather more complex*; in *Le Figaro* del 2 settembre, *La Chine convoite le pétrol canadien* e in *The Economist* del 5 settembre *China invests in Canada's tar sands*. Per una prima informativa v. *La Chine multiplie ses achats d'entreprises dans l'énergie et le minerais* in *Le monde* del 18 agosto dopo la conclusione, ma sembra solo per il momento, della vicenda "Rio Tinto" dove Chinalco possiede il 9% della partecipazione azionaria. Recente, anche se anticipato al solo livello delle comunicazioni giornalistiche, è l'interesse manifestato dalla China Investment Corp. di partecipare al capitale della Areva, la società a maggioranza pubblica francese operante nel settore nucleare di cui era stata annunciata la disponibilità a cedere una quota del

parte della China National Offshore Oil Company (CNOOC) della società petrolifera statunitense Unocal per l'opposizione incontrata localmente⁵⁹ come sarebbe avvenuto l'anno successivo per il tentativo del fondo di Dubai di prendere il controllo di una società ("the -British-based PŞ O"), considerata una delle chiavi della gestione del sistema della gestione portuale negli Stati Uniti⁶⁰, ha costituito nel 2007 un nuovo fondo ("China Investment Corporation") recentemente oggetto di una robusta ricapitalizzazione⁶¹.

Con l'avvenuta contestuale scissione per la Russia dello "Stabilization Fund" costituito nel 2004 in due diversi fondi ("Reserve Fund" e "National Welfare Fund"), si conferma nella sua attualità il giudizio, per entrambi gli Stati, di essere "countries with unmistakable geopolitical ambitions"⁶².

5. ... e reazioni nazionali per limitare l'afflusso di capitali

La preoccupazione della dottrina economica per le operazioni di fondi sovrani "non sottoposti ad alcuna autorità di vigilanza"⁶³ oltre a trovare riscontro nella rilevanza comunitaria di scelte di carattere politico in grado di incidere sulla libertà di trasferimento dei capitali⁶⁴ e

15% a "partenaires stratégiques et industriels" stranieri (La Chine cherche à entrer dans le capital d'Areva in *Le monde* dell'8 settembre 2009).

⁵⁹ Sulla vicenda v. ampiamente COHEN, *op. cit.*, p. 721.

⁶⁰ GUACCERO-PAN-CHESTER, *op. cit.*, p. 1369; SINISCALCO, *op. cit.*, p. 82 ricorda al riguardo, gli interventi svolti dall'amministrazione statunitense per tranquillizzare l'opinione pubblica sia in sede istituzionale che tramite i media dell'informazione.

⁶¹ V. i dati esposti in *China considers extra \$200bn for CIC sovereign wealth fund* in *Financial Times* del 21 dicembre 2009.

⁶² COHEN, *op. cit.*, p. 719; per una sintesi degli interventi della Repubblica popolare cinese nei paesi in via di sviluppo v. HOYOS, *Burning ambition* in *Financial Times* del 4 novembre 2009 e, ivi, l'intervista dal titolo *Profits first, national interest second* a E. Rahm, "the White House chief of staff" a cui avviso "China's Energy planners do not want a 'serious crisis to go to waste'". Sulla politica seguita nel campo dell'energia dalla Russia v., da ultimo, la *Prefazione* di SAPELLI al lavoro di CASERTANO, *Sfida all'ultimo barile* Milano, 2009, p. VII ss. e i dati (p. 279) che concludono la ricerca.

⁶³ Per tutti v. QUADRIO CURZIO-MICELI, *op. cit.*, p. 68 ss.

⁶⁴ Cfr. l'editoriale di GOLDSCHMIDT, in *Cahiers droit européen*, 2007, p. 297, quando si sottolinea la rilevanza che "furthermore, 'political' considerations might weigh heavily in a decision to grant or not permission for foreign ownership in certain sectors, the implications of which might overrule a simple 'reciprocity' test". Sul punto v. anche le conclusioni di LAMANDINI, *Legiferare per illusione ottica? OPA e reciprocità "italiana"* in *Giur. comm.*, 2008, I, p. 297 e di SPATTINI, *op. cit.*, p. 307. Di no-

nel mutevole atteggiamento dei governi nazionali, hanno suggerito l'istituzione di "un fondo sovrano europeo" per realizzare le politiche generali infrastrutturali⁶⁵.

Senza considerare in questa sede la normativa degli Stati Uniti (*Foreign Investment and National Security Act* del luglio 2007) e l'operatività di un organismo *interagency*, quale il *Committee on Foreign Investment* (CFIUS)⁶⁶ in un sistema caratterizzato, fin dalle sue origini, dalla richiesta di una *credible evidence* per la minaccia alla sicurezza nazionale, dall'assenza di norme per affrontarla *adequately and appropriately*, in un'interpretazione della stessa nozione di "sicurezza nazionale" condotta *broadly and without limitation to particular industries*⁶⁷, è opportuno effettuare una prima rassegna dei più recenti interventi in alcuni stati della Comunità dai quali si trae talvolta l'impressione di una frequente contraddizione tra regole nazionali e regime comunitario⁶⁸.

Per il Regno Unito basti ricordare come si sia andati, in passato, da un comportamento del governo, contrario nel 1982 ad un *take over* sulla Britoil nel corso della sua privatizzazione per la concentrazione che ne sarebbe seguita di "most of Britain's offshore oil expertise in one company"⁶⁹ ad una successiva politica che, pur caratterizzata sempre dal potere di controllo e da un potere di veto ad acquisizioni estere ("Industry Act" 1975) di "important manufacturing undertaking", non

tevole interesse sotto l'aspetto informativo è l'intervento di WARDE, *Prédateurs, sauveurs ou dupes?* in *Le monde diplomatique*, maggio 2008.

⁶⁵ BASSAN, *op. cit.*, p. 150.

⁶⁶ Per un'ampia esposizione del sistema statunitense GUACCERO-PAN-CHESTER, *op. cit.*, p. 1360 ss e, per la definizione di "investitore straniero", COSTAMAGNA, *op. cit.*, p. 256 ss. e p. 276 ss. Per l'attuale orientamento negli Stati Uniti v. le dichiarazioni del Segretario al Tesoro Summers in CATÁ BACKER, *The Private Law of Public Law: Public Authorities as Shareholders, Golden Shares, Sovereign Wealth Funds, and the Public Law Element in Private Choice of Law*, in 82 *Tul. L. Rev.*, (2007-2008), p. 1860; GILSON-MILHAUPT, *Sovereign Wealth Funds and Corporate Governance: a Minimalist Response to the new Mercantilism*, in 60 *Stan. L. Rev.* (2007-2008), p. 1363, che osservano "the European comply or disclose approach, from which the SWF disclosure approach is derived, assumes that the market will enforce the voluntary standards if a company does not comply".

⁶⁷ GUACCERO-PAN-CHESTER, *op. cit.*, p. 1364.

⁶⁸ Sul tema PETRICCIONE, *Les mutations des investissements internationaux, la question des fonds souverains et les politiques de l'Union*, in HERZOG, a cura di, *A la recherche de l'intérêt européen*, Paris, 2008, p. 297 ss.

⁶⁹ GRAHAM, PROSSER, *Privatizing public enterprises*, Oxford, 1991, p. 148.

sembra essere stata mai utilizzata in concreto⁷⁰, realizzando in via di fatto una forma di mercato caratterizzato da una generalizzata apertura.

In Francia, già accusata da una "survivance d'un colbertisme moderne"⁷¹, è stata introdotta, prima, una normativa (décret n. 2005-1739 del 30 dicembre 2005) intesa ad assoggettare ad una "autorisation préalable" gli investimenti di provenienza extracomunitaria per una serie di attività giudicate di interesse nazionale (art. 2) e ad una particolare procedura gli investimenti nell'area comunitaria (art. 3), per poi regolare, con legge 7 dicembre 2006, n. 1537 (art. 10), nell'ambito della riforma del settore dell'energia, la partecipazione obbligatoria della Stato nella misura di "plus de 70% du capital d'Electricité de France et plus du tiers du capital de Gaz de France", trasformate in società per azioni contestualmente all'introduzione, nella privatizzazione di GdF, di una "action spécifique" al fine "de préserver les intérêts essentiels de la France dans le secteur de l'énergie, et notamment la continuité et la sécurité d'approvisionnement en énergie" (art.1 décret n. 2007-1790 del 20 dicembre).

Se la formula utilizzata manifesta chiaramente il collegamento con il principio della "golden share virtuosa" affermato dalla Corte di giustizia nella controversia che opponeva la Commissione al Belgio (causa C-503/99 del 4 giugno 2002)⁷², la nuova normativa si colloca nell'ambito di una difesa nazionale di settori sensibili, che le ha fatto guadagnare l'ap-

⁷⁰ OECD, *National Treatment for Foreign-Controllated Enterprise. List of Measures Reported for Transparency*, 11 luglio 2007, cit. da GUACCERO-PAN-CHESTER, *op. cit.*, p. 1382.

⁷¹ GIPPINI FOURNIER-RODRIGUEZ MIGUEZ, *Actions spécifiques dans les sociétés privatisées: Le beurre ou l'argent du beurre*, in *Rev. droit un. eur.*, 2003, p. 42.

⁷² Sulla rilevanza delle affermazioni della Corte in favore della legislazione belga in quanto i poteri speciali "sont licites au regard du droit communautaire et peuvent déroger aux règles fondamentales du Traité (notamment en ce qui concerne les grandes libertés d'établissement et de circulation) pour peu qu'elles respectent des critères précis", v. CARREAU, *Privatisations et droit communautaire: la validation conditionnelle des actions spécifiques (ou "Golden Shares")*, in *CI-E*, 2002, p. 1201; PARLEANI, *L'action spécifique "à la française" est morte; vive l'action spécifique "à l'européenne!"* in *Rev. soc.*, 2002, p. 519. Di particolare attualità il commento, anche se parzialmente critico, di Ballarino-BELODI, *op.cit.*, p.12 ss.; di GOBBATO, *Golden share ed approccio uniforme in materia di capitali nella recente giurisprudenza comunitaria*, in *Riv. t. dir. pubbl. comun.*, 2004, p. 427 ss ed ora di AJELLO, *Le golden shares nell'ordinamento comunitario: certezza del diritto, tutela dell'affidamento degli investitori e "pregiudiziale" nei confronti dei soggetti pubblici*, in *Dir. un. eur.*, 2007, p. 802 ss.

pellativo di "decreto anti-opa"⁷³, nell'ambito di un sistema verso il quale appare orientata anche la disciplina in corso di introduzione nella Repubblica federale tedesca.

A differenza di questi regimi, caratterizzati dall'ampia portata di normative restrittive, la tutela nel nostro sistema di "interessi generali" è stata affidata, sia pur con alcune incertezze per quanto attiene l'ambito della valutazione discrezionale, a clausole riconducibili alle regole di salvaguardia comunitaria ("motivi di ordine pubblico o di pubblica sicurezza"), formulate tuttavia, secondo il giudizio della Corte di giustizia, in modo generico ed impreciso per la mancata individuazione nell'esercizio dei relativi poteri delle "circostanze specifiche ed obiettive" in modo da creare un ostacolo all'esercizio delle libertà comunitarie⁷⁴.

La disciplina dei "poteri speciali", giudicata ora in parte illegittima, era già stata integrata nel nostro sistema, prima con l. 23 dicembre 2005, n. 266 (comma 381°-384°)⁷⁵ e poi con la riforma dell'art. 2449 c.c.⁷⁶ ma con formulazioni soggette a gravi dubbi di legittimità comunitaria.

Analogamente in Spagna la decisione della Corte di giustizia del 13 maggio 2003 (causa C-463/00) che aveva portato all'abrogazione (legge 26 maggio 2006, n. 13) del sistema di protezione rappresentato dalla c.d. "acción de oro" introdotto con l. 23 marzo 1995, n. 5⁷⁷, è stata seguita da altre decisioni della Corte europea (cause C-274/06 del 14 febbraio 2008 e

⁷³ GUACCERO-PAN-CHESTER, *op. cit.*, p. 1383. A ciò si aggiunga la costituzione, sempre in Francia, di un Fondo ("Strategie Investment Fund") destinato ad investire nell'azionariato di piccole e medie imprese e nelle imprese considerate strategiche per proteggerle da acquisizioni estere ostili. Sul punto QUDRIO CURZIO-MICELI, *op. cit.*, p. 115 ricordano l'esortazione del Presidente Sarkozy, condivisa dal ministro Tremonti, alla costituzione di un fondo sovrano europeo.

⁷⁴ Corte di giustizia 26 marzo 2009 p.ti 49-50 cit. con una decisione che, come è stato osservato, sembra dettata, in presenza di un ricorso della Commissione basato sul formale inadempimento dei presupposti per l'esercizio dei poteri speciali previsti dal d. p. c. m. del 10 giugno 2004, piuttosto che sul loro contenuto, "dalla necessità di "salvare" il ricorso... e al tempo stesso di non dar luogo ad un (altro) precedente a favore della compatibilità con l'ordinamento comunitario della *golden share*, DEMURO, *op. cit.*, p. 649.

⁷⁵ Da ultimo D'ATTORRE, *op. cit.*, p. 137.

⁷⁶ IBBA, *Sistema dualistico e società a partecipazione pubblica*, in *Riv.dir. civ.*, 2008, I, p. 586; su entrambi gli aspetti v. ampiamente PECORARO, *Privatizzazione dei diritti speciali di controllo dello Stato e dell'ente pubblico nelle s.p.a.: il nuovo art. 2449 c.c.*, in *Riv. soc.*, 2009, p. 985 ss.

⁷⁷ SALAZAR MARTINEZ CONDE-HERNANDEZ, *La acción de oro del estado en las empresas privatizadas*, in *Rev.da banc.y burs.*, 2005, p. 130; DEL MAR BUSTILLO SAIZ, *Notas sobre la Privatización de empresa que realizan actividades de interés público y sobre la "doctrina" de la acción de oro*, *Der.merc.*, 2006, p. 7 ss.

C-207/07 del 17 luglio 2008) che hanno ritenuto in contrasto con gli artt. 43 e 56 del Trattato sia le limitazioni introdotte all'esercizio del diritto di voto in imprese del settore energetico sia la richiesta dell'autorizzazione preliminare della Commissione nazionale dell'energia per l'acquisto di una determinata partecipazione in società "exerçant certaines activités réglementées dans le secteur de l'énergie ainsi que l'acquisition des actifs nécessaires à l'exercice de ces activités" (v. *infra* sub n. 8).

È dunque nel quadro di orientamenti nazionali, certo non ancora armonizzati e caratterizzati dal riemergere di tendenze protezionistiche⁷⁸, che va interpretata la cautela della Commissione quando critica la proposta della "istituzione di un comitato UE sugli investimenti esteri analogamente a quanto avviene negli Usa, di un meccanismo europeo di controllo o di un meccanismo basato sulle "golden share" per gli investimenti esteri non UE" per poi concludere- in modo forse troppo salomonico ma indicativo della difficoltà del problema e dei condizionamenti di politica economica- in favore di un "approccio bidimensionale" rappresentato, da un lato, dall'impegno dei fondi al rispetto delle regole in materia di trasparenza e governance e, dall'altro, da un "contributo della UE agli sforzi in atto a livello internazionale per definire un quadro finalizzato a migliorare la trasparenza, la prevedibilità e la responsabilità dei fondi sovrani"(p. 9-10).

A questo primo approccio ha corrisposto, nel corso degli ultimi mesi, un segnale rappresentato dall'allargamento del Club degli investitori di lungo periodo che, fondato nel 2008 con la partecipazione iniziale della Cassa depositi e prestiti s.p.a. per l'Italia, della Caisse des dépôts et consignations (CDP) per la Francia, della Kreditanswalt für Wiederaufbau (KfW) per la Repubblica federale dalla Bei, ha visto l'ingresso, in una scelta che sembra essere la premessa per futuri sviluppi di politica economica, dei fondi sovrani di Abu Dhabi e Dubai, della Banca di sviluppo della Federazione russa, della China development bank, della Caisse de dépôt del Marocco e del fondo pensionistico canadese Omers⁷⁹, in quello

⁷⁸ COMBA, *op. cit.*, p. 33.

⁷⁹ Per una più ampia notizia v. le dichiarazioni dei presidenti della Cassa depositi e prestiti s.p.a. e del presidente della Bei, v. "Le casse depositi europee arruolano i fondi sovrani" in *Il sole 24 ore* del 23 giugno 2009, nonché la relazione di BASSANINI-REVIGNO, *Towards a New European Policy of Value Creation for Future Generations: the "Margherite" Network* tenuta a Parigi il 22 luglio 2009. nell'ambito della Conferenza di Parigi dedicata al tema "Long Term Investments. The European Answer to the crisis".

che sembra rappresentare un esempio concreto "per la definizione della nuova architettura dei mercati finanziari internazionali"⁸⁰.

6. La c.d. "golden share virtuosa" e gli "interessi fondamentali della collettività"

La complessità della situazione dovuta, da un lato, all'articolata tipologia dei fondi sovrani e dei loro obiettivi con "diversi orizzonti temporali di investimento, diversi *trade off* rischio-rendimento e...diverse strategie di gestione degli attivi"⁸¹ e dall'altro alle scelte contingenti dei singoli governi nazionali, suggerisce, in presenza della caratterizzazione della titolarità pubblica dei fondi sovrani⁸², una rilettura della giurisprudenza della Corte di giustizia sulla c.d. "golden share virtuosa"⁸³ nell'ambito del complessivo orientamento del giudice comunitario sulle condizioni che legittimano l'esercizio dei "poteri speciali".

Si tratta di vedere se sia possibile identificare, in funzione della caratterizzazione "governativa" dei fondi sovrani, un criterio interpretativo che permetta di armonizzare, anche in via transitoria, i diversi regimi nazionali⁸⁴ in attesa che le istituzioni europee verifichino

⁸⁰ Si era così espressa la BCE, *I flussi di capitale verso le economie emergenti: nuove caratteristiche e sviluppi recenti*, in *Bollettino*, gennaio 2005, 63 ricordata da SABBATELLI, *La supervisione sulle banche*, Padova, 2009, p. 25. V. ora sulla stampa finanziaria nazionale del 21 novembre 2009 i primi contatti del ministro Tremanti con il presidente del China Investment Corp. per lo studio di eventuali investimenti in Italia.

⁸¹ QUADRIO CURZIO-MICELI, *op. cit.*, p. 31.

⁸² Il bollettino del gennaio 2009 della BCE (nt 31) 83 sottolinea, con specifico riguardo ai fondi sovrani, definiti come agenzie pubbliche di investimento che gestiscono parte delle attività estere dei governi, come "sebbene non esista una definizione comunemente accettata di fondo sovrano, è possibile individuare tre elementi che accomunano tutti i fondi di questo tipo. In primo luogo, i fondi sovrani sono di proprietà dello Stato. Secondo non sono sottoposti a obblighi predeterminati in termini di flussi di pagamento, diversamente da quanto avviene ad esempio nel caso dei fondi pensione. Terzo, i fondi sovrani sono gestiti separatamente dalle riserve valutarie ufficiali".

⁸³ Si utilizza la felice espressione di BALLARINO-BELLODI, *op. cit.*, p. 37, ormai entrata a far parte del linguaggio tecnico in tema di "poteri speciali" (per tutti v. SACCO GINEVRI, *La nuova golden share: l'amministratore senza diritto di voto e gli altri poteri speciali*, in *Giur. comm.*, 2005, II, p. 708).

⁸⁴ V. ad esempio nella nostra esperienza anche il disegno di legge Lannutti ed altri, Senato XVI Legislatura, n. 1214 (comunicato alla Presidenza il 18 novembre 2008)

"le possibili opzioni per un'azione coordinata a livello EU" e predispungano "un elenco di settori che potrebbero rientrare nel campo di applicazione dell'art. 65 in materia di ordine pubblico"⁸⁵.

L'opportunità di una visione complessiva della giurisprudenza comunitaria è fra l'altro stimolata da una osservazione della Corte nella controversia che opponeva la Commissione all'Italia (causa C-326/07 del 26 marzo 2009), quando ha sottolineato la necessità di integrare il d.p.c.m. del 10 giugno 2004 con più precise modalità d'esercizio dei poteri speciali.

Dopo aver ricordato la necessità, fatta presente dalla difesa dello Stato italiano, di evitare "che un operatore straniero legato ad un'organizzazione terroristica tenti di acquisire rilevanti partecipazioni in società nazionali in un'area strategica" e "che una società straniera che controlli reti internazionali di trasmissione di energia e che in passato si sia avvalsa di detta posizione per creare gravi difficoltà di approvvigionamento a paesi limitrofi acquisisca azioni in una società nazionale" (p.to 49) – ipotesi questa attuale come dimostra il ripetersi di un vivace contenzioso tra stati dell'est europeo - la Corte si è richiamata alla propria giurisprudenza (causa C483/99, Commissione c. Francia del 4 giugno 2002 p.ti 50 e 51) sull'esistenza di un pregiudizio alla libertà di circolazione dei capitali quando eventuali poteri di opposizione della componente pubblica, introdotti per tutelare un interesse generale, non siano subordinati ad alcuna condizione.

Analogamente a quanto avvenuto in questa controversia, dove la validità del richiamo alla tutela di interessi nazionali o generali (la Corte fa riferimento, come nella causa con l'Italia (p.to 70), ad "*interessi fondamentali della collettività*") era stata contestata per la formulazio-

che tende a disciplinare il problema aggiungendo un secondo comma all'art. 25 l. 10 ottobre 1990, n. 287, norma peraltro già di per sé problematica sotto l'aspetto comunitario, rimasta inattuata fino alla disciplina speciale dettata per l'amministrazione straordinaria dell'Alitalia s.p.a., che delinea un riparto di competenze fra il potere esecutivo e l'AGCM (sul punto OLIVIERI-PEZZOLI, *L'antitrust e le sirene della crisi*, in AGE, 2009, p. 124 ss). Nel disegno di legge si prevede in particolare il divieto per enti ed imprese di Stati non comunitari o aderenti all'associazione europea di libero scambio "di assumere partecipazioni rilevanti o di controllo, che eccedano comunque il 20 per cento del capitale sociale, nelle imprese operanti in settori strategici dell'economia nazionale".

⁸⁵ È quanto auspicato dalla risoluzione (p.to 6) del Parlamento europeo del 9 luglio 2009 sui fondi sovrani.

ne generica e per la mancata specificazione delle circostanze obiettive atte a giustificare il regime dell'*action spécifique*, anche nella decisione del 26 marzo 2009 la Corte ha concluso l'esame della disciplina nazionale⁸⁶, sottolineando che il d.p.c.m del 10 giugno 2004 "non menziona alcuna circostanza specifica ed obiettiva" e che sebbene vi siano contemplati "diversi tipi di interessi generali, essi sono formulati in modo generico ed impreciso", sì che "l'assenza di un nesso tra tali criteri e i poteri speciali... accentua l'incertezza" sul loro esercizio conferendo alla componente pubblica un potere discrezionale "sproporzionato rispetto agli obiettivi perseguiti" (causa C-326/07, p.ti 50-51).

In realtà, anche se non è semplice, individuare "puntualmente ed oggettivamente a priori" le situazioni nelle quali le clausole generali dell'ordine pubblico, della pubblica sicurezza, della sanità pubblica o imperative ragioni di interesse generale, possono giustificare una limitazione delle libertà garantite dal Trattato, appare opportuno riesaminare la decisione della Corte in presenza di una normativa nazionale che, riproducendo quasi letteralmente le formule utilizzate

⁸⁶ Si trascrivono, per comodità di consultazione, il primo e il secondo comma del d.p.c.m. del 10 giugno 2004, portante i criteri di esercizio dei poteri speciali previsti dall'art. 2 l. 30 luglio 1994, n. 474, di conversione del d.l. 31 maggio 1994, n. 332.

¹ I poteri speciali di cui all'art. 2. ... sono esercitati esclusivamente ove ricorrano rilevanti e imprescindibili motivi di interesse generale, in particolare con riferimento all'ordine pubblico, alla sicurezza pubblica, alla sanità pubblica e alla difesa, in forma e misure idonee e proporzionali alla tutela di detti interessi, anche mediante l'eventuale previsione di opportuni limiti temporali, fermo restando il rispetto dei principi dell'ordinamento interno e comunitario, e tra questi in primo luogo del principio di non discriminazione.

² I poteri speciali di cui alle lettere a), b) e c) dell'art. 2, comma 1, fermo restando le finalità indicate allo stesso comma 1, sono esercitati in relazione al verificarsi delle seguenti circostanze:

- a) grave ed effettivo pericolo di una carenza di approvvigionamento nazionale minimo di prodotti petroliferi ed energetici, nonché di erogazione dei servizi connessi e conseguenti e, in generale, di materie prime e di beni essenziali alla collettività, nonché di un livello minimo di servizi di telecomunicazione e di trasporto;
- b) grave ed effettivo pericolo in merito alla continuità di svolgimento degli obblighi verso la collettività nell'ambito dell'esercizio di un servizio pubblico, nonché al perseguimento della missione affidata alla società nel campo delle finalità di interesse pubblico;
- c) grave ed effettivo pericolo per la sicurezza degli impianti e delle reti nei pubblici servizi essenziali;
- d) grave ed effettivo pericolo per la difesa nazionale la sicurezza militare, l'ordine pubblico e la sicurezza pubblica;
- e) emergenze sanitarie".

dalla giurisprudenza comunitaria, tende ad agevolare nella sua applicazione un'interpretazione rispettosa del precedente giudiziario⁸⁷.

7. I "poteri speciali" nella tutela dell'ordine pubblico e della pubblica sicurezza

Per ricostruire l'iter seguito dalla Corte, occorre partire dai limiti alla legittimità dei poteri speciali introdotti a tutela dell'ordine pubblico e della pubblica sicurezza che "possono essere invocati solamente in caso di minaccia effettiva e sufficientemente grave ad uno degli interessi fondamentali della collettività"(causa C-326, p.to 70).

Nel riconfermare il principio la decisione, oltre a richiamare il precedente nei confronti della Spagna (C-207/07 del 17 luglio 2008), rinvia "in particolare" alla sentenza del 9 marzo 2000 (causa C-355/98) e 4 giugno 2002, (causa C-503/99), rese entrambe in controversie che opponevano la Commissione al Belgio.

Ma è solo quest'ultima decisione, ricordata costantemente anche quando sono state escluse forme di "golden share" particolarmente anomale⁸⁸, ad aver assunto nel settore dei "poteri speciali" il significato di un "leading case"⁸⁹.

Il collegamento ad un filone interpretativo risalente ad un precedente, remoto nel tempo (causa C 72/83, Campus Oil Limited, in Raccolta, 1984, 2727) ma richiamato ancor oggi nell'individuazione fra i "motivi di pubblica sicurezza" di un "legittimo interesse pubblico" alla sicurezza degli approvvigionamenti di energia (causa C-503/99, p.to 46), non solo non ha perduto di significato ma sembra aver anzi acquistato maggior attualità per l'aggravamento dei problemi nel settore delle fonti di energia e del suo approvvigionamento⁹⁰.

Nella giurisprudenza della Corte la necessità di tutelare l'interesse

⁸⁷ DEMURO, *op. cit.*, p. 647.

⁸⁸ Ancora di recente v. le decisioni del 28 settembre 2006, (cause riunite C-282/04 e C-283/04) nei confronti dei Paesi Bassi (in *Giorn. dir. amm.*, 2007, p. 145 ss. con nota di FRENI, *Golden share, ordinamento comunitario e liberalizzazioni asimmetriche: un conflitto irrisolto*) e quanto osserva AJELLO, *op. cit.*, p. 811.

⁸⁹ Su questa decisione v. BALLARINO-BELODI, *op. cit.*, p. 31 ss.; SPATTINI, *op. cit.*, p. 197 ss.

⁹⁰ MOSCHETTA, *op. cit.*, specie p. 116 ss. per la previsione di misure restrittive comunitarie sulle imprese di distribuzione del gas naturale e del ruolo della Commissione di garante dell'interesse comunitario in materia.

generale, comunitario e dei singoli stati, si collega, come è stato ricordato, "spesso a turbamenti all'ordine sociale, a problemi di sicurezza pubblica, che rendono necessaria l'applicazione della riserva di ordine pubblico"⁹¹.

Prima di analizzare le condizioni richieste nella decisione resa nei confronti del Belgio sulla legittima preoccupazione degli Stati a conservare anche dopo il processo di privatizzazione "una certa influenza" sulle imprese che operano "nei settori dei servizi di *interesse generale o strategico*" (p.to 43) e sulla legittimità di una normativa nazionale intesa a "garantire la sicurezza dell'approvvigionamento di energia in caso di crisi" (p.to 55)⁹², è opportuno ricordare, sia pure in breve, la situazione all'origine della prima controversia.

8. La decisione della Corte di giustizia nel caso *Campus Oil limited* del 10 luglio 1984 (causa C-72/83)

A seguito dell'obbligo imposto dal governo irlandese agli importatori di acquistare da una raffineria nazionale una percentuale del prodotto ad un prezzo fissato dall'autorità amministrativa e del contrasto fra le ricostruzioni dell'Irlanda e del Regno Unito della nozione di "pubblica sicurezza" (allora art. 36 Tratt.) la Corte ha tracciato una linea di demarcazione, dotata di coerenza e di sufficiente elasticità, per individuare nel caso concreto l'esistenza di un "interesse generale"⁹³.

Rispetto alle diverse interpretazioni prospettate sulla libertà per gli

⁹¹ ANGELINI, *Ordine pubblico e integrazione costituzionale europea (I principi fondamentali nelle relazioni interordinamentali)*, Padova, 2007, p. 218.

⁹² In una valutazione complessiva dell'orientamento della Corte BALLARINO-BELLODI, *op. cit.*, p. 37, avevano concluso come "direttamente dal caso del Belgio e indirettamente dagli altri sembra che si possano desumere delle scriminanti al generale divieto delle *actions spécifiques* come discende dal principio della libera circolazione dei capitali" nella conferma che l'accesso al mercato è l'elemento fondamentale per mediare il conflitto tra le libertà comunitarie e il diritto di ogni stato membro di disciplinare il regime della proprietà.

⁹³ Per una ricostruzione sistematica, in termini attuali, delle interpretazioni che si contrappongono, anche dopo l'introduzione dell'art. 16 TCE che "reconnait ainsi sur le plan des objectifs la primauté de la politique", v. da ultimo. NETTESHEIM, *Le services d'intérêt général en droit communautaire entre libre concurrence et État social*, in *Rev. int. droit commun.*, 2008, p. 613 ss. che ricorda anche l'indirizzo espresso dalla Commissione che "ne veut se limiter qu'à un contrôle discrétionnaire afin de s'assurer qu'il ne soit fait "aucun usage abusif du concept d'intérêt général" (628).

stati membri di determinare gli "interessi da proteggere e i provvedimenti da adottare" (p.to 22 nella tesi irlandese) o di riferirli ai soli "interessi fondamentali dello Stato, come la prosecuzione dei servizi pubblici essenziali e il funzionamento sicuro ed efficace della vita dello Stato" con l'esclusione dei "provvedimenti (che) perseguano essenzialmente scopi economici" (p.to 23 nella tesi britannica), la Corte, ha prima riconfermato che la norma "mira a salvaguardare interessi di carattere non economico" per poi concludere (p.to 35), per la gravità delle conseguenze dell'interruzione delle forniture di prodotti petroliferi sulla stessa "esistenza di uno stato..." e sul "funzionamento non solo dell'economia, ma soprattutto delle istituzioni e dei servizi pubblici essenziali", che la garanzia eli una fornitura minima costante di prodotti petroliferi "trascenda le considerazioni di carattere puramente economico e possa quindi rientrare nella nozione di pubblica sicurezza".

La decisione si colloca nell'ambito dell'interpretazione della Corte di una nozione eli ordine pubblico che, pur se intesa in senso restrittivo, presuppone sempre "... l'esistenza di una minaccia effettiva ed abbastanza grave per uno degli interessi della collettività"⁹⁴ e dove profili di politica economica e di pubblica sicurezza qualificano la ricostruzione di un interesse generale in collegamento ad un dato oggettivo suscettibile di un controllo giurisdizionale.

Nel riconfermare il necessario rispetto del principio di proporzionalità (purché "i provvedimenti adottati...siano idonei a soddisfare l'interesse tutelato... e non compromettano gli scambi comunitari più di quanto sia indispensabile") (punti 35-38) che, come per l'ordine pubblico, "diventa..la lente attraverso la quale la Corte valuta l'applicazione dell'eccezione"⁹⁵, il giudice comunitario ha anche fornito alcuni chiarimenti sul come debba essere inteso, in termini obiettivi, un criterio di "giustificatezza".

In un'interpretazione volta a giustificare l'adozione di una misura d'effetto equivalente risponde a questo requisito⁹⁶, se nessun altro provvedimento meno restrittivo sia idoneo a conseguire lo scopo

⁹⁴ Sul punto v. la giurisprudenza richiamata da ANGELINI, *op. cit.*, p. 177.

⁹⁵ ANGELINI, *op. cit.*, p. 179.

⁹⁶ CARBONE, *op. cit.*, p. 515 sottolinea come "Il principio di effettività ed il criterio interpretativo del c.d. 'effetto utile' hanno... operato a favore di un'integrazione tra diritto comunitario e diritto statale relativo all'esercizio dei c.d. poteri speciali... secondo equilibri rivolti a rimuovere, piuttosto che a giustificare, i vincoli posti dagli ordinamenti statali alla libera circolazione dei capitali ed al diritto di stabilimento".

(p.to 44), il comportamento dello stato membro che, dipendendo per l'approvvigionamento di prodotti petroliferi "interamente o quasi interamente dalle importazioni", introduca determinati condizionamenti purché i quantitativi dei prodotti assoggettati alla normativa speciale non superino "i limiti dell'approvvigionamento minimo... in mancanza del quale la pubblica sicurezza dello stato... e in particolare il funzionamento dei servizi pubblici essenziali e la sopravvivenza della popolazione sarebbero compromessi"(p. to 47).

In relazione alle condizioni che legittimano il vincolo all'acquisto, la Corte ha quindi richiamato l'esigenza funzionale che i quantitativi di prodotti petroliferi "non devono superare la misura necessaria, sotto il profilo della produzione, allo scopo di consentire, per ragioni tecniche, il corretto utilizzo della capacità produttiva della raffineria ad un livello che assicuri la disponibilità degli impianti in caso di crisi, sia eli permettere costantemente la raffinazione del petrolio greggio ottenuto in base a contratti a lunga scadenza che lo stato interessato ha stipulato per garantirsi forniture regolari" (p.ti 48-49).

La situazione di fatto considerata dalla decisione induce ad alcune osservazioni sulla effettiva portata del richiamo a questo precedente presente nelle più recenti pronunzie della Corte di giustizia.

Quando nella decisione del 23 ottobre 2007 (causa C-112/05, caso Volkswagen) si è ricordata (p.to 72) la vertenza fra Commissione e Belgio lo si è fatto accomunando, in un generico rinvio, una serie di altre decisioni, che, negative sulla legittimità della *golden share*, si limitavano alla generica riconferma della tutela di un interesse generale.

Si tratta in particolare delle decisioni rese in data 4 giugno 2002 (cause C-367/98 c. il Portogallo, p.to 49; C-483/99 c. la Francia, p.to 45), 13 maggio 2003 (causa C-463/00 contro la Spagna, p.to 68), 2 giugno 2005 (causa C-174/04 c. l'Italia p.to 28) nonché infine del 28 settembre 2006 (cause riunite contro i Paesi Bassi, p.to 32) dove viene ricordato, quasi con un significativo *obiter dictum*, che "la libera circolazione dei capitali può essere limitata da provvedimenti nazionali che si giustificano per le ragioni di cui all'art. 58 CE o per motivi imperativi di interesse generale, purché non esistano misure comunitarie di armonizzazione che indichino i provvedimenti necessari a garantire la tutela di tali interessi..." (così da ultimo p.to 72 cit. nella causa Volkswagen).

Maggior significato assumono invece i richiami effettuati dalle più recenti decisioni del 14 febbraio 2008 (causa C-274/06) e del 17 luglio

2008 (causa C-207/07), rese entrambe nei confronti della Spagna.

Nel primo caso, in presenza di una normativa che limitava il diritto di voto degli azionisti di imprese del settore energetico (p.to 38) la Corte ha ricordato, in un'analisi informata al rispetto degli artt. 43 CE: "Il ne saurait être nié que l'objectif de garantir la sécurité de l'approvisionnement en énergie en cas de crise, sur le territoire de l'État membre..., peut constituer une raison de sécurité publique et justifier, éventuellement, une entrave à la libre circulation des capitaux".

Nel secondo, con riguardo anche all'art. 56 CE, la Corte in presenza della richiesta di un'autorizzazione preventiva all'acquisto di partecipazioni di imprese operanti nel settore dell'energia, dopo aver ribadito il principio generale, ha precisato (p.to 46-47) che "la sécurité publique ne saurait être invoquée qu'en cas de menace *réelle et suffisamment grave*, affectant un intérêt fondamental de la société" (corsivo aggiunto).

Da ultimo, nella causa C-326/07 contro l'Italia, il giudice comunitario, ha, prima ricordato (p.to 69) "per quanto riguarda le imprese operanti nei settori del petrolio, delle telecomunicazioni e dell'elettricità..., che l'obiettivo di garantire la sicurezza dell'approvvigionamento di tali prodotti o la fornitura di tali servizi, in caso di crisi, sul territorio dello Stato membro di cui trattasi può costituire un motivo di pubblica sicurezza e, pertanto, giustificare una restrizione a una libertà fondamentale" per poi concludere, richiamandosi ancora una volta alla decisione 503/99, (p.to 70), "che se gli Stati membri restano sostanzialmente liberi di determinare, *conformemente alle loro esigenze nazionali, le esigenze dell'ordine pubblico e della pubblica sicurezza*, tali esigenze, in quanto motivi di deroga ad una libertà fondamentale, devono essere intese in senso restrittivo, di guisa che la loro portata non può essere determinata unilateralmente senza il controllo delle istituzioni della Comunità europea. *Pertanto, l'ordine pubblico e la pubblica sicurezza possono essere invocati in caso di minaccia effettiva e sufficientemente grave ad uno degli interessi fondamentali della collettività*" (corsivi aggiunti).

Proseguendo nel richiamo, la Corte (p.to 71) ha anche ricordato di aver applicato questa analisi ad "un regime di opposizione... in vigore nel Belgio, nel settore dell'energia, il quale riguardava determinate decisioni relative agli attivi strategici di società nazionali, in particolare le reti dell'energia, nonché decisioni specifiche di gestione relative a tali società, *ave gli interventi dello Stato potevano aver luogo solo qualora fossero stati messi in questione gli obiettivi della politica*

energetica" e di aver "giudicato che tali regimi poggiavano su criteri oggettivi e controllabili dal giudice e che la *Commissione non aveva dimostrato che si sarebbero potuti adottare provvedimenti meno restrittivi per raggiungere l'obiettivo perseguito.*"(corsivo aggiunto)

Di qui l'interesse a ripercorrere l'analisi contenuta nella decisione C-503/99 che, anche se operata sul piano dei c.d. "poteri speciali", propri del processo di privatizzazione di imprese pubbliche, può essere utilmente richiamata per individuare le condizioni di legittimità per l'adozione di comportamenti restrittivi nei confronti di interventi dei fondi sovrani.

9. La decisione della Corte di giustizia del 4 giugno 2002 sui "poteri speciali" del governo belga (causa C-503/99)

Prima di accertare il ruolo svolto nella decisione contro l'Italia dalla "mancanza di precisazioni sulle circostanze concrete che consentono di esercitare il potere" nel d.p.c.m del 10 giugno 2004, "potenzialmente numerose, indeterminate e indeterminate" (p.ti 66-67) e non fondate "su condizioni oggettive e controllabili" (p.to 72), appare opportuno ripercorrere l'analisi della Corte nella decisione con il Belgio per vedere se se ne possano trarre argomenti per individuare, come è stato autorevolmente detto sia pur in altra situazione, nel "cemento fra armonia e invenzione"⁹⁷, le regole di comportamento che debbono informare le scelte degli stati della comunità in reazione ad un intervento di fondi sovrani ritenuto non corrispondente agli interessi fondamentali della collettività.

A tal fine conferma, ancora una volta, tutto il suo significato la conclusione dell'avvocato generale Ruiz-Jarabo Colomer, formulata nel corso del primo gruppo di cause sulla *golden share*, quando aveva sottolineato "que la distinction entre entreprises publiques et privées, aux fins du traité, ne peut pas être fondé sur la simple composition de son actionariat, *mas dépend de la possibilité qu'a l'Etat d'imposer certains objectifs de politique économique, distinct de la recherche du profit maximum qui caractérise l'activité privée*"⁹⁸. (corsivo aggiunto)

⁹⁷ Usa questa espressione, ricca di significato specie in una prospettiva di ricerca informata alla "natura delle cose", MERUSI, in *Pubblico e privato nell'istituto della responsabilità amministrativa ovvero la riforma incompiuta*, in *Dir. amm.*, 2006, p. 20 e già in *La privatizzazione per fondazioni tra pubblico e privato*, ivi, 2004, p. 448 ss.

⁹⁸ Sono queste le conclusioni dell'avvocato generale quando aveva messo in rilievo (cause C-367/98; C-483/99; C-503/99), al termine di una ricostruzione delle origini

Ma la soluzione data dalla Corte alla legittimità dei "poteri speciali", pur avendo disatteso l'impostazione dell'avvocato generale, ed essendo limitata di necessità al solo profilo della tutela dell'interesse generale rappresentato da una partecipazione pubblica (in quanto non si può "permettere agli Stati membri di far valere i loro regimi di proprietà... per giustificare ostacoli alle libertà previste dal Trattato...") (p.to 44), offre spunti per una possibile ricostruzione, a livello di sistema, della legittimità delle eccezioni ai principi generali del diritto comunitario.

Il riconoscimento che fine del regime nazionale era garantire il "legittimo interesse pubblico" alla sicurezza degli approvvigionamenti di energia nell'eventualità di crisi e che il richiamo alla pubblica sicurezza era corretto in presenza di una "minaccia effettiva ed abbastanza grave" all'interesse fondamentale della collettività rappresentato dalla garanzia della "sicurezza dell'approvvigionamento dell'energia" (p.ti 47 e 55), non solo conferma la validità della formula adottata dal nostro legislatore per individuare le ragioni di interesse generale che giustificano una limitazione delle libertà comunitarie (art. 2 lett. a) e b) d. p. c. m. del 10 giugno 2004) ma si arricchisce di contenuti, ai fini dell'introduzione di limiti all'intervento dei fondi sovrani, quando si tenga conto, come sostenuto a suo tempo dal governo belga (p.to 27), che la sicurezza dell'approvvigionamento di energia costituisce, di per sé, "una ragione imperativa di interesse generale".

In questa prospettiva, al riconoscimento che i principi in tema di libera circolazione delle merci valgono anche "per gli ostacoli alla libera circolazione dei capitali, in quanto la pubblica sicurezza compare... tra i motivi giustificativi menzionati all'art. 73 d) n.1, lett.b)" CE (p.to 46) e

dell'art. 295 del Tratt. (nn. 54-56): "le respect du régime de la propriété dans les États membres qui est consacré par l'art. 295 Ce doit s'étendre à toute mesure qui, par le biais de l'intervention dans le secteur public, au sens économique du terme, permet à l'État de contribuer à façonner l'activité économique de la nation". Sulla diversa impostazione successivamente proposta dall'avvocato generale Maduro nelle cause C-282/04 e C-283/04 v. quanto ho osservato in *La "saga" della "Golden share" tra libertà di movimento di capitali e libertà di stabilimento*, in *Giur. comm.*, 2007, I, p. 312 ss. Mentre AMIRANTE, *Dalla forma stato alla forma mercato*, Torino, 2008, p. XXXI, riconosce il contributo della tesi di P. Maduro nel "cogliere la filosofia prevalentemente monetaria, finanziaria e market oriented dell'UE" SPATTINI, *"Vere" e "false" golden shares*, op. cit., p. 330 ss. sottolinea, raffrontando le diverse impostazioni degli avvocati generali, come la "Corte si sia spinta fin quasi sul limitare delle argomentazioni di P. Maduro" che sembravano porre in discussione lo stesso modello prevalente del capitalismo europeo, quello della *Soziale Marktwirtschaft*, sulle cui fondamenta culturali e giuridiche l'intero edificio comunitario era stato costruito...".

che all'individuazione delle garanzie per un corretto esercizio dei poteri speciali corrisponde il diritto dello stato nazionale di invocare la "pubblica sicurezza... in caso di minaccia effettiva... ad uno degli interessi fondamentali della collettività" (p.to 47), consegue la legittimità di una normativa che "permetta di garantire... in caso di minaccia effettiva e grave, un approvvigionamento minimo di energia" (p.to 48)".

La delimitazione operata nel regime belga del diritto eli opposizione alle sole scelte operative nel settore delle reti dell'energia e a "decisioni di gestione specifiche" (p.to 50), come la "cessione, assegnazione a titolo di sicurezza o cambiamento della destinazione delle canalizzazioni della "Société nationale de transport par canalisations" ("SNTC") o della "Société de distribution du gaz" ("Distrigaz)", tali da recare "pregiudizio agli interessi nazionali nel settore dell'energia" o da mettere in "questione (de)gli obiettivi della politica energetica" (p.to 51), ha permesso alla Corte di concludere che il regime nazionale garantiva "sulla base di criteri oggettivi e controllabili dal giudice... la disponibilità effettiva delle canalizzazioni che costituiscono le grandi infrastrutture di trasporto interno dei prodotti energetici nonché delle altre infrastrutture per il trasporto interno e lo stoccaggio di gas, compresi i punti di sbarco e transfrontalieri" (p.to 52).

Si aggiunge, in una valutazione finale, che il sistema belga consentiva "allo Stato membro di intervenire per assicurare, in una situazione determinata, l'osservanza degli obblighi di servizio pubblico che spettano alla SNTC e alla Distrigaz, pur rispettando le esigenze di certezza del diritto" (p.to 52), secondo un criterio accolto successivamente dal legislatore italiano quando, al termine di una serie di modifiche al regime iniziale dei poteri speciali (caratterizzati nella loro formulazione iniziale dal richiamo a non meglio identificati "obiettivi di politica economica e industriale"), aveva condizionato il loro esercizio ad un "grave ed effettivo pericolo in merito alla continuità di svolgimento degli obblighi verso la collettività nell'ambito dell'esercizio di un servizio pubblico, nonché al perseguimento della missione affidata alla società nel campo delle finalità di interesse pubblico" (lett.b) art. 2 d.p.c. m. del 10 giugno 2004).

10. Le riserve della Corte di giustizia (causa C-326/07 del 26 marzo 2009) sul regime italiano dei "poteri speciali" nella

prospettiva di una ricostruzione a sistema dei possibili vincoli agli interventi dei fondi sovrani

Sembra quindi confermata la tesi che ha ravvisato una "contraddizione" nel ragionamento della Corte di giustizia quando "sposta al caso concreto la valutazione di compatibilità" delle limitazioni alle libertà comunitarie sia per la difficoltà di rispettare, sotto il profilo di una corretta tecnica legislativa "i criteri della generalità e dell'astrattezza, sia perché tutte le elencazioni (casistiche e non) inevitabilmente presentano delle lacune che nel caso concreto potrebbero non consentire l'esercizio dei poteri speciali a tutela di un (effettivo ma non previsto) imprescindibile motivo di interesse generale"⁹⁹ (e quest'ultimo appare in effetti il motivo di maggior critica all'orientamento della Corte), contraddicendo in definitiva l'assunto alla base della valutazione di compatibilità delle limitazioni alle libertà tutelate dal diritto comunitario.

Individuare una carenza della legislazione italiana per non aver individuato le "circostanze concrete in cui può essere esercitato il potere di veto" previsto dai "poteri speciali", in modo da non permettere agli investitori per la mancanza di "condizioni oggettive e controllabili" di sapere quando il "potere di veto possa trovare applicazione" (p.ti 66 e 72), è una conclusione che non sembra tener conto del risultato cui si può pervenire con un'interpretazione sistematica della normativa nazionale considerata nel suo contesto.

Se per la Corte il limite della disciplina nazionale è imputabile alla mancata identificazione del "grave ed effettivo pericolo" che legittima l'esercizio dei poteri speciali, la stessa conclusione non appare condivisibile per il nostro ordinamento, dato che il risultato indicato dal giudice comunitario può essere raggiunto utilizzando i diversi indici normativi forniti, per le singole fattispecie, dalla legislazione speciale.

L'aver individuato quale condizione necessaria per l'operatività dei poteri speciali a tutela "dell'ordine pubblico, della sicurezza, della sanità pubblica e della difesa" (art.1, comma primo, d.p.c.m del 10 giugno 2004), il rispetto della garanzia dell'"*approvvigionamento nazionale minimo di prodotti petroliferi ed energetici nonché di erogazione dei servizi connessi... e in generale di materie prime e di beni essenziali alla collettività*" (lett.a), comma secondo) e della "*continuità di svolgimento degli obblighi verso la collettività*

⁹⁹ DEMURO, *op.cit.*, p. 649.

nell'ambito dell'esercizio di un servizio pubblico" nel "*perseguimento della missione affidata alla società nel campo delle finalità di interesse pubblico*" (lett. b), permette una lettura complessiva del quadro normativa, comprensivo della clausola generale di chiusura rappresentata dalla "*sicurezza degli impianti e delle reti nei pubblici servizi essenziali*" (lett. c), in grado di fornire sufficienti elementi per un giudizio, in sede giurisdizionale, sull'esistenza delle motivazioni di "ordine pubblico" e di "pubblica sicurezza" che si impongono sul rispetto delle regole di mercato.

Sarà quindi interessante vedere, in presenza di un sistema di poteri speciali allo stato già caratterizzati nel loro esercizio dalla richiesta di un'effettiva esigenza di "protezione di interessi generali di fondamentale importanza"¹⁰⁰, quale sarà la risposta del legislatore nazionale, sollecitata ancora da ultimo dalla Commissione con la lettera di messa in mora del 20 novembre 2009, a dare esecuzione ad una decisione che sembra invece basarsi sull'opposto principio "di una presunzione di esercizio abusivo dei poteri speciali" da parte dello stato italiano¹⁰¹.

In ogni caso la giurisprudenza della Corte di giustizia può essere utilmente richiamata, anche in una situazione diversa rispetto all'utilizzo dei "poteri speciali" nel processo di privatizzazione, per accertare le reali motivazioni di "ordine pubblico" o di "pubblica sicurezza" che permettono agli ordinamenti nazionali di derogare, nei confronti di investimenti dei "fondi sovrani," alle regole dettate in materia di tutela della concorrenza¹⁰².

Questo profilo, oltre a rispondere all'evoluzione dei criteri di identificazione degli *intérêts vitaux* legati alla sicurezza dello Stato¹⁰³ può far riflettere sulla trasformazione della nozione di ordine pubblico economico che, per la "*hétérogénéité*" di contenuti che lo caratterizza¹⁰⁴, non solo può richiamare il sospetto di conflitto d'interessi

¹⁰⁰ SACCO GINEVRI, *op. cit.*, p. 714.

¹⁰¹ DEMURO, *op. cit.*, p. 651.

¹⁰² MEZZACAPO, *op. cit.*, p., 78.

¹⁰³ Per una prima esemplificazione CARRERAU - JULLARD, *Droit international économique*, Paris, 2007, p. 272 ss.

¹⁰⁴ FRISON ROCHE, *Droit économique, concentration capitalistique et marché*, p. 397 ss, in *Philosophie du droit et droit économique. Quel dialogue?*, Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat, Paris, 1999, p. 397 ss.; per quanto qui rileva, v. anche fra i vari contributi SALAH, *Les transformations de l'ordre publique économique vers un ordre public régulatoire?*, ivi, p. 261 ss.; SUEUR, *Droit économique et méthodologie du droit*, ivi, p. 291 ss. Per una critica all'impostazione seguita da FARJAT, fin dalla versione iniziale del

nell'intervento dello Stato¹⁰⁵ ma richiede una valutazione in termini comunitari delle regole che hanno portato, nella garanzia della libertà di concorrenza, alla costruzione del mercato unico¹⁰⁶ e alla promozione della competitività dell'industria europea (art. 157 CE)¹⁰⁷.

Il che significa identificare, nei rapporti fra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario, la rilevanza di una nozione di ordine pubblico d'ispirazione nazionale alla quale il diritto comunitario riconosca necessità di protezione, tenendo presente in ultima analisi che "è l'ordinamento comunitario a decidere, grazie all'opera interpretativa della Corte di giustizia, come utilizzare il ricco patrimonio di principi e mezzi offerto dagli ordinamenti nazionali"¹⁰⁸.

In alternativa ad un'interpretazione delle politiche economiche nazionali rimessa in tal modo solo alla giustizia comunitaria, se trova rinnovato vigore l'indirizzo della Commissione di "un quadro equilibrato e stabile per gli investimenti dei fondi sovrani" definito da una normativa comunitaria, questa non si deve limitare a "favorire un impegno coordinato dei paesi destinatari e dei fondi sovrani e dei paesi che li finanziano per stabilire una serie di principi a garanzia della trasparenza, prevedibilità e responsabilità degli investimenti"¹⁰⁹, ma deve identificare le concrete forme di tutela di un interesse generale¹¹⁰ in deroga alle regole dettate a tutela del mercato¹¹¹.

lavoro *Droit économique*, Paris, 1963, p. 41 ss. di una funzione positiva dell'ordine pubblico economico realizzata attraverso "une grande diversité de techniques d'intervention", v. G.B. FERRI, *L'ordine pubblico economico (a proposito di una recente pubblicazione)*, in *Riv. dir. comm.*, 1964, I, p. 464 ss. c successivamente nella voce *Ordine pubblico (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXX, Milano, 1980, p. 1055 ss.

¹⁰⁵ FRISON-ROCHE, *op.cit.*, p. 401.

¹⁰⁶ ANGELINI, *op. cit.*, p. 192.

¹⁰⁷ CARBONE, *op. cit.*, p. 542.

¹⁰⁸ ANGELINI, *op. cit.*, p. 196.

¹⁰⁹ Comunicazione 115 del 27 febbraio 2008, IV (Prospettive: principi di una risposta strategica della UE ai problemi posti dai fondi sovrani", sub 4.1 ("Opzioni di un approccio comune della UE").

¹¹⁰ V. ad esempio le riserve di MOSCHETTA, *op. cit.*, p. 154 sull'idoneità delle misure proposte a tutela della sicurezza economica della Comunità nel settore del gas naturale per la dipendenza dagli approvvigionamenti energetici stranieri.

¹¹¹ Sull'adozione di misure uniformi nell'ambito comunitario nei confronti degli investimenti esteri nel settore della difesa v. CARBONE, *op. cit.*, p. 543 e quanto avevo osservato in *Le società di interesse nazionale*, *op. cit.* p. 599 ss. sugli "interessi essenziali della difesa" (art. 296 CE).

Infine, nella ricerca del limite di compatibilità di una normativa che reagisce sul diritto comune delle società deve essere sottolineata, fin d'ora, per evitare incertezze politiche e giuridiche, la rilevanza assunta nell'ultima decisione della Corte sui "poteri speciali" che incidono sulla "gestione di imprese", dal principio della libertà di stabilimento (art. 43 Tratt., secondo comma) che si aggiunge, secondo le indicazioni dell'avvocato generale (p.to 62)¹¹², all'applicazione del principio della libertà di movimento dei capitali (art. 56 Tratt.).

La distinzione operata dalla Corte tra il potere di opposizione dello Stato all'acquisto di partecipazioni e la conclusione di patti tra azionisti dal potere di veto in determinate scelte gestionali della società¹¹³ non ripropone solo un esame dei poteri speciali sulla base dell'art. 43 CE, "poiché l'esercizio dei poteri di opposizione riguarda anche partecipazioni che conferiscono ai loro detentori il potere di esercitare una sicura influenza sulla gestione delle società... nonché di indirizzarne le attività... (e) può dunque limitare la libertà di stabilimento" (p.to 56), ma rinvia l'interprete all'esame della rilevanza delle regole introdotte nel diritto societario dai singoli ordinamenti per bilanciare gli interessi in gioco¹¹⁴.

Sembra questo il problema di fondo nell'attività di controllo sugli investimenti dei fondi sovrani, che va affrontato in coerenza con le modifiche apportate nelle offerte pubbliche d'acquisto all'obbligo di passività dell'organo amministrativo della società *target* e alle regole di neutralizzazione (art. 104 d.lg. 24 febbraio 1998, n. 58 come modificato prima dall'art. 13, co. 2, lett. a) del d.l. 29 novembre 2008, con. l. 28 gennaio

¹¹² Sottolinea infatti l'avvocato generale Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer "... quanto alla mia metodologia, ripeto che le modalità di esercizio dei poteri speciali di cui al decreto controverso, in funzione, da un lato, dell'art. 2, primo comma, lett a) e b), del decreto legge n. 332 c, dall'altro, della lett. c) della medesima disposizione, sono dovute al fatto che la validità delle prime due lettere deve essere verificata alla luce dell'art. 56 Ce, mentre la legittimità della terza deve essere analizzata in rapporto all'art. 43 CE". (n. b. si ricorda, ma solo per facilità di consultazione che mentre alle lett. a) e b) è prevista il diritto del ministro dell'Economia di opporsi all'assunzione di partecipazioni che rappresentino almeno il 5% dei diritti di voto (o eventualmente la diversa quota minore) e ai patti tra azionisti che rappresentino almeno il 5% dei diritti di voto, la lett. c) contempla il "veto all'adozione delle delibere di scioglimento delle società, di trasferimento dell'azienda, di fusione, di scissione, di trasferimento della sede sociale all'estero, di cambiamento dell'oggetto sociale, di modifica dello statuto che sopprimono o modificano i poteri speciali".

¹¹³ NASCIBENE, *op. cit.*, p. 1020.

¹¹⁴ MUCCIARELLI, *op. cit.*, p. 288-281.

2009, n. 2 e successivamente dal d.lgs. 25 settembre 2009, n. 146), tenendo sempre presente che un regime di limitazioni all'accesso in settori protetti è "una peculiarità dei diritti nazionali europei, in larga parte connessa alla tradizione di forte intervento pubblico in economia"¹¹⁵.

¹¹⁵ GUACCERO-PAN-CHESTER, *op. cit.*, p. 1394.

4.

Tutela della salute, tutela dell'ambiente ed evoluzione della "governance" nelle imprese di interesse strategico nazionale (il caso Ilva); un'applicazione dell'art. 41 Cost. per uno "statuto d'impresa?"* **

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. Art. 41 Cost. e la responsabilità d'impresa. - 3. "Migliori tecniche disponibili" e criteri per la valutazione del loro costo. - 4. Diritto all'ambiente salubre e art. 32 Cost. - 5. Incidenza della l. 3 agosto 2013, n. 89 nella valutazione complessiva del sistema soggetto al giudizio di costituzionalità. - 6. La decisione della Corte e il sistema previsto dalla l. 24 dicembre 2012, n. 231. - 7. L'attività di prevenzione nella valutazione dei pericoli per la salubrità dell'ambiente. - 8. Diversa rilevanza del principio di precauzione e del principio di prevenzione. - 9. La nuova normativa in tema di "governance" delle imprese di interesse strategico nazionale (primi spunti). - 10. Riflessi della vicenda Ilva per un contenuto concreto della nozione di "utilità sociale".

1. Premessa

La decisione della Corte costituzionale n. 85 del 9 maggio 2013 ha dichiarato, nella ricerca di un "penoso equilibrio" tra diritti sociali¹, in parte

* Da *Riv. dir. comm.*, 2014, I, 138-233.

** Il presente lavoro è destinato agli *Studi in onore di Diego Corapi* sul tema "Persona e attività economica tra libertà e regole".

¹ In *Giur. cost.*, 2013, p. 1424 ss. con note di V. ONIDA, Un conflitto fra poteri sotto la veste di questione di costituzionalità: amministrazione e giurisdizione per la tutela dell'ambiente; di R. BIN, *Giurisdizione o amministrazione, chi deve prevenire i reati ambientali? Nota alla sentenza "Ilva"* ivi, p. 1505 ss.; di D. PULITANÒ, *Giudici tarantini e Corte costituzionale davanti alla prima legge ILVA*, ivi, p. 1498 ss.; G. SERENO, *Alcune discutibili affermazioni della Corte sulle leggi in luogo di provvedimento*, ivi, p. 1511 ss. e in *Corr. giur.*, 2013, p. 1041 ss. con nota di U. SALANITRO, *Il decreto ILVA tra tutela della salute e salvaguardia dell'occupazione: riflessioni a margine della sentenza della Corte costituzionale*.

inammissibili e in parte infondate le censure formulate dal Giudice per le indagini preliminari e dal Tribunale ordinario di Taranto sulla normativa c.d. "salva Ilva" (con particolare riguardo agli artt. 1 e 3 del d.l. 3 dicembre 2012 come convertito con l. 24 dicembre 2012, n. 231)².

Dei vari aspetti di legittimità costituzionale appare di particolare interesse ripercorrere, nella prospettiva dell'evoluzione normativa di un rilevante settore del diritto dell'impresa, gli argomenti utilizzati dalla Corte per "precisare" (punto 7.1), "l'effettiva portata dell'intervento normativo in ordine alla crisi di stabilimenti industriali di interesse strategico nazionale", al fine di "rendere compatibili la tutela dell'ambiente e della salute con il mantenimento dei livelli di occupazione, anche in presenza di sequestro giudiziario degli impianti".

In altra e recente vicenda (Alitalia), in questi giorni nuovamente all'attenzione delle cronache, sia nazionali che comunitarie³, la Corte, nel richiamare la propria giurisprudenza sull'interpretazione delle clausole generali "utilità sociale" e "fini sociali" contenute nell'art. 41 Cost., aveva ricondotto⁴, fra le esigenze di utilità sociale che dovevano essere bilancia-

Parla nel caso di un "penoso equilibrio tra diritti sociali tutti di primissimo rango costituzionale: quello alla salute e quello al lavoro", P. GRIMAUDO, *Lo stato sociale e la tutela dei diritti quesiti alla luce della crisi economica globale: il caso italiano*, in *federalismi.it* n. 22/2013, 16.

- ² Per un primo, ma approfondito commento della sentenza sul piano dei principi affermati in tema di diritto alla salute, nel senso che non si deve "ipotizzarne una compressione, ma di giustificare un intervento normativa che miri a tutelare, insieme, salute e lavoro" M. MELI, *Ambiente, salute, lavoro: il caso Ilva*, in *NLCC*, 2013, p. 1028.
- ³ Un esempio che illustra le reazioni al recente intervento "pubblico" nella ricapitalizzazione di Alitalia s.p.a. è rappresentato dal commento, in verità non molto obiettivo (e forse neanche molto neutrale, tenendo conto di recenti esperienze nell'area comunitaria), dell'editoriale del *The Financial Times* del 14 ottobre 2013, "Letta's faux pas. Italy's new wave of protectionism risks scaring off investors". Ma, per un istruttivo quadro d'insieme, v. i contributi contenuti in (a cura di U. Bernitz e W-G Ringe), *Company Law and Economic Protectionism. New Challenge to European Integration*, Oxford, 2010, specie pp. 13-105, nella sezione dedicata al tema *EU Law and Economic Protectionism*.
- ⁴ Corte cost. 22 luglio 2010, n. 270 in *Giur. cost.*, 2010, p. 3251 ss, con nota di M. LIBERTINI, *I fini sociali come limite eccezionale alla tutela della concorrenza: il caso del "decreto Alitalia"*. Hanno commentato in senso critico la decisione della Corte. A. PALMIERI e R. PARDOLESI, *L'incompiuta: ascesa e declino costituzionali della libertà di concorrenza* in *Foro it.*, 2010, I, 2914, denunciando la "disinvolta operazione" con la quale "si finisce col rivitalizzare la clausola dell'utilità sociale, in chiave di limite non solo (e non tanto) allo svolgimento dell'attività economica dei privati, quanto piuttosto al funzionamento di meccanismi che dovrebbero tener vivo il gioco della concorrenza".

Su questi profili v., ora, G. GRASSO, *Il costituzionalismo della crisi*, Napoli, 2012, specie 145 ss., M. BENVENUTI, *La Corte costituzionale*, in (a cura di F. Angelini-M. Ben-

te con la regole fondamentali della concorrenza e gli interessi strumentali per la sua garanzia, gli "interessi qualificati in vario modo e collegati alla sfera economica, quali, in particolare quelli attinenti alla esigenza di protezione di una data produzione (sentenza n.20 del 1980)...." e "l'esigenza di interesse generale di riconoscimento e valorizzazione del ruolo" di imprese di determinate dimensioni (sentenza n. 64 del 2007)"⁵.

Nel caso odierno (Ilva), la decisione, condivisibile certamente nelle conclusioni, non appare sempre soddisfacente nelle sue argomentazioni, spesso tuttavia imputabili al vincolo del rispetto di un impianto normativa sottoposto allo scrutinio di costituzionalità, caratterizzato da una certa improvvisazione, sia nella sua redazione iniziale che nei successivi interventi⁶.

Confermano questa valutazione le correzioni ed integrazioni che sono state successivamente apportate, in modo quasi rapsodico e certamente ancora non definitivo, dai diversi provvedimenti che si sono succeduti "a puntate"⁷ nel corso degli ultimi mesi del 2013.

Ad un primo intervento che, finalizzato all'introduzione del regime del "commissariamento straordinario" delle imprese di interesse strategico nazionale (d.l. 4 giugno 2013, n. 61 conv. con l. 3 agosto 2013, n. 89), ha fatto sorgere nuovi e delicati problemi di costituzionalità subito messi in

venuti), *Il diritto costituzionale alla prova della crisi economica* (Atti del Convegno di Roma, 26-27 aprile 2012) Napoli, 2012, specie p. 401 ss. e F. SAITTO, *Economia di mercato e regolazione statale: la controversia tedesca sulla Wirtschaftsverfassung e il "posto" dell'art. 41 della Costituzione italiana*, Ianus, 2011, n. 5, p. 68 che osserva come, nella sentenza Alitalia, la forza normativa dei comma 2 e 3 dell'art. 41 Cost. riemerge in tutta la forza prescrittiva e che "le esigenze di realizzazione dell'utilità sociale possono ben costituire limite all'ordine concorrenziale del mercato".

⁵ Corte cost. 5 febbraio 1980, n.20 in *Giur. cost.*, 1980, p. 171 ss. n. 64, e 9 marzo 2007, n. 64, ivi, 2007, p. 616 con nota di G. ARCONTE, *La Corte, padrona del giudizio in via principale, riconosce che senza tutela della concorrenza non c'è libertà di iniziativa economica privata*.

⁶ V. le critiche formulate sul primo intervento da R. BIN, *L'Ilva e il soldato Baldini*, in *Quad. cost.*, 2013, p. 122 ss., con particolare riguardo alle modifiche introdotte in sede di conversione del decreto legge.

Ricorda come proprio nel caso Ilva dalla lesione all'ambiente nasce un conflitto che coinvolge tre categorie di diritti di rango costituzionale, "quindi tra loro equivalenti" (afferma questa da rivedere proprio nel contesto della decisione), R. CAPOSTOTTI, *Etica e responsabilità per il governo delle imprese*, Torino, 2013, p. 125, anche se ha cura di precisare di condurre l'esame non sotto l'aspetto giuridico ma etico.

⁷ G. GUIZZI, *Il commissariamento di società per azioni ai sensi del d.l. 61/2013 tra funzionalizzazione dell'impresa e problemi di tutela costituzionale della partecipazione azionaria. Prime note a margine del (la seconda puntata del) caso ILVA*, in *Corr. giur.*, 2013, p. 1189 ss.

luce dalla dottrina commercialistica⁸, ha fatto seguito, prima, una normativa (art. 12 l. 30 ottobre 2013, n. 125 di conversione del d.l. 31 agosto 2013, n. 101), volta a garantire, sotto il profilo della tutela ambientale, l'attuazione del Piano previsto dall'art. 1 (comma 5°) l. 3 agosto 2013, n. 89 e poi, da ultimo, un provvedimento pubblicato quando il presente lavoro era stato completato, che conferma ed accentua, nella disciplina del rapporto tra commissario ed imprenditore commissariato (art. 7 (lett. f e g) del d.l. 10 dicembre 2013, n. 136), la validità delle riserve sulla legittimità costituzionale del nuovo impianto normativa.

L'iniziale intervento legislativo, la cui criticità costituzionale era stata già rilevata sotto il profilo del diritto singolare dell'impresa⁹, sembrava infatti quasi ignorare, almeno nella sua espressione formale, la disciplina dell'art. 41 della Costituzione che, pur giudicata ancor oggi dalla dottrina comunitaria, "*the most developed example.....*" di una normativa volta essenzialmente alla tutela dei diritti dei lavoratori, quali la libertà di movimento, "*is not classified as a fundamental principle, but is regarded as a social function*"(corsivi originari)¹⁰, e, come tale va collocata ed interpretata nel più ampio quadro dell' "economia sociale di mercato" richiamata dall'art. 3 del Trattato dell'Unione Europea¹¹.

Il riconoscimento, con la nuova formulazione del Trattato di Lisbona, del valore strumentale della concorrenza rispetto a "finalità complessive di benessere collettivo che si compongono anche di altri valori extraeconomici (pace, libertà, sicurezza, giustizia, tutela dell'ambiente, progresso sociale, parità tra uomo e donna) ed anche economici (crescita equilibrata, stabilità dei prezzi, piena occupazione, progresso scientifico e tecno-

⁸ Sui problemi di costituzionalità posti dalla nuova normativa, v. G. GUIZZI, op. cit., p. 1191 ss.

Sempre utile la lettura, pur nella loro asetticità, delle affermazioni contenute nei dossier della Camera dei deputati D13961_0 del 10 giugno 2013 e n. 39 del luglio 2013 del Servizio studi del Senato.

⁹ K. MARTUCCI, *Profili di diritto singolare dell' "impresa"*, Milano, 2013, p. 10.

¹⁰ F. DORSEMONT, *Values and Objectives*, in (a cura di N. Bruun, K. Lörcher, I. Schömann), *The Lisbon Treaty and social Europe*, Oxford, 2012, p. 55. Per indicazioni di carattere anche generale v. S. DEAKIN, *The Lisbon Treaty the Viking and Laval Judgements and the Financial Crisis: In Search of New Foundations For Europe's "Social market Economy"*, in *The Lisbon Treaty*, op. cit., p. 20 ss.

¹¹ Sulla più recente evoluzione dell'orientamento della Corte costituzionale nel processo d'integrazione europea v. F. ANGELINI, *L'iniziativa economica privata*, in *Il diritto costituzionale alla prova della crisi economica*, op. cit., p. 120 ss. e per un quadro d'insieme F. SAIITO, op. cit., p. 34 ss.

logico, etc.)"¹², implica, pur nelle diverse valutazioni che si confrontano sulla reale portata e il significato dell'affermazione di una "economia sociale di mercato altamente competitiva"¹³, non solo che questi valori pos-

¹² M. LIBERTINI, op. cit., 3298. Dello stesso A. v. anche A "Highly competitive Social Market Economy" as a founding element of the European Economic Constitution, in *Concorrenza e mercato*, Milano, 2011, p. 491, quando osserva che "the inclusion in the Lisbon Treaty of the Social Market Economy ideology is an important step in the process of national/European harmonization, as it summarizes the liberal and democratic principles existing in all the European States"; G. VETTORI, *I principi comuni del diritto europeo dalla CEDU al Trattato di Lisbona*. in *Riv. dir. civ.*, 2010, I, p. 120 che si richiama a F. FELICE, *L'economia sociale di mercato*, Soveria Mannelli, 2008, specie p. 75 ss.

Richiama infine l'attenzione sulla tendenza "a smarcarsi dal liberismo estremo fino ad oggi imperante" con la conseguenza di aprirsi "ad una inedita dimensione sociale che concepisce la libera concorrenza come puro mezzo e non come fine nel prefigurare l'avvento in Europa di una economia sociale di mercato", S. MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, Torino, 2012, p. 94 e già in *Libertà contrattuale e utilità sociale*, in *Europa dir. priv.*, 2011, 365 ss.

¹³ P. DE PASQUALE, *Libera concorrenza ed economia sociale nel Trattato di Lisbona*, in *Dir. pubbl. comp. ed eur.*, 2009, p. 82 e, successivamente nell'editoriale, *Quali scenari si aprono per l'Unione europea dopo la ratifica del Trattato di Lisbona da parte dell'Irlanda?*, ivi, 2009, XXV; P. PASSAGLIA, *Il Trattato di Lisbona: qualche passo indietro per andare avanti*, in *Foro it.*, 2008, V, 40 registra nel Trattato di Lisbona una "maggiore considerazione per gli aspetti "sociali" connessi all'economia".

Tra gli economisti significativa è la lettura di (a cura di S. Natoli) A. QUADRIO CURZIO, *Economia oltre la crisi. Riflessioni sul liberalismo sociale*, Brescia, 2012, pp. 34 ss., 54 ss., 78 ss. e della prefazione di R. PRODI, ivi, p. 10.

Sulle motivazioni alla base dell'innovazione v. C. PINELLI, *Il preambolo, il valore gli obiettivi*, in (a cura di F. Bassanini e G. Tiberi), *Le nuove istituzioni europee. Commento al Trattato di Lisbona*, Bologna, 2010, p. 72 ss.

Mentre T. BLANCHET, *Traité de Lisbonne: une histoire dans l'histoire*, in *A man of all treaties*, Liber Amicorum in l'honneur de Jean Claude Piris, Bruxelles, 2012, p. 80, sub nota 61 ricorda che la soppressione del preesistente richiamo, fra gli obiettivi dell'Unione, ad un mercato "où la concurrence est libre et non faussée" aveva fatto seguito ai dibattiti "qui avaient enflammé le débat référendaire en France", F. PRIOLLAUD - D. SIRITZKY, *Le Traité de Lisbonne*, Paris, 2008, p. 35, sottolineano come l'indicazione del nuovo obiettivo di una "économie sociale de marché hautement compétitive" sia stata effettuata "sans pour autant se référer explicitement à un modèle social européen".

Offre una lettura riduttiva dell'innovazione J. C. PIRIS, *The Lisbon Treaty. A legal and Political Analysis*, Cambridge, 2010, p. 307 ss. per concludere "therefore the change made to the Treaty, which might have a political impact, will not have any legal consequences".

Si limita a ricordare che "L'article 3 du traité fixe les objectifs assignés à l'Union dans la définition et la mise en oeuvre de ses politiques", F. BENOIT ROHMER, *Valeurs et droits fondamentaux dans le traité de Lisbonne*, in (a cura di E. Brosset, C. Chevallier-Govers, V. Edjarian, C. Schneider), *Le Traité de Lisbonne. Reconfiguration ou déconstitutionnalisation dell'Union européenne?*, Bruxelles, 2009, p. 149.

sano prevalere sulla tutela della competizione tra imprese, ma sull'influenza che sono in grado di esercitare sull'evoluzione della stessa legislazione d'impresa.

In questa prospettiva, appare ancor più opportuno rileggere la decisione "Ilva" nel quadro delle integrazioni legislative che hanno completato la norma impugnata, anche al fine di mettere in luce le differenze fra l'iniziale intervento legislativo, giudicato legittimo dalla Corte, e il successivo intervento che attraverso il commissariamento "avoca allo Stato la gestione di un'impresa esercitata in forma societaria, sì da definirne sia gli obiettivi industriali sia la politica degli investimenti.....senza passare per la sua nazionalizzazione ..."14.

Va aggiunto che tutti i provvedimenti in questione, come del resto la stessa decisione della Corte, vanno interpretati nel quadro delle innovazioni che hanno caratterizzato, nel corso dell'attuale crisi economico-finanziaria, sia determinati interventi di politica economica, indice di un più generale cambiamento del ruolo dello Stato e delle politiche pubbliche15 sia provvedimenti (artt. 1 e 2 l. 11 maggio 2012, n. 5) che, segnando il "passaggio... dall'età della privatizzazione all'età della regolamentazione"16 tendono a tutelare attività di rilevanza strategica, indipendentemente dalla loro titolarità, pubblica o privata.

2. Art. 41 Cost. e la responsabilità d'impresa

Indipendentemente dall'esame della legittimità di deroghe alla disciplina generale del sequestro preventivo in sede penale17 - in un

14 G. GUIZZI, *op.cit.*, p. 1190.

15 G. GITTI-A MONTANINO, *Dallo Stato erogatore allo Stato promotore e contraente: verso una nuova politica economica*, in *ODCC (Osservatorio del diritto civile e commerciale)*, 2012, p. 41 ss.

16 A. SACCO GINEVRI - F. M. SBARBARO, *La transizione dalla Golden share nelle società privatizzate ai poteri speciali dello Stato nei settori strategici: spunti per una ricerca*, in *NLCC*, 2013, specie p. 110.

17 Per un primo commento v. N. SELVAGGI, *Decreto Ilva e "rimedi penalistici"*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, p. 379 ss. e, tra gli interventi al Convegno "Il caso Ilva, nel dilemma tra protezione dell'ambiente, tutela della salute e salvaguardia del lavoro, il diritto ci offre soluzioni?" in *federalismi.it* n. 15/2013 la relazione di G. MORGANTE, *Il diritto penale nel caso Ilva tra ospite d'onore e convitato di pietra*, che sottolinea, in termini più generali, il problema dell'opportunità del ricorso al diritto penale per la prevenzione e la repressione dei disastri tecnologici (sul quale v. F. CENTONZE, *La normalità dei disastri tecnologici. Il problema del congedo dal diritto penale*, Milano, 2004, *passim*).

Dubita, in ordine a giudizi pendenti al momento della decisione della Corte, della

"ruolo" del processo penale nella vicenda Ilva che affidava "ad uno strumento necessariamente temporaneo una funzione di gestione di una situazione complessa in conflitto con autorità extrapenali"¹⁸ - l'attenzione dell'interprete è richiamata, fin da una prima lettura della decisione, dall'assenza, nella ricostruzione del sistema operata dalla Corte, di un sia pur minimo riferimento all'art. 41 Cost.¹⁹

Anche se questa carenza potrebbe essere giustificata almeno in parte, come anticipato, dal mancato richiamo nella normativa impugnata all'art. 41 Cost., evocato, ma sembra solo incidentalmente dallo stesso giudice rimettente²⁰, sono rilevanti le conseguenze di questa omissione in una interpretazione del sistema attenta all'evoluzione della responsabilità d'impresa²¹.

persistenza di un interesse alla decisione da parte del pubblico ministero ricorrente G. ROMEO, *La Corte di cassazione sul riesame del sequestro all'Ilva di Taranto*, in *Diritto penale contemporaneo* 2/2013, 11, che, commentando Cass, sez. III, del 20 giugno 2013, n. 27427, osserva come l'intervenuta decisione di legittimità costituzionale abbia modificato il quadro normativo e il correlativo assetto degli interessi in gioco rispetto al momento della proposizione del ricorso "con la conseguenza che l'attualità dell'interesse alla sua definizione poteva forse considerarsi dissolta."

Sollecita sul punto una "meditata riforma" dell'art. 321 c. p. p., intesa a disciplinare "i ruoli rispettivi e i rapporti reciproci tra un'autorità amministrativa - così spesso inattiva - e l'autorità giudiziaria che è chiamata a supplire le inefficienze della prima"; R. BIN, *Giurisdizione o amministrazione*, op. loc. cit.

¹⁸ G. MORGANTE, op. cit. p. 20. Sulla "storica inclinazione degli ordinamenti giuridici dell'Europa continentale....ad affrontare i problemi particolarmente difficili e complessi rifugiandosi nel piano del diritto penale, con arretramento se non proprio emarginazione del diritto amministrativo e del diritto civile" v., ora, G. CONTE, *Rischio di impresa e tutela dell'ambiente. Nuovi paradigmi di governo delle decisioni e nuovi modelli di ripartizione delle responsabilità*, in AA.VV., *Il Rischio di impresa e tutela dell'ambiente (Precauzione- responsabilità- assicurazione)*, Napoli, 2012, XIV e ivi cit. Per un profilo più generale v L. STORONI, *Angoscia tecnologica ed esorcismo penale*, in AA.VV., *Il rischio da ignoto tecnologico*, Milano, 2002, p. 85 ss.

¹⁹ Rileva puntualmente E. VIVALDI, *Il caso Ilva: la "tensione" tra poteri dello Stato ed il bilanciamento dei principi costituzionali in federalismi.it* n. 15/2013 cit. che nella motivazione "non si parla mai di bilanciare diritto alla salute e all'ambiente salubre con la libertà d'impresa, bensì la salute viene contrapposta al diritto al lavoro...." anche se "l'art. 41 Cost. è un parametro cui lo stesso GIP fa chiaro riferimento insieme all'art. 4 Cost. nell'argomentare la dubbia legittimità degli artt. 1 e 3 della l. n. 207/12".

²⁰ V. come *sub* punto 1.2 la Corte riassume la tesi del giudice rimettente: "La disciplina censurata, sempre secondo l'opinione fatta propria dal giudice *a quo*, non realizzerebbe un bilanciamento ragionevole tra il diritto alla salute ed all'ambiente salubre da un lato ed il diritto all'iniziativa economica dall'altra (con conseguente violazione degli artt. 2,9, 32 e 41 Cost.)".

²¹ R. COSTI, *La responsabilità sociale dell'impresa e il diritto azionario italiano*, in *La respon-*

Già da tempo è stata messa in luce, in un'indagine volta ad approfondire questo profilo, l'influenza della giurisprudenza costituzionale sulla "modernizzazione" delle regole che hanno informato, in una progressiva maturazione della nozione di "rischio" d'impresa, l'area della corrispondente responsabilità.

Più precisamente si è osservato che, pur non essendosi mai ".....la Cotte....occupata *ex professo*" di questo aspetto, i suoi interventi si sono concretati, "oltre che in una maggior tutela dei diritti connessi alla libertà, alla sicurezza e alla dignità di componenti interne ed esterne all'impresa (quali i lavoratori subordinati e i consumatori), nell'emersione di nuovi diritti, fra i quali il diritto alla salute rappresenta l'esempio più emblematico"²².

sabilità dell'impresa, Milano, 2006, p. 83 ss.; M. LIBERTINI, *Impresa e finalità sociali. Riflessioni sulla teoria della responsabilità sociale dell'impresa*, in *Riv. soc.*, 2009, p. 21 ss.; F. DENOZZA, *Responsabilità dell'impresa e "contratto sociale". Una critica*, in AA.Vv. *Diritto, mercato ed etica. Dopo la crisi*, Omaggio a Piergaetano Marchetti, Milano, 2010, p. 269 ss. che, in antitesi ad una ricostruzione del sistema dominata dall'analisi economica del diritto per la quale "tutte le aspirazioni alla giustizia e alla ragionevolezza si collocano al di fuori e contro il mercato", conclude (288) riaffermando "invece l'esistenza di diverse possibili razionalità, e diverse possibili efficienze, alle quali corrispondono anche diverse concezioni del mercato e delle sue funzioni" nel cui ambito, una volta terminata la "saga" dei provvedimenti provocati e maturati nel corso delle vicende Ilva, potrebbe trovare collocazione - almeno come punto di partenza della giurisprudenza costituzionale - l'odierna decisione.

Per un quadro generale dei diversi profili interessati dal tema della responsabilità sociale d'impresa v. anche i contributi in (a cura di G. Conte), *La responsabilità sociale dell'impresa*, Roma - Bari, 2008.

- ²² V. BUONOCORE, *Iniziativa economica privata e impresa*, in *Iniziativa economica e impresa nella giurisprudenza costituzionale*, (a cura di V. Buonocore), Napoli, 2006, p. 48; sull'evoluzione interpretativa dell'art. 41 Cost. nella giurisprudenza della Corte anche successiva, v. oggi F. ANGELINI, op. cit. p. 125 ss. e, in particolare, ivi, p. 128 per l'affermazione che "in relazione al riferimento all'utilità sociale, la Corte costituzionale sembra timorosa di riconoscerle forza autonoma: essa cerca...attenuanti nel giudizio di proporzionalità e si dilunga nella ricerca di legittimazioni che consentano la sua applicazione....." come nel caso della deroga al divieto di aiuti statali.

Per una ricostruzione complessiva del pensiero di V. Buonocore v., nel tempo, *L'impresa*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da V. Buonocore, I, Torino, 2002, p. 222 ss. e p. 365 ss.; *I fatti nuovi del diritto commerciale: la responsabilità dell'impresa fra libertà e vincoli*, in AA.Vv., *La responsabilità dell'impresa*, cit., p. 55 ss.; la voce *Impresa (dir. priv.)* in *Enc. dir. Annali*, I, Milano, 2008, p. 762 ss. e p. 798 ss.; *Adeguatezza, precauzione, gestione, responsabilità: chiose sull'art. 2381, commi terzo e quinto, del codice civile* in *Giur. comm.*, 2006, I, 19 ss., contributi tutti ripresi, in un quadro di sintesi, in *Le nuove frontiere del diritto commerciale*, Napoli, 2006, p. 189 ss.

A questa prima valutazione sono seguiti ora, nel corso dell'attuale crisi economico-finanziaria la cui rilevanza nel sistema è riconosciuta dalla più recente giurisprudenza costituzionale²³, gli "effetti di segno contraddittorio sull'art. 41 Cost."²⁴ rappresentati, da un lato dagli interventi per la stabilità del sistema creditizio²⁵ e dalla decisione nel caso "Alitalia" e, dall'altro, da proposte di revisione costituzionale, oggetto di critica radicale per la loro illegittimità, se intese a "rendere secondario il limite dell'utilità sociale"²⁶.

La mancata considerazione nella norma impugnata di questo aspetto, corretto, almeno in parte dal successivo intervento legislativo (d.l. 4 giugno 2013, n. 61 conv. con l. 3 agosto 2013, n. 89), si è riflessa nell'iter logico della decisione e nelle argomentazioni che ne sono alla base²⁷.

Pur pervenendo, in definitiva, ad un sostanziale e condivisibile equilibrio nella valutazione della disciplina censurata, con il riconoscimento (punto 9) di "un ragionevole bilanciamento tra diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione, in particolare alla salute (art. 32), da cui deriva il diritto all'ambiente salubre e al lavoro (art. 4 Cost.), da cui deriva l'interesse costituzionalmente rilevante al mantenimento dei livelli occupazionali ed il dovere delle istituzioni pubbliche di spiegare ogni sforzo in tal senso", la decisione sembra peccare di chiarezza - e forse

²³ Da ultimo Corte cost. 5 aprile 2013, n. 62 in *Giur. cost.*, 2013, specie p. 967, con nota di M. BENVENUTI, *Brevi considerazioni intorno al ricorso all'argomento della crisi economica nella più recente giurisprudenza costituzionale* e, più diffusamente in *La Corte costituzionale*, op. loc. cit.

²⁴ Sottolinea questo aspetto F. ANGELINI, *L'iniziativa economica privata*, op. cit. p. 115.

²⁵ G. NAPOLITANO, *Il nuovo Stato salvatore*, in *Giorn. dir. amm.*, 2008, 1083 ss.; G. FONDERIGO-G. VESPERINI, *Il salvataggio pubblico delle banche*, in (a cura di G. Napolitano), *Uscire dalla crisi*, Bologna, 2012, p. 17 ss.; sul tema v. anche E. ROTOLO, *Crisi economica e intervento pubblico*, in (a cura di L. Torchia), *Lezioni di diritto amministrativo progredito*, Bologna, 2012, p. 217 ss.

²⁶ Per tutti, M. LUCIANI, già nell'audizione alla Camera dei deputati del 16 settembre 2011 pubblicata nel Dossier di Aperta Contrada (rivista@apertacontrada.it), *L'art. 41 della Costituzione*,²⁰ e in *Unità nazionale e struttura economica*, in *Diritto e società*, 2011, p. 692 ss. Per una valutazione complessiva, nel quadro d'insieme, v. F. ZATTI, *Riflessioni sull'art. 41 Cost.: la libertà di iniziativa economica privata tra progetti di riforma costituzionale, utilità sociale, principio di concorrenza e delegificazione* in *Studi in onore di Claudio Rossano*, Napoli, 2013, IV, p. 2235 ss.

²⁷ E. VIVALDI, op. cit., 29, parla di un "bilanciamento *inequale*, in cui la pesatura dei beni contrapposti pare *falsata* da un provvedimento, quale l'AIA, assunto quale strumento capace di garantirne, fino a dichiarazione di inadeguatezza, l'equilibrio tra le contrapposte esigenze di tutela della salute e dell'ambiente, da un lato, e quelle del lavoro dall'altra".

per alcuni aspetti anche di omissione - in alcuni passaggi che potevano essere utilizzati per la ricostruzione di uno statuto dell'impresa nella tutela degli interessi coinvolti nelle attività di interesse strategico, la cui attualità e rilevanza sono state messe in evidenza dalle successive integrazioni normative.

Questi limiti della decisione non sono peraltro una conseguenza esclusiva della normativa impugnata ma sono stati accentuati da un inspiegabile mancato richiamo della Corte, nell'interpretazione del sistema, ad un suo precedente (dec. 16 marzo 1990, n. 127)²⁸ che aveva affrontato il rapporto fra adeguatezza tecnica, costo degli impianti e scelte d'impresa.

Sotto il primo profilo l'esame della decisione e la sua rilevanza nel sistema che si viene delineando, pur con le perplessità sostanziali che si sono ricordate, nella disciplina del rapporto fra soggetto titolare dell'impresa e commissario, non sembra debba restare circoscritto alla legge 24 dicembre 2012, n. 231 che già prevedeva la possibilità (art. 3, comma quarto) per il Garante, (figura ora soppressa dall'art. 2 *quater* l. 3 agosto 2013, n. 89), "incaricato di vigilare sulla attuazione" della nuova normativa, di proporre "le idonee misure, ivi compresa l'eventuale adozione di provvedimenti di amministrazione straordinaria *anche in considerazione degli artt. 41 e 43 della Costituzione*"²⁹, ma deve essere ampliato con la considerazione, almeno in alcuni dei suoi effetti, della legge 3 agosto 2013, n. 89.

Il provvedimento integrativo intitolato, significativamente, "Nuove disposizioni urgenti a tutela dell'ambiente, della salute e del lavoro *nell'esercizio* di imprese di interesse strategico nazionale"³⁰ conferma,

²⁸ Per le diverse valutazioni, all'epoca, della decisione della Corte cost. 16 marzo 1990, n. 127, v., in *Giur. cost.* 1990, p. 718, L. VIOLINI, *Protezione dell'ambiente e della salute "ad ogni costo"*, in *Foro it.*, 1991, I, p. 36, R. FUZIO, *Il bilanciamento di interessi costituzionalmente protetti nella nuova normativa sull'inquinamento atmosferico*; in *Cass. pen.*, 1990, I, p. 2006, F. GIAMPIETRO, *Inquinamento dell'aria e migliore tecnologia disponibile, il d.p.r. n. 203 del 1988 "salvato" dalla Corte costituzionale*; in *Riv. giur. amb.*, 1990, p. 303, A. POSTIGLIONE, *Migliore tecnologia disponibile e costi eccessivi in materia di inquinamento atmosferico*.

La decisione della Corte è stata successivamente richiamata nella sentenza n. 250 del 2009 (in *Giur. cost.*, 2009, p. 3376).

²⁹ Per una prima considerazione dei poteri di amministrazione del commissario "il cui esercizio, potenzialmente può comprimere l'autonomia privata e il diritto di proprietà in vista dell'utilità sociale che ne deriverebbe", v. F. DI CRISTINA, *Gli stabilimenti di interesse strategico nazionale e i poteri del Governo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, p. 373.

³⁰ Spunti utili per una ricostruzione sistematica della nozione dell'interesse strategico nazionale postulato dalla normativa dettata dalla vicenda Ilva, e riconfermati dalla

discussione oggi in corso in tema di tutela delle reti e regime dell'opa, possono essere tratti dall'affermazione della Corte (sub punto 11) che, nel giustificare l'ampiezza della discrezionalità riconosciuta al Governo richiama il carattere variabile dell'"interesse strategico nazionale ad una produzione, piuttosto che ad un'altra, ... elemento variabile, in quanto legato alle congiunture economiche e ad un'altra serie di fattori non predeterminabili (effetti della concorrenza, sviluppo tecnologico, andamento della filiera di un certo settore industriale etc).".

Su questo aspetto e sull'eterogeneità di scopi che ha caratterizzato nel tempo l'utilizzo e il richiamo all'interesse nazionale perseguito dalle società di diritto speciale "di interesse nazionale" (attuale art. 2462 c.c.), sia permesso rinviare a F. SANTONASTASO, *Le società di interesse nazionale*, Milano, 2001, p. 655 ss.

Un notevole interesse per la ricostruzione della nozione di società considerate "strategiche" presenta la recente disciplina sui c.d. "poteri speciali" (art. 21. 11 maggio 2012, n. 56) "inerenti agli attivi strategici nei settori dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni" che ben si presta, in sede interpretativa, specie per quanto riguarda il sistema delle reti nei settori dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni, ad un coordinamento funzionale con la normativa speciale esaminata dalla Corte, nel quadro di un' economia globalizzata e della normativa comunitaria, ad un approfondimento di alcuni aspetti che caratterizzano l'incidenza dell'intervento pubblico sul regime delle società.

In questa prospettiva, di particolare interesse si presenta la lettura, fra i contributi contenuti in *Company Law and Economic Protectionism, New Challenge to European Integration*, (oltre all'introduzione di U. Bernitz e W-G. Ringe che sottolineano come "*Company law is only seemingly value-neutral. Upon closer inspection we discover the many ways in which it can be exploited for political objectives*"), i lavori di J. RICKFORD, *Protectionism, Capital Freedom, and the Internal Market*, ivi, 55 ss e di J. LAU HANSEN, *Cross - Border Restructuring - Company Law between Treaty Freedom and State Protectionism*, ivi, p. 176 ss.

Fra i primi commenti alla nuova normativa nazionale dei c.d. poteri speciali v. C. SAN MAURO, *La disciplina della nuova Golden share, in federalismi.it* n. 21/2012S; S. MEZZACAPO, *I nuovi "poteri speciali" del Governo italiano sulle attività d'impresa e sugli assets di "rilevanza strategica" (per il sistema di difesa e sicurezza nazionale, nonché per i settori dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni)*, in *Dir. banc.*, 2012, specie, p. 720 ss.; A. SACCO GINEVRI-F. M. SBARBARO, op.cit. specie 121 ss; L. ARDIZZONE-M. VITALI, *I poteri speciali dello Stato nei settori di pubblica utilità*, in *Giur. comm.*, 2013, I, p. 919 ss. e già, in sede generale, M. LAMANDINI, *Temi e problemi in materia di contendibilità del controllo, fondi sovrani e investimenti diretti stranieri nei settori strategici tra libera circolazione dei capitali e interesse nazionale*, in *RDS*, 2012, p. 491 ss.

Esamina con particolare attenzione il profilo della compatibilità del nuovo regime con la disciplina comunitaria E. FRENI, *Golden share: raggiunta la compatibilità con l'ordinamento comunitario?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, p. 25 ss.

Presenta altresì interesse, fra gli altri ordinamenti, la recente normativa ellenica che, al fine di giustificare l'introduzione della c.d. "golden share", ha considerato di interesse strategico, all'art. 11 della legge 3631/2008, le "società anonime strategiche che occupano o che hanno occupato una posizione di monopolio, in particolare quando si tratti di società che possiedono, sfruttano o gestiscono reti nazionali di infrastrutture...".

Anche in questo caso il regime dei "poteri speciali" è stato giudicato in contrasto con la normativa comunitaria dalla Corte di giustizia con la decisione dell'8 novembre 2012, causa C-244/11 in *Dir. comm. intern.*, 2013, p. 571 ss ma per la viola-

pur in presenza di sostanziali modifiche al testo del decreto legge convertito (d.l. 4 giugno 2013, n. 61) i dubbi sulla tecnica legislativa usata ed i limiti propri di una legislazione caratterizzata dall'emergenza³¹.

Conviene tuttavia anteporre, seguendo del resto l'argomentazione della Corte, l'esame del secondo profilo dove gli stessi precedenti consentono di individuare non solo "le regole del conflitto", fondamentali per il bilanciamento tra esigenze dell'impresa e rispetto dell'ambiente salubre (dec. 16 marzo 1990 n. 127)³², ma confermano il limite "assoluto e in defettibile rappresentato dalla tollerabilità per la tutela della salute umana e dell'ambiente in cui l'uomo vive", sì che la tutela delle aspettative dell'impresa "non può prevalere sul perseguimento di una più efficace tutela di tali superiori valori ove la tecnologia offra soluzioni i cui costi non siano sproporzionati rispetto al vantaggio ottenibile" (dec. 24 luglio 2009, n. 250).

3. "Migliori tecniche disponibili" e criteri per la valutazione del loro costo

È quest'ultimo aspetto che richiede di essere approfondito, anche in relazione all'evoluzione della normativa di settore, comunitaria e nazionale, successiva alla decisione della Corte costituzionale del 1990 e al diverso approccio della Corte di Giustizia e della Corte EDU sul riconoscimento del diritto fondamentale all'ambiente salubre sia sotto l'aspetto generale³³ che con specifico riguardo ai problemi sorti in tema di rifiuti³⁴.

zione dell'art. 43 del Trattato e non più del solo art. 63 TFUE sulla libertà di movimento dei capitali. Sulle caratteristiche innovative della decisione, rispetto al tradizionale richiamo a quest'ultima normativa, v. *ivi*: il commento di L. CALZOLARI, *Ancora una pronuncia in tema di poteri speciali nelle imprese privatizzate: anche la golden share ellenica non sfugge alla censura della Corte di Giustizia*.

³¹ Sulla nozione di amministrazione dell'emergenza, v. *Il diritto amministrativo dell'emergenza. Annuario 2005* della Associazione dei professori di diritto amministrativo, Milano, 2006, *passim*, ed ora F. GIGLIONI, voce *Amministrazione dell'emergenza*, in *Enc. dir.*, Annali, VI, Milano, 2013, p. 44 ss.

³² E. VIVALDI, *op. cit.*, p. 28.

³³ Sulla difficoltà di stabilire la linea divisoria, in funzione della loro diversa tutela, tra diritti di natura "etico-sociale" e diritti "sociali" nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo e della Corte costituzionale, v. A. RUGGIERI, *Prospettiva prescrittiva e prospettiva descrittiva nello studio dei rapporti tra Corte costituzionale Corte EDU (oscillazioni e aporie di una costruzione giurisprudenziale e modi del suo possibile rifacimento al servizio dei diritti fondamentali)*, in AA.Vv., *Crisi dello Stato, governo dell'economia e tu-*

Punto di partenza dell'odierna decisione è l'affermazione, per poter applicare la nuova normativa (art. 1 l.24 dicembre 2012, n. 231), che vi sia stata, come "premessa generale", la revisione dell'autorizzazione integrata ambientale (AIA) (punto 7.2) ...³⁵ rilasciata "solo sulla base dell'adozione, da parte del gestore dell'impianto, delle migliori tecnologie disponibili (MTD) di cui l'amministrazione deve seguire l'evoluzione".

Di qui la diretta conclusione, nell'interpretazione della Corte, degli effetti di un'attività per sé lecita, dei rischi collegati e dell'equilibrio con i vantaggi che ne conseguono³⁶, della natura dell'AIA³⁷ di "provvedimento per sua natura "dinamico" in quanto comprensivo di un "pro-

tela dei diritti fondamentali, Milano, 2013, p. 131 ss. che sottolinea, come conseguenza della attuale crisi economica-finanziaria (170) le "continue e corpose manipolazioni della sostanza normativa racchiusa negli enunciati costituzionali...".

Sul tema v., fin d'ora L. WEITZEL, *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, avancée ou régression?* in AA.Vv. *L'Europe des droits fondamentaux*, Mélanges en hommage a Albert Weitzel, Paris, 2013, p. 225 ss.

³⁴ Ampiamente, in relazione rispettivamente alle decisioni della Corte di giustizia del 14 marzo 2010 (Commissione v. Italia, C.297/08) e della Corte EDU del 10 gennaio 2012 (Di Sarno e a.v. Italia, app. n. 30765/08, commentata da V. CARDINALE, *Il caso Di Sarno e a. contro Italia: riflessioni sul rapporto tra tutela dell'ambiente, diritto alla salute e gestione dei rifiuti* in www.federalismi.it, 2013, v., C. FELIZIANI, *Il diritto fondamentale all'ambiente salubre nella recente giurisprudenza della Corte di giustizia e della Corte EDU in materia di rifiuti. Analisi di due approcci differenti*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2012, p. 999 ss.

³⁵ Sottolinea D. PULITANÒ, op. loc. cit. come la deroga al regime ordinario delle misure cautelari sia "ritagliata su differenze specifiche della situazione di crisi di industrie d'interesse strategico nazionale, differenze che il legislatore del 2012 ha ritenuto idonee a giustificare un bilanciamento d'interessi nel quale le ragioni sottese al sequestro preventivo risultano soccombenti".

Per una prima sintesi delle condizioni che caratterizzano l'attuale sistema dell'autorizzazione integrata ambientale, costituito, come ricorda la Corte (punto 7.2), "dall'art. 4, comma 4, lett. c), del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152 (Norme in materia ambientale), come modificato dall'art. 2, comma 1, del decreto legislativo 29 giugno 2010, n. 128 (Modifiche ed integrazioni al decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, recante norme in materia ambientale, a norma dell'art. 12 della legge 18 giugno 2009, n. 69". v. M. A. LABARILE, *Autorizzazione integrata ambientale, come cambia il ruolo delle BAT (Best Available Techniques)*", in *Riv. giur. ambiente*, 2013, p. 1 ss.

³⁶ V. ONIDO, op. loc. cit.

³⁷ Sul Decreto del Ministero dell'Ambiente 26 ottobre 2012 in applicazione della decisione di esecuzione della Commissione europea 2012/135 UE (G:U:U:E. n. 70 dell'8 marzo 2012) "che stabilisce le conclusioni sulle migliori tecniche disponibili (BAT) per la produzione di ferro e acciaio al sensi della direttiva 2010/75UE del Parlamento europeo e del Consiglio relativa alle emissioni industriali", v. M. A. LABARILE, op. cit., *sub* nota 2.

gramma di riduzione delle emissioni che deve essere periodicamente riesaminato...al fine di recepire gli aggiornamenti delle tecnologie cui sia pervenuta la ricerca scientifica e tecnologica nel settore".

In quest'ottica la Corte ricorda che il principio, fissato dall'art. 13 della direttiva 15 gennaio 2008, n. 2008/1 CE è stato "attuato in Italia dall'art. 29-*octies* del codice dell'ambiente, il quale inoltre prevede (al comma 4) che si faccia luogo al riesame dell'AIA quando: a) l'inquinamento provocato dall'impianto è tale da rendere necessaria la revisione; b) le MTD hanno subito modifiche sostanziali, in grado di conseguire una riduzione delle emissioni, *senza imporre costi eccessivi* (corsivo aggiunto); c) la sicurezza dell'impianto richiede l'impiego di altre tecniche; d) sono intervenute nuove disposizioni normative comunitarie e nazionali".

L'innovazione introdotta nella normativa soggetta all'esame di costituzionalità prevede che, a seguito del riesame dell'AIA, il Ministero dell'ambiente possa autorizzare la prosecuzione dell'attività produttiva, per il periodo massimo di 36 mesi³⁸, quando si tratti di uno stabilimento di "interesse strategico nazionale" come nel caso dell'Ilva, individuato come tale dall'art. 3 primo comma l. 24 dicembre 2012, n. 231, anziché, secondo la regola generale introdotta dalla nuova disciplina, con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri.

Requisito necessario per il riconoscimento di questa qualifica è il numero dei lavoratori subordinati occupati, "qualora vi sia una assoluta necessità di salvaguardia dell'occupazione e della produzione" (art. 1 cit.), potendo il Ministero dell'ambiente "autorizzare, in sede di riesame dell'autorizzazione integrata ambientale la prosecuzione dell'attività produttiva.....a condizione che vengano adempiute le prescrizioni contenute nel provvedimento di riesame.....al fine di assicurare la più adeguata tutela dell'ambiente e della salute secondo le migliori tecniche disponibili" (ultima parte del primo comma dell'art. 1 l. 24 dicembre 2012, n. 231).

A parte le incertezze che possono presentarsi nella qualificazione di "stabilimento di interesse nazionale", per il mancato riferimento, oltre al numero degli lavoratori subordinati, alla concreta rilevanza e alla natura dell'attività produttiva (requisito la cui determinazione è affidata nel regime generale al decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri), il richiamo della Corte al rispetto della "più adeguata

³⁸ Sulla rilevanza del "carattere temporaneamente limitato della disciplina" nel caso Alitalia nel ragionamento della Corte, v. F. ANGELINI, op. cit., p. 128.

tutela della salute e dell'ambiente" si colloca nel quadro di una normativa che, tracciando "un percorso di risanamento ambientale ispirato al bilanciamento tra la tutela dei beni indicati e quella dell'occupazione, cioè tra beni tutti corrispondenti a diritti costituzionalmente protetti" (punto 8.1), identifica nel provvedimento autorizzatorio la "simultanea applicazione (de)i principi di prevenzione, precauzione, correzione alla fonte, informazione e partecipazione che caratterizzano l'intero sistema normativo ambientale" (punto 10.1).

Pur in presenza di questo indifferenziato rinvio ai principi generali del diritto comunitario in tema di tutela dell'ambiente, probabilmente dovuto ad un richiamo, altrettanto generico, effettuato dalla Procura e dal giudice remittenti³⁹ ai principi informativi del Trattato (art. 191 TFUE), che suscita nell'interprete sostanziali perplessità, la Corte non manca di ricordare, nel prosieguo della sua argomentazione, il ruolo svolto dall' "ausilio di più efficaci tecnologie ad evitare il ripetersi dei fenomeni di inquinamento" (punto 10.2) e il contributo dato dall'individuazione delle "migliori tecnologie disponibili" alla ragionevolezza del "punto di equilibrio contenuto nell'AIA" (punto 10.3).

L'aver la Corte sottolineato (punto 12.2) che il riesame dell'AIA ha anticipato di "quattro anni l'obbligo di adeguamento alle conclusioni delle migliori tecniche disponibili relative al settore siderurgico, di cui alla decisione della Commissione europea n. 2012/135/UE", richiama la necessità di interpretare, alla luce dei principi costituzionali in funzione dei quali si colloca il "punto di equilibrio" ricordato dalla Corte stessa, quel limite del costo eccessivo indicato dall' art.13 della direttiva 15 gennaio 2008, n. 2008/1/CE nel procedere all'identificazione delle "migliori tecniche disponibili", effettuata dall'art. 5 del codice per l'ambiente (lett. 1-ter).

Dopo la premessa che considera tali le tecniche in grado di consentire "la più efficiente e avanzata fase di sviluppo di attività e relativi metodi di esercizio indicanti l'idoneità pratica ... a costituire, in linea di massima,

³⁹ Così riassume la Corte (punto 1.2) l'argomentazione sia della Procura che del giudice remittente: "Da ultimo, la parziale coincidenza dei parametri nazionali con gli strumenti sovranazionali di garanzia dei diritti implicherebbe....la violazione dell'art. 117 Cost., avuto riguardo anzitutto agli artt. 3 e 35 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, e poi all'art. 191 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE), ove è fissato il principio di precauzione (disatteso nella specie oltre la soglia del rischio, fino alla certezza, asseritamente acquisita, di danni alla salute)".

la base dei valori limite di emissione intesi ad evitare oppure, ove ciò si riveli impossibile, a ridurre in modo generale le emissioni e l'impatto sull'ambiente nel suo complesso", la norma di tutela ambientale qualifica come *disponibili* "le tecniche sviluppate su una scala che ne consenta l'applicazione in condizioni *economicamente* e tecnicamente idonee nell'ambito del relativo comparto industriale, prendendo in considerazione i costi e i vantaggi, indipendentemente dal fatto che siano o meno applicate o prodotte in ambito nazionale, purché il gestore possa *utilizzarle a condizioni ragionevoli*" (corsivi aggiunti).

Considerazioni queste che se possono giustificare il contemperamento delle regole di tutela dell'ambiente con le regole dell'attività d'impresa trovano un limite insuperabile nella tutela del diritto all'ambiente salubre che costituisce, come la stessa Corte aveva riconosciuto, il "naturale *prius*" del diritto alla salute⁴⁰, nella consapevolezza che una Costituzione, per quanto possa essere "liberista" non può (né deve) garantire il "mercato" come tale, altrimenti tutto diventerebbe suscettibile di valutazione economica e di disponibilità giuridica⁴¹.

Commentando il regime, anteriore al codice dell'ambiente, dei costi delle misure anti-inquinanti gravanti sulle imprese che sembrava consentire di non adottare le migliori misure previste dalla tecnica, qualora avessero comportato costi eccessivi⁴², la Corte costituzionale ne aveva, infatti, subordinato la legittimità alla circostanza che il limite massimo di emissione inquinante non superasse il limite "ultimo, assoluto e indefettabile rappresentato dalla tollerabilità per la salute umana e dell'ambiente in cui l'uomo vive: tutela affidata al principio fondamentale di cui all'art. 32 Cost., cui lo stesso art. 41, comma 2, si richiama"⁴³.

L'aver condizionato la validità del riferimento del costo eccessivo

⁴⁰ V. BUONOCORE, *Iniziativa economica privata e impresa*, cit., p. 33. Sul punto sia permesso rinviare anche a F. SANTONASTASO, *Libertà di iniziativa economica e tutela dell'ambiente (L'attività d'impresa tra controllo sociale e mercato)*, Milano, 1996, p. 63 ss.; v., ora, A. COSTANZO, *Valori ambientali e diritti fondamentali in* (a cura di I. Nicotra - U. Salanitro), *Il danno ambientale tra prevenzione e riparazione*, Torino, 2010, p. 41 ss.

⁴¹ A. PACE, *Libertà "del mercato" e "nel mercato"*, in *Pol. dir.*, 1993, p. 328.

⁴² L'art. 2, comma settimo del d.p.r. n. 203 del 1988 individuava il migliore sistema tecnologico nel sistema "adeguatamente verificato e sperimentato, che consente il contenimento e/o la riduzione delle emissioni a livello accettabile per la protezione della salute e dell'ambiente, *sempreché l'applicazione di tali misure non comporti costi eccessivi*" (corsivo aggiunto)

⁴³ Corte cost. 7 marzo 1990, n. 127, cit.

della migliore tecnologia al raggiungimento di livelli di inquinamento inferiori a quelli compatibili con la salute umana, oltre ad essere interpretato come un'anticipazione da parte della giurisprudenza costituzionale, del principio di adeguatezza che, introdotto nella *governance* societaria dalla riforma delle società di capitali, è ritenuto espressione propria del diritto dell'impresa⁴⁴, ha avuto anche il significato di salvaguardare la libertà di iniziativa economica escludendo l'obbligo di adottare ad ogni costo le migliori tecnologie che avrebbe potuto comportare il proseguimento dell'attività economica senza la possibilità di conseguire gli utili⁴⁵.

La successiva modifica della normativa nazionale (art. 29 *octies* d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152) che, pur avendo tenuto presente l'orientamento della Corte in tema di bilanciamento tra le esigenze dell'impresa ed salvaguardia dell'ambiente salubre, appare caratterizzata da una commistione tra la nozione di origine statunitense della *best available technology*, riferita alle sole potenzialità della tecnologia e l'accezione britannica della *best practicable mean*, comprensiva di una valutazione di fattibilità⁴⁶, avrebbe dovuto richiamare una maggiore attenzione della decisione nell'individuazione concreta delle regole che presiedono al bilanciamento di interessi.

In riferimento all'introduzione di modifiche sostanziali secondo le "migliori tecniche disponibili" e tali da ottenere una riduzione delle emissioni, nell'alternativa fra l'esclusione dei "costi eccessivi" e l'utilizzazione di tecniche "a condizioni ragionevoli", l'effettivo significato di quest'ultima espressione (presente del resto nella stessa direttiva) andava ricercato e valutato seguendo l'indirizzo tracciato dal precedente della Corte.

È stato al riguardo già osservato⁴⁷ che la decisione iniziale della Corte non si era limitata a tracciare, in sede generale, le regole del conflitto tra esigenze dell'impresa e la tutela dell'ambiente salubre ma aveva anche affermato che per stabilire se i costi sono eccessivi non si doveva aver riguardo alla singola impresa ma a categorie omogenee di imprese, suggerendo la possibilità di una valutazione nei confronti

⁴⁴ V. BUONOCORE, *Adeguatezza, precauzione, gestione, responsabilità: chiose sull'art. 2381, commi terzo e quinto, del codice civile*, op. cit., p. 25 ss.

⁴⁵ B. CARAVITA, *Il bilanciamento tra costi economici e costi ambientali in una sentenza interpretativa della Corte costituzionale*, in *Le Regioni*, 1991, p. 529.

⁴⁶ E. VIVALDI, op. cit., p. 28 e ivi ampi richiami.

⁴⁷ E. VIVALDI, op. cit., p. 29.

dell'intero "compatto industriale" (art. 2, punto 12 lett. b) della direttiva 2008/1/CE), come sembra confermare il più recente indirizzo comunitario dettato specificamente per l'Ilva⁴⁸ che conferma l'importanza, a livello di sistema, del principio "chi inquina paga"⁴⁹.

Ma nello stesso contesto si era anche precisato, quasi anticipando la situazione che si sarebbe verificata nel territorio interessato dall'attività dell'Ilva e che condiziona ogni scelta del legislatore "che il fattore costo non viene in considerazione sotto nessun riguardo quando si tratta di zone particolarmente inquinate..."⁵⁰.

Per dare una maggiore continuità alla nuova normativa e al suo inserimento nel sistema del diritto dell'impresa, fornendo al contempo una concreta garanzia del diritto all'ambiente salubre, un primo criterio, che potrebbe essere utilizzato in una traduzione in termini costituzionalmente corretti del regime generale dettato dal codice dell'ambiente, è stato indicato da una recente decisione della stessa Corte costituzionale⁵¹.

Dopo aver ribadito che gli interessi dell'impresa sono "certamente recessivi a fronte di un'eventuale compromissione, se del caso indotta dal mutamento della situazione ambientale, del limite assoluto e indefettibile rappresentato dalla tollerabilità per la tutela della salute umana e dell'ambiente in cui l'uomo vive..." la Corte aveva precisato, ancora una volta, che la tutela delle aspettative delle imprese "non può prevalere sul perseguimento di una più efficace tutela di tali superiori valori ove la tecnologia offra soluzioni i cui costi non siano sproporzionati rispetto al vantaggio ottenibile"⁵².

Conclusione questa che se sembra riconducibile ad una valutazione di carattere generale già contenuta nella prima decisione, quando aveva considerato l'eccessività dei costi in termini di omogeneità per le diverse categorie di imprese, ne aveva limitato, al contempo, l'ambito di applicabilità con la recisa affermazione che "il fattore costo non viene in considerazione sotto nessun riguardo quando si tratta di

⁴⁸ Risoluzione del Parlamento europeo del 12 dicembre 2012 Doc. B7-0550/2012, in www.europarl.europa.eu.

⁴⁹ M. MELI, *Il principio comunitario chi inquina paga*, Milano, 1996, *passim* e, successivamente, *Il principio chi inquina paga nel codice dell'ambiente*, op.cit., p. 811 ss.

⁵⁰ Corte cost. n. 127 del 1990, cit. Sul punto v. A. MORRONE, voce *Bilanciamento*, in *Enc. del diritto*, Annali, 2008, II, t. II, p. 197.

⁵¹ Corte cost. 24 luglio 2009 n. 250, in *Giust. cost.*, 2009, p. 3376 ss.

⁵² Corte cost. ult. cit.

zone particolarmente inquinate....nel qual caso i limiti delle emissioni possono essere persino più restrittivi degli stessi valori minimi"⁵³.

Se quindi appare esatta la critica all'odierna decisione per aver effettuato un bilanciamento "ineguale" dove "la pesatura dei beni contrapposti pare *falsata* da un provvedimento, quale l'AIA, assunto quale strumento capace di garantire, fino a dichiarazione di inadeguatezza, l'equilibrio tra le contrapposte esigenze di tutela della salute e dell'ambiente, da un lato e quelle del lavoro dall'altro"⁵⁴, argomenti ad integrazione della soluzione della Corte sono forniti da una considerazione del complessivo sistema delle regole d'impresa quale si viene delineando, a seguito della trasformazione dell'iniziale regime di emergenza dettato dalla l. 24 dicembre 2012, n. 231.

Con la previsione del commissariamento straordinario dell'impresa e delle regole che ne informano l'attività quando, "a causa della inosservanza reiterata dell'autorizzazione integrata ambientale" (art. 1, comma primo l. 3 agosto 2013, n. 89), si siano verificati "oggettivamente pericoli gravi e rilevanti per l'integrità dell'ambiente e della salute" e la successiva individuazione di nuove misure necessarie a garantire "il rispetto delle prescrizioni di legge e dell'autorizzazione integrata ambientale rilasciata allo stabilimento Ilva di Taranto" in tema di discarica di rifiuti pericolosi e non pericolosi (art. 12 l. 30 ottobre 2013, n. 125, comma primo e secondo) si è venuto ad integrare, anche se non ancora a completare, il quadro normativa oggetto del giudizio di legittimità costituzionale.

4. Diritto all'ambiente salubre e art. 32 Cost.

La mancata considerazione dei precedenti della Corte sui valori che non possono essere sacrificati all'attività d'impresa ha comunque comportato che la decisione, dopo la descrizione del ruolo fondamentale della "valenza amministrativa" del sistema dell'AIA, quale presupposto per la tutela del diritto alla salute dei cittadini⁵⁵, è stata costretta ad un passaggio argomentativo, non solo delicato ma che sembra anche contraddittorio con la sua stessa giurisprudenza, ove si

⁵³ Corte cost. 7 marzo 1990, n. 127 *sub* punto 2 del considerato in diritto.

⁵⁴ E. VIVALDI, *op. loc. ult. cit.*

⁵⁵ U. SALANITRO, *Il decreto Ilva*, *op. cit.*, p. 1045.

consideri il diritto all'ambiente salubre nella sua connessione, da un lato, con "l'utilità sociale e, dall'altro, (con) il rispetto della sicurezza, della dignità e della libertà di iniziativa economica"⁵⁶.

Dopo aver premesso (punto 9) che la "ratio della disciplina censurata consiste nella realizzazione di un ragionevole bilanciamento tra diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione, in particolare alla salute (art. 32 Cost.), *da cui deriva il diritto all'ambiente salubre*, e al lavoro (art. 4 Cost.), da cui deriva l'interesse costituzionalmente rilevante al mantenimento dei livelli occupazionali ed il dovere delle istituzioni pubbliche di spiegare ogni sforzo in tal senso" (corsivo aggiunto), la Corte conclude che "tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri".

Più precisamente, dopo aver richiamato la propria affermazione che la tutela dei diritti fondamentali deve essere "sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto fra loro" per impedire "l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diventerebbe "tiranno" nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona" (Corte cost. 19 novembre 2012, n. 264)⁵⁷, la Corte si trova costretta a negare, per sostenere il suo assunto, che "l'aggettivo "fondamentale" contenuto nell'art. 32 Cost. sarebbe rivelatore di un "carattere preminente" del diritto alla salute rispetto a tutti i diritti della persona".

In realtà il richiamo al precedente sembra provare troppo e non giustifica, nella sua assolutezza, la conclusione, anche se si è correttamente rilevato che il senso dell'affermazione non è che il diritto alla salute "si possa sacrificare in vista della realizzazione di interessi altri, ma

⁵⁶ Così V. BUONOCORE, op. ult. cit., p. 35 che si richiama espressamente all'affermazione di A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte speciale*, Milano, 1992, p. 463 che tali limiti (utilità sociale, da un lato e rispetto della sicurezza, della dignità e delle libertà umane, dall'altro) rappresentano anche il metro per valutare e sindacare la correttezza delle norme in contrasto con questi stessi valori.

⁵⁷ Corte cost. 19 novembre 2012, n. 264 in *Giur. cost.*, 2012, p. 4216 ss. con note di C. PINELLI, "Valutazione sistematica" versus "valutazione parcellizzata": un paragone con la Corte di Strasburgo; R. CAPONI, *Retroattività delle leggi: limiti sostanziali v. limiti processuali nel dialogo tra le Corti*; F. BILANCIA, *Leggi retroattive ed interferenza nei processi in corso: la difficile sintesi di un confronto dialogico tra Corte costituzionale e Corte europea fondato sulla complessità del sistema dei reciproci rapporti*.

in quanto non rappresenta l'unico obiettivo da perseguire. Non si tratta, cioè di ipotizzarne una compressione, ma di giustificare un intervento normativo che miri a tutelare, insieme, salute e lavoro"⁵⁸.

Nel dialogo a distanza con la Corte di Strasburgo⁵⁹, la decisione del 19 novembre 2012, n. 264, aveva premesso (punto 4.1) che il "richiamo al "margine di apprezzamento" nazionale - elaborato dalla Corte di Strasburgo e rilevante come temperamento alla rigidità dei principi formulati in sede europea - deve essere sempre presente" nelle sue valutazioni, concludendo che "la tutela dei diritti fondamentali deve essere sistemica, e non frazionata, in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro".

Di qui lo sviluppo, sempre nel ragionamento della Corte costituzionale del 2012, di due argomenti funzionalmente collegati.

All'affermazione (punto 5.3) che "nell'attività di bilanciamento con altri interessi costituzionalmente protetti ...rispetto alla tutela dell'interesse sotteso ...prevale quella degli interessi antagonisti, di pari rango costituzionale, complessivamente coinvolti nella disciplina recata dalla disposizione censurata" - per la quale sussistano "quei preminenti interessi generali" che giustificavano il ricorso ad una legislazione retroattiva - seguiva la conferma (punto 5.4) che "a differenza della Corte EDU, questa Corte....opera una valutazione sistemica, e non isolata, dei valori coinvolti dalla norma di volta in volta scrutinata, ed è, quindi tenuta a quel bilanciamento, solo ad essa spettante ...".

Ma la rivendicazione di una riserva esclusiva della Corte sul bilanciamento tra diritti⁶⁰ e all'accentuazione del criterio della "valutazione sistematica" dei valori coinvolti in considerazione del suo ruolo "nel sistema statale di garanzia dei diritti"⁶¹ era stata preceduta dalla valutazione, nel caso concreto, di "quei preminenti interessi generali" che garantivano "il rispetto dei principi di uguaglianza e di solidarietà che, per il loro carattere fondante, occupano una posizione privilegiata nel bilanciamento con gli altri valori costituzionali"⁶².

⁵⁸ M. MELI, *Ambiente, salute, lavoro: il caso Ilva*, op. cit., p. 1028.

⁵⁹ Sulle tecniche decisorie della Corte costituzionale nei rapporti con le Corti europee, v. A. RUGGERI, *"Dialogo tra le Corti e tecniche decisorie a tutela dei diritti fondamentali"*, in *federalismi.it* n.24/2013.

⁶⁰ C. PINELLI, op. cit., 4229.

⁶¹ F. BILANCIA, op. cit., 4238.

⁶² Corte cost. 28 novembre 2012, n. 264 nella parte conclusiva del punto 5.3.

Pur partendo dalla duplice, corretta osservazione, che "la qualificazione come "primari" dei valori dell'ambiente e della salute significa... che...non possono essere sacrificati ad altri interessi, ancorché costituzionalmente tutelati, non già che gli stessi siano posti alla sommità di un ordine gerarchico assoluto" e che "il punto di equilibrio, proprio perché dinamico e non prefissato in anticipo, deve essere valutato....secondo criteri di proporzionalità e di ragionevolezza, tali da non consentire un sacrificio del loro nucleo essenziale" (parte finale del punto 9), la Corte non ne ricerca appieno la concreta traduzione nella normativa "Ilva".

L'aver negato che la formulazione dell'art. 32 Cost. ("La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività...") riveli un "carattere preminente del diritto alla salute rispetto a tutti i diritti della persona", non significa negare che il diritto ad un ambiente salubre sia la premessa per una sua realizzazione effettiva nella "preservazione della persona umana in tutte le sue estrinsecazioni".

È questo il principio affermato, in materia di tutela dell'ambiente e di danno ambientale, anche dalla giurisprudenza della Corte di cassazione, fin da un'ormai remota decisione⁶³, ma sempre richiamata⁶⁴, per la quale "il collegamento dell'art. 32 Cost. con l'art. 2 Cost. attribuisce al diritto alla salute un contenuto di socialità e di sicurezza, tale che esso si presenta non solo come mero diritto alla vita e all'incolumità fisica, ma come un vero e proprio diritto all'ambiente salubre"⁶⁵.

Non sembra al riguardo possa considerarsi esaustivo il successivo

⁶³ Cass. SS. UU. 6 ottobre 1979, n. 5172, in *Foro it.*, 1979, I, p. 2302 ss. che aggiungeva anche che l'amministrazione "non ha il potere di rendere l'ambiente insalubre neppure in vista di motivi di particolare rilevanza. Segue che essa non ha il potere di compiere né di autorizzare attività suscettive di determinare tale insalubrità senza l'impiego di cautele atte - di attitudine verificabile dal giudice - a scongiurare il pericolo" (corsivo aggiunto).

⁶⁴ Da ultimo A. COSTANZO, op. cit., p. 42. e, in una ricostruzione critica del percorso dal diritto soggettivo all'ambiente salubre al diritto soggettivo all'ambiente, E. LECCESE, *Danno all'ambiente e danno alla persona*, Milano, 2011, specie p. 162 ss.

⁶⁵ Per un quadro di sintesi della dottrina e giurisprudenza successive v. oltre la ricostruzione di D. PORENA, *La protezione dell'Ambiente tra Costituzione italiana e "Costituzione globale"*, Torino, 2009, p. 149 ss., S. BARTOLE-R. BIN, *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 2008 sub art. 32,323 ss. e in particolare Cass. 2 maggio 2007, n. 16575 che, nell'affrontare il tema della configurabilità del bene ambiente e la risarcibilità del danno ambientale, ha confermato la loro "fonte genetica....direttamente nella Costituzione, considerata dinamicamente e come diritto vigente e vivente, attraverso il combinato disposto di quelle disposizioni (artt. 2, 3, 9, 41 e 42) che concernono l'individuo e la collettività nel suo habitat economico, sociale e ambientale...".

passaggio della decisione (p. 10.1) che riconosce al "richiamo operato dalla legge.....il valore di costante condizionamento della prosecuzione dell'attività produttiva alla puntuale osservanza delle prescrizioni contenute nel provvedimento autorizzatorio....". per legittimare il riconoscimento, in tutta la sua delicatezza nella risoluzione del conflitto di interessi, di un necessitato periodo transitorio⁶⁶ per riportare l'attività d'impresa ad un regime corretto e rispettoso del diritto della collettività ad un ambiente salubre (che appare essere la *ratio* dell'intero provvedimento, come confermano le successive integrazioni apportate già con l'art. 12 l. 30 ottobre 2013, n. 125).

Non è sufficiente infatti far seguire al riconoscimento della natura del provvedimento (l'AIA) di strumento, tramite il quale, per le sue caratteristiche di partecipazione e di pubblicità, "si perviene, nella previsione del legislatore, all'individuazione del punto di equilibrio in ordine all'accettabilità e alla gestione dei rischi....", l'affermazione che esso rappresenta "l'esito della confluenza di plurimi contributi tecnici ed amministrativi in un unico procedimento, nel quale, in conformità alla direttiva n. 2008/1/Ce devono trovare simultanea applicazione i principi di prevenzione, precauzione, correzione alla fonte, informazione e partecipazione, che caratterizzano l'intero sistema normativo ambientale".

Nell'individuazione del "punto di equilibrio" sarebbe stato necessario, invece che limitarsi ad un generico e quasi incidentale richiamo a questi principi (punto 10.1), approfondirne la diversa natura, funzione e contenuto per poi individuare nella normativa "Ilva" i corrispondenti indici normativi, necessari per applicarli e giustificare la legittimità del periodo transitorio, avendo anche riguardo alle difficoltà di differenziare precauzione da prevenzione e ad identificare, in sede comunitaria, un diritto fondamentale a vivere in un ambiente salubre⁶⁷.

Vero è che si deve ricordare, ancora una volta, che la Corte è stata costretta a decidere sulla base di un testo legislativo sostanzialmente incompleto che⁶⁸, dettato dall'emergenza nella ricerca di soluzioni in

⁶⁶ Sottolinea tutta la delicatezza dell'autorizzazione alla prosecuzione dell'attività per un tempo determinato nei rapporti tra diritto penale e diritto amministrativo U. SALANITRO, op. cit., p. 1044.

⁶⁷ Ampiamente C. FELIZIANI, op. cit., p. 1023 ss.

⁶⁸ In questo caso si è trattato probabilmente di mera incapacità del "legislatore", messo in crisi dall'improvviso aggravarsi dell'emergenza della situazione provocata dagli interventi del giudice penale, come dimostra il successivo intervento di integrazione della disciplina e non, come nel caso deciso con la sentenza del 20 luglio 2012, n. 200,

grado di dare una risposta immediata ad un degrado ambientale imputabile ad un'attività d'impresa lesiva del diritto fondamentale ad un ambiente salubre, è stato e continua ad essere oggetto di immediate e graduali integrazioni, ma l'aver condotto l'esame della normativa nella sola ottica della prevenzione generale perseguita con l'esercizio dell'attività amministrativa in riferimento ad alcuni dei valori costituzionali in gioco, giustifica la critica di un bilanciamento "ineguale"⁶⁹.

5. Incidenza della l. 3 agosto 2013, n. 89 nella valutazione complessiva del sistema soggetto al giudizio di costituzionalità

Per avere un quadro di riferimento completo, almeno quanto al richiamo espresso alle norme costituzionali di riferimento, occorre attendere il d.l. 4 giugno 2013 n. 61 convertito con sostanziali modifiche con l. 3 agosto 2013, n. 89 inteso ad assicurare, con la nomina di un commissario, la prosecuzione dell'attività produttiva, destinando prioritariamente le risorse dell'impresa alla copertura dei costi necessari al recupero dell'integrità dell'ambiente e della salute compromessi dalla precedente gestione⁷⁰.

Alla dichiarazione iniziale - formulata a titolo di premessa - che *"la continuità del funzionamento produttivo di stabilimenti di interesse strategico costituisce una priorità di carattere nazionale, soprattutto in considerazione dei prevalenti profili di protezione dell'ambiente e della salute"*, che scandisce, anche in termini procedurali, il rapporto tra attività economica produttiva e tutela dell'ambiente salubre, corrisponde il riconoscimento, in relazione alle caratteristiche del caso concreto, della *"straordinaria necessità di emanare disposizioni che assicurino ... la*

della ricerca di un "incostituzionale meccanismo per sostituire norme di legge" (così G.U. RESCIGNO, *Come i governanti hanno tentato furbescamente di aggirare la Costituzione e come la Corte ha risposto in modo debole e inadeguato*, *Giur. cost.*, 2012, p. 2945).

⁶⁹ E. VIVALDI, op. cit., p. 31 che osserva come "il bilanciamento ineguale, giudicato ragionevole dalla Corte costituzionale, non sia stato in grado di salvare l'equilibrio tra poteri dello Stato, faticosamente costruito, né, tantomeno, ottenere lo scopo di coniugare la tutela della salute e dell'ambiente con le esigenze legate al proseguimento dell'attività di impresa".

⁷⁰ M. MELI, op. ult. cit., p. 1030; sul regime del decreto legge n. 61, allora in conversione, v. M. MASSA, *Il commissariamento dell'Iloa: un nuovo capitolo nel diritto delle crisi industriali*, in *Quaderni cost.*, 2013, p. 617 ss.

continuità produttiva ed occupazionale nel rispetto delle norme ambientali e sanitarie" (corsi aggiunti).

La nomina di un commissario straordinario in grado di assicurare "la continuità produttiva ed occupazionale nel rispetto delle norme ambientali e sanitarie" (art. 1, comma primo)⁷¹ è diretta conseguenza dell'accertamento di "pericoli gravi e rilevanti per l'integrità dell'ambiente e della salute a causa della inosservanza reiterata dell'autorizzazione integrata ambientale..." verificatasi nell'esercizio dell'attività propria dell'impresa.

Alla prosecuzione dell'attività produttiva durante il commissariamento è riconosciuto (art. 1, comma secondo) il carattere di essere "*funzionale* alla conservazione della continuità aziendale ed alla destinazione prioritaria delle risorse aziendali alla copertura dei costi" sopportati per la realizzazione degli interventi resi necessari dall'inosservanza, da parte dell'impresa, delle prescrizioni dell'autorizzazione integrata ambientale.

L'attenzione dell'interprete è subito richiamata dalla ricerca del significato dell'affermazione dal duplice profilo che presenta la "*funzionalizzazione*" dell'attività produttiva nel periodo di gestione commissariale, intesa, da un lato, a garantire la prosecuzione dell'attività produttiva e, dall'altro, il rispetto delle prescrizioni dell'AIA necessarie per garantire, al termine di un periodo transitorio fissato per legge, il risultato finale di un ambiente salubre.

Requisito fondamentale per raggiungere questo risultato nel termine concesso dalla normativa d'intervento (da dodici a trentasei mesi) è la garanzia che la gestione commissariale provveda alla destinazione obbligatoria (in questo senso sembra debba essere interpretato il richiamo alla "destinazione prioritaria") delle risorse aziendali alla copertura dei costi necessari per il ripristino delle condizioni richieste dalla normativa ambientale, dovendosi ricomprendere nell'ambito delle risorse non solo i proventi dell'attività di gestione (oggetto di svincolo dal sequestro disposto dal giudice penale, art. 1, comma 11°) ma anche gli eventuali utili accantonati, le riserve disponibili e ogni sopravvenienza attiva che dovesse manifestarsi nel corso della gestione commissariale.

Con queste premesse, il richiamo normativo, per recuperare un

⁷¹ Sul ricorso ad organi straordinari, quale strumento tipico del diritto dell'emergenza "investiti del compito di intervenire a tutela degli interessi pubblici e privati danneggiati minacciati nella situazione contingente", v. S. D'ANTONIO, *Organi straordinari e amministrazione dell'emergenza*, in (a cura di A. Cantieri, E. Francario, M. Immordino, A. Zito), *L'interesse pubblico tra politica e amministrazione*, Napoli, 2010, I, p. 203 ss.

ambiente salubre, alla "prosecuzione dell'attività produttiva... funzionale alla conservazione della continuità aziendale e alla destinazione prioritaria delle risorse aziendali alla copertura dei costi necessari"⁷² non contrasta con la tesi, generalmente accolta, che ha escluso si possa riconoscere alla c.d. "funzionalizzazione" il significato di negazione dell'attività economica privata come esercizio di una libertà⁷³, ma conferma, nel rapporto tra libertà di iniziativa ed il limite dell'utilità sociale, l'ulteriore elaborazione che ne è stata fatta in una comparazione del rapporto tra l'"utilità sociale", nel cui ambito rientrano gli interessi relativi all'ambiente e alla salute, e la "funzione sociale" richiamata nell'art. 42 Cost.⁷⁴

In questa prospettiva è stato sottolineata la necessità, commentando in collegamento con l'art. 41 Cost., il precedente orientamento della Corte costituzionale sulla riconduzione degli interessi relativi all'ambiente e alla salute nell'ambito dei limiti dell'utilità sociale⁷⁵, della "conciliazione fra esigenze della produttività, proprie dell'operatore economico e ispirazione solidaristica" per la cui validità⁷⁶ "...non occorre funzionalizzare l'iniziativa privata ad altro che a se stessa, non già ai fini o risultati che le si impongono"⁷⁷.

Contestualmente alla nomina del commissario delegato alla gestione dell'impresa che "si avvale di un sub commissario nominato dal Ministro dell'ambiente", parificato al primo, con una previsione che avrà

⁷² Con la successiva precisazione, con norma di interpretazione autentica (art. 12 l. 30 ottobre 2013, n. 125, comma 5-bis), che "per beni dell'impresa si devono intendere anche le partecipazioni dirette ed indirette in altre imprese, nonché i cespiti aziendali alle stesse facenti capo".

⁷³ G. MINERVINI, *Contro la "funzionalizzazione" dell'impresa privata*, in *Riv. dir.civ.*, 1958, I, p. 618 ss.

⁷⁴ V. BUONOCORE, *Iniziativa economica privata e impresa*, op.cit., p. 11. Osserva ora G. GUIZZI, op. cit., 1191, come "sotto questo aspetto l'intervento normativa si può ritenere ancora coerente con il dettato costituzionale, potendosi considerare, infatti, esemplare applicazione del precetto dettato dal terzo comma" dell'art. 41 Cost.

⁷⁵ Corte cost. 3 giugno 1998, n.196, in questa *Rivista*, e già 22 giugno 1983, n.184, ivi, 1983, p. 977 ss.

⁷⁶ V. BUONOCORE, *Iniziativa economica privata e impresa*, op. cit. p. 35.

⁷⁷ Così G. OPPO, *L'iniziativa economica privata*, in *Riv. dir. civ.*, 1988, I, p. 309 richiamato puntualmente da V. BUONOCORE, op. loc. ult. cit.

Sempre di G. OPPO, v. la riflessione finale sul rapporto tra tutela della persona e limitazioni imposte dall'art. 41 Cost. all'iniziativa economica in *L'unità sistematica dell'ordine giuridico*, pubblicata ora in *Ultimi scritti, Scritti giuridici*, VIII, Padova, 2013, p. 9 ss.

il suo rilievo nell'interpretazione dell'art. 6 d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231, "ai fini dell'accertamento di responsabilità....derivanti dal rispetto dei modelli di organizzazione dell'ente in posizione apicale....per gli illeciti strettamente connessi all'attuazione dell'AIA e delle altre norme a tutela dell'ambiente e della salute" (art. 1 comma 9°)⁷⁸, lo stesso Ministro nomina un comitato di tre esperti "in materia di tutela dell'ambiente e della salute e di ingegneria impiantistica".

Compito di questi esperti è la redazione, sentito il commissario, (il solo soggetto delegato alla gestione dell'impresa), nella versione originaria del decreto legge, di un "piano delle misure e delle attività di tutela ambientale e sanitaria dei lavoratori e della popolazione e di prevenzione del rischio di incidenti rilevanti" (art. 1, comma quinto) poi convertito nella formula, apparentemente più asettica, di "piano delle misure e delle attività di tutela ambientale e sanitaria"⁷⁹.

La maggiore espressività della prima formulazione è testimoniata dal giudizio, espresso con vivezza di accenti dal primo e unico rapporto del 2 luglio 2013 del Garante dell'Autorizzazione integrata ambientale per l'Ilva di Taranto (figura istituita con l'art. 3, comma quarto l. 24 dicembre 2012, n. 231 poi soppressa, a far tempo dal 4 agosto 2013 dall'art. 2 quater l. 3 agosto 2013, n. 89), che considerava la realizzazione di un "*Piano per la vita. magna charta* dei diritti fondamentali che il legislatore intende disciplinare e tutelare" (corsi originali)⁸⁰.

⁷⁸ In questa sede basti ricordare che è la non adeguata ponderazione dei rischi di impresa ad esporre l'amministratore, obbligato ad agire informato, a responsabilità sempre più accentuate dovendo "prevenire quali siano la natura ed il livello del rischio compatibile con gli obiettivi dell'impresa e quali siano i rischi da scongiurare...." così, da ultimo, P. PETTITI, *I modelli organizzativi 231: spunti per un nuovo decalogo delle funzioni gestorie*, in questa *Rivista*, 2012, II, p. 310.

⁷⁹ Anche se questa norma accentuava con il richiamo alla "tutela ambientale e sanitaria dei lavoratori e della popolazione" le diverse componenti sociali messe a rischio nei loro diritti fondamentali dall'esercizio dell'attività di impresa, la modifica introdotta dalla legge di conversione con il riferimento, di maggior rigore tecnico, al "piano delle misure e delle attività di tutela ambientale e sanitaria...." (art. 1, comma quinto), nel confermare il regime unitario di tutela non esclude che questo, nella sua attuazione, possa essere integrato in relazione alle diverse normative collegate, ad esempio, all'esistenza di un rapporto di lavoro.

⁸⁰ La relazione del garante, consultabile nel testo integrale in *Diritto penale contemporaneo*, 2, 2013 prosegue specificando che il piano reprime "altresì, con visione unitaria non solo gli attentati all'integrità dell'ambiente e della salute, quali momenti rilevanti del diritto alla vita, attributo inalienabile della persona umana, il valore supremo nella scala dei diritti umani (ex art. 2 della Convenzione) ma anche tutti

6. La decisione della Corte e il sistema previsto dalla l. 24 dicembre 2012, n. 231

Tornando alla decisione della Corte, questa si è limitata a prendere atto (punto 10.2), non essendo ancora intervenuto il decreto legge che ha modificato sostanzialmente il quadro di riferimento della normativa impugnata⁸¹, che "l'AIA riesaminata indica un nuovo punto di equilibrio che consente, secondo la norma censurata nel presente giudizio, la prosecuzione dell'attività produttiva a diverse condizioni nell'ambito delle quali l'attività stessa deve essere ritenuta lecita nello spazio temporale massimo" (36 mesi), termine considerato dal legislatore "necessario e sufficiente a rimuovere, anche con interventi straordinari da parte dell'impresa interessata, le cause dell'inquinamento ambientale e dei pericoli conseguenti per la salute delle popolazioni".

Il riferimento, del resto obbligato, ad un provvedimento amministrativo (l'AIA) assunto come strumento capace di garantire, fino a dichiarazione di inadeguatezza, l'equilibrio tra le esigenze di tutela della salute e dell'ambiente da un lato e quelle del lavoro dall'altra, se comportava un diverso ambito di visuale, non trattandosi più, nella vigenza del regime della l. 24 dicembre 2012, n. 231, "di bilanciare la tutela della salute con la libertà di impresa, ma di trovare una sintesi tra salute e lavoro"⁸², non escludeva per la Corte la necessità di approfondire, in occasione del richiamo alla direttiva n. 2008/1/CE del 15 gennaio 2008, il contenuto degli atti e delle attività, momento di attuazione del procedimento.

È in questa fase di realizzazione dello strumento, "attraverso il quale si perviene nella previsione del legislatore, all'individuazione del punto di equilibrio in ordine all'accettabilità e alla gestione dei rischi" (punto 10.1) che, secondo la stessa indicazione della Corte già ricordata, "devono trovare simultanea applicazione i principi di pre-

quegli attentati alla sfera della sicurezza e del benessere personale dei lavoratori e della popolazione, che si risolvono, secondo la giurisprudenza di Strasburgo, nella violazione del diritto al rispetto della vita privata e/o familiare (ex art. 8 della Convenzione)".

⁸¹ Le modifiche sostanziali intervenute in sede di conversione del decreto legge, pur necessarie per dettare le regole della devoluzione della gestione dell'impresa al commissario, non sono state sufficienti a rendere esente il provvedimento da una radicale critica di illegittimità costituzionale per aver perso "di vista le pur doverose esigenze di tutela della libertà di iniziativa economica e del diritto di proprietà" G. GUIZZI, op. cit., p. 1196, a conclusione della sua serrata critica al provvedimento dell'estate del 2013.

⁸² E. VIVALDI, op. cit., p. 29 ss.

venzione, precauzione, correzione alla fonte, informazione e partecipazione che caratterizzano l'intero sistema normativa ambientale".

La direttiva comunitaria, dopo aver ricordato (*sub* considerando n. 26) come rientri fra gli obiettivi della convenzione di Aarhus⁸³ "il diritto di partecipazione del pubblico alle attività decisionali in materia ambientale, per contribuire a tutelare il diritto di vivere in un ambiente adeguato ad assicurare la salute e il benessere delle persone", ha individuato, prima come "inquinamento", l'introduzione "di sostanze... che potrebbero nuocere alla salute umana o alla qualità dell'ambiente" (art. 2, n. 2) per poi indicare, come tecniche disponibili per porvi rimedio (art. 2, n. 12 sub lett. b), "le tecniche sviluppate su una scala che ne consenta l'applicazione in condizioni economicamente e tecnicamente valide nell'ambito del pertinente comparto industriale, prendendo in considerazione i costi e i vantaggi...".

Per la determinazione delle migliori tecniche disponibili la direttiva rinvia, infine, ad un allegato (all. IV) che, nel quadro di una valutazione delle caratteristiche tecniche suggerite, sottolinea (punto 8), "tenuto conto dei costi e dei benefici che possono risultare da un'azione e del principio di precauzione prevenzione", per quanto qui interessa, la rilevanza del "tempo necessario per utilizzare una migliore tecnica disponibile".

Previsione quest'ultima che, non solo poteva concorrere ad una valutazione positiva in termini comunitari del sistema Ilva ma poteva essere anche l'occasione per la Corte, visto il richiamo espresso e continuato nella decisione alla direttiva del 15 gennaio 2008, sia per riconfermare, aggiornandola, la propria giurisprudenza (*supra* sub n. 3) sul modo di intendere il limite dei costi eccessivi operante solo quando le migliori tecnologie fossero state in grado di abbattere, nel rispetto del principio fondamentale dell'art. 32 Cost., le emissioni oltre le misure di legge, sia per utilizzare, in modo meno generico e in definitiva fuorviante per l'interprete, il richiamo in relazione alla fattispecie in esame del diverso ambito di applicazione dei principi di precauzione e prevenzione.

⁸³ Sui tre pilastri della Convenzione di Aarhus del 1992 (accesso all'informazione, partecipazione del pubblico alle decisioni in materia ambientale ed accesso alla giustizia) v. di recente M. MONTINI, *Profili di diritto internazionale*, in *Trattato di diritto dell'ambiente*, diretto da P. Dell'Anno-E. Picozza, I, *Principi generali*, Padova, 2012, p. 98 ss.

7. L'attività di prevenzione nella valutazione dei pericoli per la salubrità dell'ambiente

L'affermazione che la politica dell'Unione in materia ambientale è fondata "sui principi della precauzione e dell'azione preventiva, sul principio della correzione, in via prioritaria alla fonte, dei danni causati all'ambiente, nonché il principio "chi inquina paga" (art. 191, comma secondo TFUE, già art. 174 TCE) postula il riconoscimento di un "diritto per principi" nel quale il criterio guida dell'interpretazione è ravvisato nella ricerca dello sviluppo sostenibile⁸⁴, basato sulla necessità di conciliare le opposte esigenze della crescita con lo sviluppo tecnologico e gli equilibri delle risorse naturali⁸⁵.

Indipendentemente dall'approssimazione⁸⁶ con la quale nell'ordinamento nazionale l'alt. 3 *bis* d.lgs n. 152 del 2006 (introdotto dall'art. 1, comma secondo d. lgs. n. 4 del 2008 poi modificato dall'art. 1, comma terzo, lett. a), d. lgs. n. 128 del 2010) afferma, con un'indistinta e farraginoso elencazione, che i principi generali dettati in tema di tutela dell'ambiente sono adottati "in attuazione degli artt. 2,3,9,32,41,42 e 44, 117 commi 1 e 3 della Costituzione e nel rispetto degli obblighi internazionali e del diritto comunitario", è indubbio che l'evoluzione della più recente normativa, sia comunitaria, per principi e per programmi⁸⁷ che nazionale, ha comportato il riconoscimento "di nuovi paradigmi di governo dei conflitti e delle decisioni, di più sofisticati modelli di valutazione dei pericoli e di ripartizione delle responsabilità che sono ormai già stabilmente penetrati nell'universo dei segni giuridici, riversandosi non più solo nel diritto penale, quanto piuttosto nel diritto amministrativo e nel diritto civile"⁸⁸.

L'espressa indicazione della "protezione della salute umana" (art. 191, TFUE, primo comma) fra gli obiettivi della politica ambientale

⁸⁴ Sulle varie accezioni del principio dello sviluppo sostenibile v. F. FRACCHIA, *Principi di diritto ambientale e sviluppo sostenibile* in *Trattato di diritto dell'ambiente*, op. cit. I, specie p. 585 ss.

⁸⁵ Da ultimo S. GRASSI, *Rischio di impresa e sviluppo sostenibile*, in *Rischio di impresa e tutela dell'ambiente*, op.cit., p. 8 ss.

⁸⁶ S. GRASSI, op. loc. cit.

⁸⁷ Da ultimo con la consueta chiarezza, M. CECCHETTI, *La dimensione europea delle politiche ambientali: un "Acquis" solo apparentemente scontato*, in *federalismi.it* n. 16/2012,7" che conclude "rispetto agli obiettivi, ben maggiore rilievo ed efficacia giuridica assumono senz'altro i *principi* e i *parametri* della politica ambientale dell'Unione, rispettivamente elencati nei par. 2 e 3 del medesimo art. 191 del TFUE".

⁸⁸ G. CONTE, op. cit., XIII.

dell'Unione, dai quali traggono ulteriore legittimazione gli interventi legislativi nazionali, avrebbe giustificato un'ulteriore riflessione da parte della Corte costituzionale in occasione della sua affermazione (punto 10.2), più volte ricordata, che "l'AIA riesaminata indica un nuovo punto di equilibrio, che consente, secondo la norma censurata nel presente giudizio, la prosecuzione dell'attività produttiva a diverse condizioni, nell'ambito delle quali l'attività stessa *deve essere ritenuta lecita* nello spazio temporale massimo (36 mesi), considerato dal legislatore necessario e sufficiente a rimuovere, *anche con investimenti straordinari da parte dell'impresa interessata, le cause dell'inquinamento ambientale e dei pericoli conseguenti per la salute delle popolazioni*" (corsivi aggiunti)⁸⁹.

In questa prospettiva, la conclusione (punto 10.4) che la normativa censurata - le cui lacune sono state rese evidenti dalle successive e graduali integrazioni - "è ispirata alla finalità di attuare un non irragionevole bilanciamento tra i principi della tutela della salute e dell'occupazione, e non al totale annientamento del primo" doveva essere motivata non con il solo richiamo alle "nuove condizioni, la cui osservanza deve essere continuamente controllata.....", ma inquadrando queste ultime nell'ambito dei principi comunitari, solo genericamente richiamati (punto 10.1).

La legittimità della disposizione (art. 1 l. 3 dicembre 2012 n. 231) che indicava, ad avviso della Corte, "condizioni e i limiti della liceità della prosecuzione di un'attività produttiva per un tempo definito....." andava valutata, in presenza di un'attività d'impresa che aveva "procurato inquinamento al punto di provocare l'intervento cautelare dell'attività giudiziaria", nella sua concreta rispondenza ai principi dell'ordinamento comunitario.

Pur nella rilevata criticità strutturale del "sistema italiano" rispetto al "sistema europeo" di tutela dell'ambiente e della tendenza a subire "le

⁸⁹ La rilevanza del profilo degli investimenti straordinari, condizione per la prosecuzione dell'attività in costanza del necessario recupero ambientale è confermata dalle successive integrazioni legislative ed in particolare dall'art. 7, lett. f) del d.l. 10 dicembre 2013, n. 136 che, in relazione agli investimenti previsti nel piano industriale per l'attuazione dell'AIA, prevede che "il titolare dell'impresa o il socio di maggioranza è diffidato dal commissario straordinario a mettere a disposizione le somme necessarie all'attuazione delle misure previste...". Anche in questo caso, pur essendo chiara la finalità perseguita dalla norma per agevolare il commissario straordinario nel reperimento dei fondi necessari per l'attività di recupero ambientale, la sua formulazione, se non sarà corretta in sede di conversione, rischia di incentivare non già il recupero delle disponibilità finanziarie ma il contenzioso che è facile prevedere.

politiche ambientali dell'Unione europea, considerandola quasi esclusivamente per gli obblighi e i vincoli che essa impone anziché come "modello" di azione pubblica al quale provare a conformarsi almeno per i profili di riconosciuta "virtuosità"⁹⁰ era questa forse l'occasione per illustrare, nel metodo, il collegamento della normativa in esame da un lato con i principi costituzionali e la sua contemporanea rispondenza, pur in una disciplina dettata dall'emergenza, alla regola comunitaria della "protezione della salute umana" nella tutela dell'ambiente.

La necessità di evitare il ripetersi di fenomeni di inquinamento nel prosieguo dell'attività, l'intervenuto accertamento con l'AIA dei rimedi necessari a rimuovere, entro un periodo transitorio, anche con investimenti straordinari da parte dell'impresa⁹¹, le cause dell'inquinamento ambientale e i pericoli conseguenti per la salute delle popolazioni (punto 10.2) implicavano che nel caso non ci si doveva limitare ad un generico riferimento ai principi di precauzione e di prevenzione ma occorreva individuarne i rispettivi ambiti di applicazione, specie in funzione dell'ormai improcrastinabile attività di prevenzione che, accentuata dal regime di emergenza causato dalle precedenti inadempienze dell'impresa, era anche momento strumentale, oltre che alla ripresa dell'attività, alla fase dell'accertamento e del risarcimento del danno⁹².

8. Diversa rilevanza del principio di precauzione e del principio di prevenzione

Per questo motivo il richiamo al principio di precauzione⁹³, pie-

⁹⁰ M. CECCHETTI, op. ult. cit., p. 5.

⁹¹ Anche sotto questo profilo le carenze della disciplina legislativa esaminata dal giudice costituzionale sono rese palese dal terzo intervento legislativo (art. 12 l. 30 ottobre 2013, n. 125, sub 5 *quinquies*) che in questa occasione, con norma di interpretazione autentica precisa: "L'art. 1, comma 3, del decreto-legge 4 giugno 2013, convertito con modificazioni dalla legge 3 agosto 2013, n. 89, si interpreta nel senso che, ferma restando la legittimazione del commissario straordinario a gestire e disporre delle linee di credito e dei finanziamenti ivi richiamati, la titolarità dei medesimi resta in capo all'impresa commissariata". Sul regime di esenzione ai sensi dell'art. 2236 cod. civ. da responsabilità del commissario, in presenza di "problemi tecnici di speciale difficoltà", v. *infra*, sub n.9.

⁹² Sul tema, evocato dal richiamo indistinto nella sentenza ai principi di precauzione e di prevenzione, del rapporto tra colpa ed incertezza scientifica e del rischio di danno connesso con le tecnologie impiegate, v. R. MONTINARO, *Dubbio scientifico e responsabilità civile*, Milano, 2012, p. 67 ss.

⁹³ Sul rapporto nel nostro ordinamento tra principio di precauzione e responsabilità di

namente giustificato in una considerazione unitaria ed astratta con il principio di prevenzione, come è avvenuto in altri casi, ad esempio nella decisione sugli organismi geneticamente modificati⁹⁴, nel qua-

impresa, e sulla interferenza tra l'ambito privatistico e l'ambito pubblicistico, v. M.E. ARBOUR, *A proposito della nebuloso principio di precauzione-responsabilità civile*, in *Liber amicorum per F. D. Busnelli*, Milano, 2008, p. 513 ss.; R. MONTINARO, op. cit., p. 20 ss.; per quanto concerne in particolare il profilo del diritto d'impresa v. l'attenta analisi di C. PECORARO, *Gestione del rischio da ignoto tecnologico: prime riflessioni sull'adeguatezza dell'organizzazione*, in *Scritti in onore di Vincenzo Buonocore, II*, Milano, 2005, p. 1425 ss.

Sul punto sia, infine, consentito rinviare anche a F. SANTONASTASO, *Principio di "precauzione" e responsabilità d'impresa: rischio tecnologico e attività pericoloso "per sua natura". Prime riflessioni su un tema di ricerca*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2005, p. 21 ss. ed ivi citazioni per il periodo precedente.

Sui vari aspetti interessati dal principio di precauzione per la dottrina straniera successiva, v. in particolare A. TROUCHE, *Le principe de précaution, entre unité et diversité: étude comparative des systèmes communautaire et OMC*, in *Cahiers de droit européen*, 2009, specie p. 330 ss.; i vari contributi contenuti in *Prévention et précaution* a cura di L. Ferry, Paris, 2007 passim; R. VANNEUVILLE- S. GANDREAU, *Le principe de précaution saisi par le droit*, Paris, 2006, p. 80 ss.; A. ROUYERE, *Statut juridique du principe de précaution*, in *La question de la précaution en milieu professionnel*, a cura di O. Godard, Paris, 2006, p. 108 ss.; E. FISHER-J. JONES- R. VON SCHOMBERG, *Implementing the precautionary principle: perspectives and prospects*, MPG Books Lmted, 2006, p. 2 ss.; K.H. WHITESIDE, *Precautionary Politics: Principle and Practice in confronting Environmental Risk*, MIT, 2006, p. 89 ss.; E. VOS, *Antibiotics, the Precautionary Principle and the Court of First Instance*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2004, p. 187 ss.

Nella dottrina italiana, oltre ai recenti contributi civilistici di E. DEL PRATO, *Il principio di precauzione nel diritto privato*, in *Rass. dir. civ.*, 2008, p. 634 ss. e *Precauzione e obbligazione*, in questa *Rivista*, 2012, II, p. 1 ss, v. anche P. SAVONA; *Il principio di precauzione e il suo ruolo nel sindacato giurisdizionale sulle questioni scientifiche controverse*, in <http://www.federalismi.it>. 28 dicembre 2011; L. BUTTI, *The Precautionary Principle in Environmental Law neither arbitrary nor capricious if interpreted with equilibrium*, Milano, 2007, p. 23 ss.; L. BUTTI- L. DE BIASE, *Nanotecnologie, ambiente e percezione del rischio*, Milano, 2005, p. 29 ss.; M. SOLLINI, *Il principio di precauzione nella disciplina comunitaria della sicurezza alimentare. Profili critico-costruttivi*, Milano, 2006, p. 97 ss.; S. RACITI, *Il principio di precauzione: applicazioni giurisprudenziali ed implicazioni etiche*, in *Il principio di precauzione tra filosofia biodiritto e biopolitica* a cura di L. Marini e Palazzini, Roma, 2008, p. 239 ss.

⁹⁴ Corte cost. 17 marzo 2006, n. 116, in *Giur. cost.*, 2006, p. 1099 ss. con nota di R. MANFELLOTTO, *Il riparto di competenze regolative nell'art. 117 della Costituzione: il caso delle biotecnologie*.

Sui problemi posti dagli ogm e sull'incertezza del significato da attribuire al termine "biotecnologie" v. da ultimo, ampiamente, D. DI BENEDETTO, *La disciplina degli organismi geneticamente modificati tra precauzione e responsabilità*, Napoli, 2011, specie 59 ss e A. CORDIANO, *Profili di responsabilità civile nella produzione di organismi geneticamente modificati* in *Rass. dir. civ.*, 2011, p. 400 ss.

In precedenza, v. anche G. GALASSO, *Il principio di precauzione nella disciplina degli OGM*, Torino, 2006, p. 137 ss. e già L. MARINI, *Il principio di precauzione nel diritto internazionale e comunitario. Disciplina del commercio di organismi geneticamente modificati e profili di sicurezza*.

dro di una legislazione europea giudicata alla stregua di un "case study"⁹⁵ rischia nel caso Ilva di attenuare, in un collegamento funzionale all'imposizione di limiti all'esercizio della libertà di iniziativa economica, l'individuazione del rapporto di causalità tra la situazione considerata nella norma impugnata e l'avvenuta omissione, per il passato, da parte dell'impresa, della necessaria attività di prevenzione, ora alla base della revisione richiesta dall'AIA.

Il bilanciamento dei principi costituzionali che possono essere compresi dall'azione precauzionale e che comprendono, oltre l'art. 41 Cost, la promozione della ricerca scientifica e tecnica (art. 9, comma primo) e la libertà della scienza (art. 33, comma primo)⁹⁶, non può non essere condizionato dalle caratteristiche del principio di precauzione, nell'incertezza della sua natura e conseguentemente della sua applicazione⁹⁷, mentre

za alimentare, Padova, 2004, specie p. 222 ss.

Si richiama alla decisione, in un esame complessivo della giurisprudenza costituzionale in materia precauzionale, inteso a ricostruire un raccordo tra i principi della libertà di iniziativa economica e la tutela dell'ambiente e della salute, T. FORTUNA, *L'ecodanno e l'attuazione del principio di precauzione nel diritto dell'ambiente*, in *Il danno ambientale tra prevenzione e riparazione*, op. cit., p. 237 ss. che ricorda (nota 118) la tesi di G. DI COSIMO, *Il principio di precauzione nella recente giurisprudenza costituzionale* in <http://www.federalismi.it> per la quale la Corte considera il principio di precauzione "all'interno della meccanica del bilanciamento di interessi allo scopo di fissare la misura della compressione di uno dei principi contrapposti e conseguentemente individuare il punto di equilibrio tra loro".

⁹⁵ M.E. GONÇALVES, *The precautionmy Principle in European Law*, in (a cura di S. Rodotà - M.C. Tallacchini), *Ambito e fonti del biodiritto*, Trattato di biodiritto, diretto da S. Rodotà e P. Zatti, Milano, 2010, p. 517 ss.

⁹⁶ P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006, p. 754.

⁹⁷ Sulla costituzionalizzazione, avvenuta in Francia nel 2005, del principio di precauzione v. M. PRIEUR, *Le principe de précaution au service des générations futures*, in *Droit et Économie, interférences et interactions*, Études en l'honneur du professeur M. Bazex, Paris, 2008, p. 289 ss.; M. ZINZI, *La Charte de l'environnement francese tra principi e valori costituzionali*, Napoli, 2011, p. 13 ss.

La disciplina in materia è stata interessata dalla decisione dell'11 ottobre 2013 del *Conseil Constitutionnel* che, chiamato in causa dal Consiglio di stato (dec. 12 luglio 2013, n. 367893), su ricorso della società petrolifera texana Scheupbach, sulla "question prioritarie de constitutionnalité" della legge n° 2011-835 sul divieto della fratturazione idraulica per l'estrazione del "gaz de schiste", ha distinto tra principio di prevenzione e principio di precauzione, non esaminato nella fattispecie, essendo "en tout état de cause inopérant".

In argomento, ma nella cronaca, v. M. B. BAUDET, "Gaz de schiste: vers un tournant majeur?" in *Le monde* del 16 luglio 2013 e per i più generali riflessi di politica econo-

diversa è la rilevanza dell'attività di prevenzione nella valutazione concreta dei pericoli per la salubrità dell' ambiente⁹⁸.

Pur considerato ancor oggi, in alcune valutazioni "actually incoherent"⁹⁹, il principio di precauzione, introdotto, come noto, nella normativa comunitaria con la recezione del *Vorsorge Prinzip* tedesco, trova la sua genesi nel riconoscimento della situazione di incertezza scientifica che lo caratterizza¹⁰⁰, prima, sul piano del diritto pubblico internazionale e comunitario¹⁰¹ per essere successivamente trasfuso sul piano nazionale in sede generale, e non più episodica come avvenuto nel passato, con il c.d. codice dell'ambiente¹⁰² con specifico ri-

mica delle fonti di approvvigionamento dell'energia, "The shale - gas devolution unnerves Russian state capitalism, in *The Economist* del 29 luglio 2013.

Per conoscere, almeno a grandi linee, le condizioni del mercato e le nuove tecniche di estrazione, può essere utile la lettura di T. BROS, *After the US Shale Gas Revolution*, Paris, 2012, p. 19 ss. e di M. LEVI, *The Power Surge (Energy, Opportunity, and the Battle for America's Future)*, Oxford Press, 2013, specie p. 43 ss.

- ⁹⁸ Sul rapporto tra valutazione di impatto ambientale e principio di precauzione e sul livello di protezione assicurato dall'adozione del principio di prevenzione "adottato dall'operatore...quando il danno ambientale non si è ancora verificato, ma esiste una minaccia imminente che possa verificarsi" v. ora G. TUCCI-R. LOMBARDI, *L'impatto ambientale degli impianti per la produzione di energie alternative e il regime della responsabilità civile*, in (a cura di G. Napolitano- A Zoppini), *Annuario di diritto dell'energia. Regole e mercato delle energie rinnovabili*, Bologna, 2013, p. 228 ss.
- ⁹⁹ Critica con quest'espressione, il principio di precauzione, in una valutazione politica ma informata alle motivazioni di CASS R. SUNSTEIN, *Laws of fear*, New York, 2005, A. GIDDENS, *The politics of climate change*, Cambridge, 2009, p. 53 ss.
- ¹⁰⁰ Sui presupposti del principio di precauzione e sull'analisi del rapporto con la funzione normativa, v. I. M. MARINO, *Aspetti propedeutici del principio di precauzione* e M. CECCHETTI, *Principio di precauzione e produzione pubblica del diritto. La funzione normativa di fronte alle sfide del "governo" dell'incertezza scientifica*, in AA.Vv., *Forme di responsabilità, regolazione e nanotecnologie*, Bologna, 2011, rispettivamente p. 85 ss. e p. 121 ss.
- ¹⁰¹ Per tutti v. le sintesi conclusive di A. BIANCHI, *Principi di diritto, modularità funzionale e relatività normativa: il concetto di precauzione nel diritto internazionale* e di M. GESTRI, *La portata normativa del principio di precauzione nel diritto comunitario: gestione politica del rischio e controllo giurisdizionale*, in (a cura di A. Bianchi e M. Gestri), *Il principio precauzionale nel diritto internazionale e comunitario*, Milano, 2006, rispettivamente p. 429 ss. e p. 459 ss.; D. AMIRANTE, *Diritto ambientale italiano e comparato. Principi*, Napoli, 2003, p. 38 ss.; L. MARINI, *Il principio di precauzione nel diritto internazionale e comunitario*, op.cit, 41 ss. e in *Principio di precauzione, sicurezza alimentare e organismi geneticamente modificati nel diritto comunitario*, in *Dir. un. eur.*, 2004, p. 8 ss; F. BASSAN, *Gli obblighi di precauzione nel diritto internazionale*, Napoli, 2006, p. 186.
- ¹⁰² Ma non mancavano, prima della redazione del c.d. codice dell'ambiente, diverse previsioni normative, puntualmente ricordate da T. FORTUNA, op. cit., p. 231 ss. Fra gli A. che in precedenza si erano interessati a questa normativa, v. *ex multis*, e

chiamo, in sede di principi generali, alla normativa comunitaria e, in singole discipline di settore (ad esempio, v. l'art. 178, comma terzo in tema di rifiuti e l'art. 301 nella Parte sesta del d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152)¹⁰³, a coronamento del suo inserimento tra i principi generali (art. 3 *ter*) della disciplina legislativa dell'ambiente¹⁰⁴.

La trasformazione del principio di precauzione da strumento procedimentale per l'azione della pubblica amministrazione¹⁰⁵ a fonte autonoma di divieti penali, oltre a dar luogo ad un intenso dibattito sull'opportunità di un suo rilievo normativa nel sistema delle sanzioni punitive¹⁰⁶, si è imposta all'attenzione della dottrina nella sua traduzione penalistica che "potrà consistere *esclusivamente in fattispecie costruite secondo il modello del pericolo astratto*" (corsivo originario), intendendo il "pericolo" in un senso "del tutto ipotetico, posto che l'impossibilità di fare riferimento ad un sapere corroborato non consente di formulare giudizi di pericolo in senso proprio"¹⁰⁷.

con diversità di letture, F. MERUSI, *Dal fatto incerto alla precauzione; la legge sull'elettrosmog*, in *Foro amm.*, 2001, p. 221 ss.; C. CONSOLO, *Il rischio da "ignoto tecnologico": un campo arduo - fra lecito e illecito - per la tutela cautelare e inibitoria*, in *Resp. civile e prev.*, 2003, p. 599 ss.; F. DE LEONARDIS, *Il principio di precauzione nell'amministrazione di rischio*, Milano, 2005, p. 124 ss. e p. 229 ss.; F. FONDERICO, *Tutela dall'inquinamento elettromagnetico e amministrazione "precauzionale"*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2004, p. 907 ss ed ora in *Valutazione d'impatto ambientale e amministrazione precauzionale*, in *Gior. dir. amm.*, 2012, p. 70 ss.; D. COMPORTI, *Contenuto e limiti del governo amministrativo dell'inquinamento elettromagnetico alla luce del principio di precauzione*, in *Riv. giur. amb.* 2005, p. 215 ss.

¹⁰³ Rispettivamente, art. 178 d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, "La gestione dei rifiuti è effettuata conformemente ai principi di precauzione, di prevenzione, di sostenibilità, di proporzionalità, di responsabilizzazione e di cooperazione..." e l'art. 301, "In applicazione del principio di precauzione di cui all'art. 174, paragrafo 2 del Trattato CE (ora 191), in caso di pericoli anche solo potenziali, per la salute umana e per l'ambiente, deve essere assicurato un alto livello di protezione".

¹⁰⁴ U. SALANITRO, *I principi generali nel Codice dell'ambiente*, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, p. 105 ss.

¹⁰⁵ F. FONDERICO, *Valutazione d'impatto ambientale e amministrazione precauzionale*, op. cit., 2012, p. 70.

¹⁰⁶ D. CASTRONUOVO, *Principio di precauzione e beni legali alla sicurezza. La logica precauzionale come fattore espansivo del "penale" nella giurisprudenza della cassazione*, in (a cura di G. Grasso-L. Picotti-R. Sicurella), *L'evoluzione del diritto penale nei settori d'interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, Milano, 2011, p. 626 ss.

¹⁰⁷ D. PULITANÒ, *Diritto penale*, 4^o edizione, Torino, 2011, p. 219 ss. che così prosegue "Siamo qui, per così dire, al limite estremo attorno al quale la legittimazione di precetti penali possa essere discussa, senza spezzare del tutto l'ancoraggio al principio della tutela di beni giuridici. Nell'area cui si riferisce il principio di precauzione caratterizzata da una seria incertezza scientifica- tale problematico ancoraggio può ritenersi salvaguardato, a condizione che il sapere disponibile per quanto

L'uso del diritto penale nei campi attratti dal principio di precauzione¹⁰⁸ in funzione dei modelli di organizzazione nella responsabilità degli enti (d. lgsl. 8 giugno 2001, n. 231)¹⁰⁹ espressamente ricordati nel regime della responsabilità del commissario prima, del vice commissario e degli esperti del comitato poi, ed infine "estesa anche ai soggetti da questi funzionalmente delegati che curino la predisposizione e l'attuazione dei piani" di tutela ambientale (art. 12 l. 30 ottobre 2013, n. 125, comma quarto)¹¹⁰, sposta l'accento dell'intervento pubblico di "sicurezza", come è stato osservato, "sul rischio e sull'anticipazione della tutela anche in ambito colposo: dall'evento al pericolo e dalla colpa al rischio"¹¹¹.

Di qui la difficoltà di ricondurre alla "logica precauzionale" le categorie della causalità, della colpa¹¹² e dello stesso pericolo concreto¹¹³, provocando una serie di dubbi sulla legittimazione del principio di precauzione nel diritto penale sostanziale e sulle difficoltà che incontra nella sua applicazione¹¹⁴.

"incerto", sia tale da porre *seriamente* il problema d'un eventuale grave pericolo per interessi importanti. In situazione del genere il principio di precauzione è fondamento di legittimazione d'un *eventuale* intervento del legislatore, in una prospettiva che è ancora agganciata, sia pure in termini problematici, alla protezione del bene giuridico ipoteticamente a rischio.

Le eventuali sanzioni, ovviamente, dovrebbero tener conto dell'incertezza scientifica dei presupposti. È ragionevole l'indicazione di preferenza per la configurazione di illeciti e sanzioni non di carattere penale".

¹⁰⁸ Sulla sentenza del Tribunale di L'Aquila del 22 ottobre 2012, v., sul punto, le osservazioni di M. E. CASTALDO, *Prime osservazioni intorno alla cd "sentenza grandi rischi"*, *Aperta contrada* del 29 ottobre 2013.

¹⁰⁹ In un'attenta lettura del sistema complessivo, nella visuale delle scelte d'impresa e della possibile responsabilità di diritto civile verso componenti esterne, V. CARIDI, *Danno e responsabilità da informazione al mercato finanziario*, Milano, 2012, p. 139 ss.

¹¹⁰ "La disciplina della responsabilità per il commissario, il sub-commissario e gli esperti...deve intendersi estesa anche ai soggetti da questi funzionalmente delegati che curino la predisposizione e l'attuazione dei piani" e delle misure di tutela ambientale.

¹¹¹ M. DONINI, *Sicurezza e diritto penale. La sicurezza come orizzonte totalizzante del discorso penale*, in (a cura di M. Donini e M. Pavarini), *Sicurezza e diritto penale*, Bononia Università Press, 2011, p. 19 ss.

¹¹² C. RUGA RIVA, *Diritto penale dell'ambiente*, Torino, 2011, p. 31; M. NOVELLA MASULLO, *Colpa penale e precauzione nel segno della complessità*, Napoli, 2012, p. 157 ss. e p. 302 ss.

¹¹³ D. CASTRONUOVO, *Principio di precauzione e diritto penale. Paradigmi dell'incertezza nella struttura del reato*, Roma, 2012, p. 45 ss.

¹¹⁴ Un'articolata esposizione delle diverse impostazioni, con particolare conoscenza della dottrina di lingua spagnola, è in E. CORN, *Il principio di precauzione nel diritto penale. Studio sui limiti dell'anticipazione della tutela penale*, Torino, 2013, p. 27 ss.

Per impedire un'evoluzione "infausta"¹¹⁵ della situazione di rischio la posizione più coerente sembra trovare la sua espressione più corretta nella conclusione che ravvisa, in sede generale, la necessità di una "tutela che funzioni già all'epoca delle condotte, senza bisogno di aspettare conoscenze scientifiche ulteriori; una tutela specificamente pensata per il contesto dell'incertezza scientifica seria"¹¹⁶.

Per tutti questi motivi non era opportuno, ma solo fonte di dubbi e incertezze, il richiamo generico ed unitario effettuato dalla Corte ai principi di precauzione e di prevenzione, anche se, come accennato, dovuto, con ogni probabilità, ad una confusione concettuale del giudice rimettente che (v. punto 1.2) avrebbe impropriamente richiamato "la violazione del primo comma dell'art. 117 Cost., avuto riguardo anzitutto agli artt. 3 e 35 della Carta dei diritti fondamentali dell'unione europea, ove è fissato il principio di precauzione (disatteso nella specie oltre la soglia del rischio, fino alla certezza, asseritamente acquisita, di danni alla salute)"¹¹⁷.

Era sufficiente, nel caso, richiamarsi solo alla avvenuta violazione, oltre che delle normative specifiche in tema di tutela dell'ambiente, del principio di prevenzione per quanto atteneva alle conseguenze concrete del modo di esercizio dell'attività d'impresa, mentre il principio di precauzione, avendo riguardo all'attività futura, dovrebbe attenersi alla sua programmazione"¹¹⁸.

La premessa della normativa censurata era, infatti, l'accertata inosservanza, comprovata anche in sede di redazione delle successive modifiche dell'AIA, di prescrizioni da parte del soggetto gestore dell'impianto tali da dar luogo all'adozione di provvedimenti cautelari "adottati in ba-

¹¹⁵ E. CORN, op. cit., p. 97.

¹¹⁶ Conclude così il suo contributo D. PULITANÒ, *Colpa ed evoluzione del sapere scientifico*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, p. 654, richiamato anche da E. CORN, op. loc. cit. che ricorda (39, sub nota 29) l'evoluzione del pensiero dell'A nelle diverse edizioni del suo Manuale.

¹¹⁷ Per una critica "frutto di una scelta sofferta" del penalista delle affermazioni del giudice del rinvio sull'idoneità del periodo transitorio "a sottrarre i fatti-reato commessi in quell'arco temporale al loro giudice naturale (art. 25 Cost.) e a vanificare il principio di responsabilità personale in capo agli autori dei reati commessi sempre in quell'arco temporale (art. 27 Cost.)" v. D. PULITANÒ, *Giudici tarantini e Corte costituzionale davanti alla prima legge ILVA*, op. loc. cit.

¹¹⁸ V. BUONOCORE, *Iniziativa economica privata*, cit., p. 35; C. PECORARO, op. cit. 2450 ss.; e, da ultimo, F. DEGL'INNOCENTI, *I criteri di imputazione della responsabilità per danno ambientale*, in *Contratto e impresa*, 2013, p. 769.

se ad un complesso di risultanze, comprese due perizie assunte in regime di incidente probatorio (l'una a carattere chimico-ambientale e l'altra a carattere medico-epidemiologico" (punto 1 della decisione).

In tal modo non solo si sarebbero evitati quei dubbi che caratterizzano, specie nel diritto penale, l'applicazione del principio di precauzione ma si sarebbe anche dato un contributo al tema della responsabilità dell'ente per le carenze nell'organizzazione della prevenzione¹¹⁹, in un settore industriale dove "il rischio di incidenti rilevanti è un "grande rischio", *qualitativamente* diverso - in particolare sotto il profilo della *diffusività* delle conseguenze - rispetto ai rischi immanenti a contesti spaziali circoscritti: anche se trae origine dall'attività industriale e dunque da un ambiente di lavoro in sé conchiuso, esso dispiega i propri effetti non solo all'interno, ma anche all'esterno dello stabilimento"¹²⁰.

9. La nuova normativa in tema di "governance" delle imprese di interesse strategico nazionale (primi spunti)

Questa è, del resto, l'indicazione (ma sempre successiva alla pronuncia della Corte costituzionale) dello stesso legislatore quando, nel dettare con la l. 3 agosto 2013 n. 89 le "Nuove disposizioni urgenti a tutela dell'ambiente, della salute e del lavoro nell'esercizio di imprese di interesse strategico nazionale" ha previsto (art. 1, comma nove), a seguito del commissariamento, la predisposizione dei piani "delle misure e delle attività di tutela ambientale e sanitaria" (comma quinto) che concorrono a comporre il piano industriale che va "comunicato al titolare dell'impresa, ovvero al socio di maggioranza, nonché al rappresentante legale all'atto del commissariamento o ad altro soggetto appositamente designato dall'assemblea dei soci.....".

La nuova normativa ha infatti cura di fornire, sia pur con una formula alquanto contorta e sulla quale non mancheranno dubbi e contestazioni non solo sull'assetto dei poteri - il cui corretto esercizio va con-

¹¹⁹ Sul punto, da ultimo, M. N. MASULLO, *Colpa penale e precauzione nel segno della complessità (teoria e prassi nella responsabilità dell'individuo e dell'ente)*, Napoli, 2012, p. 230 ss. e già, in una specifica prospettiva F. DI CIOMMO, *Evoluzione tecnologica e regole di responsabilità civile*, Napoli, 2003, p. 61 ss. ed ora nell'ambito di una ricerca ad ampio respiro, in *Civiltà tecnologica, mercato ed insicurezza: la responsabilità del diritto* in (a cura di F. Ruscello), Studi in onore di Davide Messinetti, Napoli, 2008, II, p.19 ss.

¹²⁰ C. PERLINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, Milano, 2010, pp. 608-609.

siderato anche nell'ottica di controllo da parte del titolare dell'impresa commissariata - e sul regime delle responsabilità della struttura commissariale, per la concreta garanzia di esonero in favore di tutti i soggetti (commissario, sub commissario ed esperti del comitato ed infine i soggetti da loro "funzionalmente delegati") sui quali si è accentuata l'attenzione del legislatore d'emergenza, ma sui dubbi di legittimità costituzionale che colpiscono alla radice l'intero impianto normativo.

È stato al riguardo rilevato - e non si può che convenire con la conclusione - che la "sensazione complessiva" che emerge da questi interventi "è che il legislatore, preso dalla preoccupazione di realizzare un bilanciamento ottimale tra le esigenze di salvaguardia dei primari interessi dell'economia nazionale, del lavoro, della salute e dell'ambiente abbia finito, invece, per perdere di vista le pur doverose esigenze di tutela della libertà di iniziativa economica e del diritto di proprietà"¹²¹.

Ma tornando alla disciplina speciale dettata per l'Ilva, l'affermazione della necessità del "rispetto delle previsioni dei piani... e, nelle more della (loro) adozione, il rispetto delle previsioni "indicate dalla norma a carattere transitorio"¹²² è accompagnata dalla precisazione che con la loro adozione si "... producono i medesimi effetti, ai fini dell'accertamento di responsabilità...,derivanti dal rispetto dei modelli di organizzazione dell'ente..." (art. 6 d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231) "...per gli illeciti strettamente connessi all'attuazione dell'a.i.a. e delle altre norme a tutela dell'ambiente e della salute".

Questa previsione, oltre a dar luogo a problemi di interpretazione nella sua applicazione (che significa "*strettamente* connessi, specie se l'espressione va raffrontata, per il passato, alla previsione (comma 11° art. 1) di "reati *comunque* connessi alla svolgimento dell'attività d'impresa?), importa anche determinate conseguenze sulla gestione d'impresa commissariata, sensibilizzandola ad adottare nella sua attività sistemi funzionali di prevenzione, organizzazione e controllo (v. anche l'attuale testo dell'art. 7, lett. f) del d.l. 10 dicembre 2013, n. 136).

Il richiamo alla normativa in tema di "responsabilità amministrativa delle persone giuridiche" e alla parificazione, nella "prosecuzione

¹²¹ G. GUIZZI, op.cit., 1196.

¹²² Il comma ottavo disciplina il regime transitorio, specificando che "fino all'approvazione del piano industriale....il commissario straordinario garantisce comunque la progressiva adozione delle misure previste dall'autorizzazione integrata ambientale e dalle altre autorizzazioni e prescrizioni in materia di tutela ambientale e sanitaria, curando altresì la prosecuzione dell'attività di impresa...".

dell'attività d'impresa", del piano industriale all'adozione di un modello di organizzazione e di gestione idoneo a prevenire determinati reati (art. 6 cit.)¹²³, trova un'ulteriore specificazione nell'autorizzazione al giudice competente (comma 11°) di provvedere allo "svincolo delle somme per le quali in sede penale sia stato disposto il sequestro, anche ai sensi del decreto legislativo n. 231 del 2001" per metterle a disposizione del commissario.

Conclusione che comprova come nel caso era forse possibile per la Corte fare riferimento, anche nelle obiettive lacune del testo legislativo sottoposto al giudizio di legittimità costituzionale, alla avvenuta violazione dei c.d. "obblighi di sicurezza" da parte dell'impresa per il mancato o carente esercizio dell'attività di prevenzione, il cui corretto esercizio avrebbe annullato, o sostanzialmente ridotto, il rischio di danno ambientale¹²⁴ con le relative conseguenze sia in tema di risarcimento del danno provocato dalla violazione del diritto di ogni membro della comunità ad un ambiente salubre e alla correlativa violazione del diritto alla salute sia al danno all'ambiente¹²⁵, a differenza di quanto avvie-

¹²³ Nell'ambito di una vastissima bibliografia in materia v. da ultimo il fascicolo monografico di *Analisi giur. econ.* 2009, dedicato, come sottolinea l'editoriale, "con ironia venata da nostalgia" al tema *Società e modello "231": che colpa abbiamo noi?* e, a conclusione di un'articolata serie di contributi, P. MONTALENTI, *Amministrazione e controllo nella società per azioni: riflessioni sistematiche e proposte di riforma*, in *Riv. soc.* 2013, p. 47 ss. e in *Corporate governance e sistema dei controlli interni*, in (a cura di C. Tedeschi), *Saggi sui grandi temi della corporate governance*, Milano, 2013, p. 89 ss. In particolare per il profilo qui esaminato v. dello stesso A., in particolare, *Organismo di vigilanza e sistema dei controlli*, in *Giur. comm.*, 2009, I, p. 643 ss.

Per un'articolata ricostruzione del sistema della 231 nel quadro dei principi generali, v., oltre al recente contributo di P. PETTITI, op. cit. specie p. 307 ss., A. ZOPPINI, *Imputazione dell'illecito penale e "responsabilità amministrativa" nella teoria della persona giuridica*, in *Riv. soc.*, 2005, p. 1323 ss.; P. SFAMENI, *Responsabilità da reato degli enti e nuovo diritto azionario: appunti in tema di doveri degli amministratori e organismo di vigilanza*, in *Riv. soc.*, 2007, p. 154 ss.; F. CENTONZE, *Controlli societari e responsabilità penale*, Milano, 2009, p. 402 ss.

¹²⁴ Ha osservato D. PORENA, op. cit., p. 96 che la regola della prevenzione "sebbene piuttosto ovvia nella sua generale enunciazione, comporta in realtà la predisposizione di interventi tutt'altro che secondari; il concetto della prevenzione deve infatti essere posto in stretta correlazione con quello della *previsione* dei rischi e, conseguenzialmente, della loro limitazione o del loro azzeramento" (corsivo originario)

¹²⁵ In relazione all'ultimo intervento normativa che ha radicalmente innovato la normativa del risarcimento ambientale v. F. BONELLI, *Il risarcimento del danno all'ambiente: la nuova disciplina dettata dalla 166/2009*, in *Dir. comm. internaz.*, 2013, p. 3 ss.; U. SALANITRO, *L'evoluzione dei modelli di tutela dell'ambiente alla luce dei principi europei: profili sistematici della responsabilità per danno ambientale*, in *Le nuove leggi civ. comm.*, 2013, p. 795 ss. In giu-

ne per la precauzione che opererebbe, almeno secondo un avviso che al momento sembra prevalente, sul piano del solo diritto pubblico¹²⁶.

La necessità di interventi straordinari per porre riparo al mancato rispetto, per il passato, del principio di prevenzione è forse alla base, oltre che del regime di esonero della struttura commissariale (art. 7 lett. f) d. l. 10 dicembre 2013, n. 136) dalle corrispondenti sanzioni, dell'ulteriore previsione (art. 1, comma 10°, l. 3 agosto 2013, n. 89) che, dopo aver considerato "l'attività di gestione dell'impresa" del commissario, sia nel periodo precedente l'approvazione del piano industriale che in epoca successiva, "di pubblica utilità ad ogni effetto", precisa che il commissario "non risponde delle eventuali diseconomie dei risultati ai sensi dell'art. 2236 del codice civile, tranne che abbia agito con dolo o colpa grave".

La previsione appare dettata, più che dall'esistenza di "problemi tecnici di speciale difficoltà", come richiesto dalla norma codicistica - anche se non mancano esempi di difficile lettura in una legislazione ambientale spesso convulsa nella sua redazione, ormai alluvionale¹²⁷ - dall'esigenza di tutelare il commissario, al quale la normativa in esame attribuisce "tutti i poteri e le funzioni degli organi di amministrazione dell'impresa" (art. 1, comma 2°), da eventuali azioni dei "titolari dell'impresa" sospesi dall'esercizio dei "poteri di disposizione e gestione".

risprudenza v. Cass. 22 marzo 2011, n. 6551, in *Dir. comm internaz*, cit., p. 23 ss.

Per l'esame nella disciplina del risanamento ambientale del rapporto nel codice dell'ambiente tra due diversi gruppi di discipline espressione del principio "chi inquina paga" (responsabilità ambientale in materia di prevenzione e riparazione del danno ambientale disciplina dei siti contaminati), v. M. MELL, op. ult. cit., p. 1034 ss.

¹²⁶ V., da ultimo C. CASTRONOVO, *La natura del danno all'ambiente e i criteri di imputazione della responsabilità*, in *Il danno ambientale tra prevenzione e riparazione*, op. cit., p. 129.

¹²⁷ Si utilizza l'espressione felicemente adottata da G. Minervini in epoca ormai remota con riguardo alle vicende del mercato finanziario e ripresa oggi, da G. ROSSI, *L'alluvione legislativa e le "grida spagnole"* in *Il sole 24 ore* del 27 ottobre 2013 nell'esame del fragile equilibrio tra i diritti dei cittadini, l'impresa e la giustizia conseguente al passaggio dal capitalismo di produzione alla speculazione finanziaria del supercapitalismo. Sempre attuale, al riguardo, è la lettura della *Prefazione* di G. Rossi a R. B. Reich, *Supercapitalismo. Come cambia l'economia globale e i rischi per la democrazia*, Roma, 2008.

Sottolineano le difficoltà tecnico-giuridiche del processo di implementazione delle norme ambientali prodotte dall'Unione europea, le cui strategie "richiedono, a livello dell'ordinamento interno, decisioni politiche che coordinino fin dall'inizio l'attività dei soggetti attuatori", G. DI COSIMO-E. LONGO, a conclusione della loro indagine, *Il ravvicinamento delle legislazioni in materia ambientale tra attuazione e inattuazione*, in (a cura di P. Caretti), *Osservatorio sulle fonti*, Torino, 2013, p. 134.

Esaminata in quest'ottica la norma di esenzione, oltre che richiamare uno degli aspetti di maggior delicatezza della normativa Ilva nell'attuale versione, rappresentato dalla sospensione, in parallelo alla devoluzione della gestione dell'impresa al commissario, dei poteri dell'assemblea e del diritto di voto dei soci¹²⁸ (accentuata nei suoi effetti dalla previsione dell'art. 7 lett. g) del d.l. 10 dicembre 2013, n. 136 nei confronti del "titolare dell'impresa o (de)l socio di maggioranza") si presta ad alcune osservazioni in funzione della "destinazione prioritaria delle risorse aziendali" all'adozione delle misure di tutela ambientale¹²⁹.

L'applicazione al commissario della disciplina speciale dell'art. 2236 cod. civ., infatti, sembra confermare, indipendentemente dalle critiche mosse a questa disposizione, indicata, pur nella sua scarsa utilizzazione¹³⁰ come un "chiaro esempio dei guasti che possono produrre, soprattutto ove siano sommate le opinioni che si vanno consolidando a forza di equivoci e le difese di carattere corporativo"¹³¹ l'interpretazione di "concetto elastico" della diligenza speciale prevista dall'art. 1176 (primo comma) cod. civ.¹³² valutata "nell'ottica più favorevole al raggiungimento del risultato"¹³³.

Di qui, ragionando nella prospettiva dell'efficienza dell'attività d'impresa perseguita dal commissario, in chiave di funzionalità, per garantire l'osservanza delle regole di tutela ambientale, la scelta legislativa fra i vari interessi rilevanti nel contesto imprenditoriale indica i confini di un corretto esercizio del potere riconosciuto al commissario.

Richiamando l'argomentazione utilizzata per individuare le caratteristiche della decisione imprenditoriale, "funzione essenziale e ineliminabile degli amministratori", si potrebbe argomentare che la normativa d'emergenza sull'applicabilità dell'art. 2236 cod. civ. in favore del commissario costituisce un indice rappresentativo di una "prospettiva che pone al centro non tanto il problema dell'adempimento di un do-

¹²⁸ G. GUIZZI, op. cit., p. 1193 ss.

¹²⁹ Sottolinea G. GUIZZI op. cit., 1195 la rilevanza della disposizione nel quadro dei rapporti commissario-soci e sulla gestione d'impresa.

¹³⁰ F. MARINELLI-F. CARROCCIA, *Contratto d'opera e prestazione d'opera intellettuale* in Trattato di diritto civile, Consiglio nazionale del notariato, diretto da P. Perlingieri, Napoli, 2013, p. 269.

¹³¹ A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale. Art. 1173-1176* in *Comm. cod. civ.* Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1988, p. 434.

¹³² R. WEIGMANN, *Responsabilità e potere legittimo degli amministratori*, Torino, 1974, 146 ss., e a 155 ss., per il progressivo tecnicizzarsi della gestione.

¹³³ R. WEIGMANN, op. cit. 146.

vere, quanto quello del corretto esercizio di un potere; il potere....di operare una selezione e in definitiva una scelta fra i molteplici interessi presenti nella e rilevanti nei confronti della società"¹³⁴.

Sembra confermare questa soluzione la possibilità per il commissario, prevista nell'ultimo provvedimento legislativo, almeno ad oggi (art. 12 l. 30 ottobre 2013, n. 125, comma quarto) di "sciogliersi dai contratti con parti correlate in corso d'esecuzione...ove siano incompatibili con la predisposizione dei piani", previsti dall'art. 1, comma quinto e sesto l. 3 agosto 2013, n. 89, dedicati rispettivamente al "piano delle misure e delle attività di tutela ambientale e sanitaria" e al "piano d'impresa".

Infine, il richiamo alle "eventuali diseconomie" dei risultati di una gestione informata, in costanza del processo produttivo, al rispetto della tutela ambientale, diseconomie che sembrano aver uno scarso collegamento e una diversa natura rispetto alle difficoltà di carattere tecnico che dovrebbero caratterizzare la norma di esenzione, confermano, in una prospettiva cautelativa, che l'applicazione dell'art. 2336 cod. civ. risponde all'esigenza di tutelare il commissario e la sua struttura di vertice da eventuali contenziosi promossi dal "titolare dell'impresa", dal "socio di maggioranza" o da "altro soggetto appositamente designato dall'assemblea dei soci...), soggetti tutti destinatari dell'informazione sulla gestione dell'impresa (comma 4°), per il periodo in cui "è sospeso l'esercizio dei poteri di disposizione e gestione dei titolari dell'impresa" (comma 3°)¹³⁵.

10. Riflessi della vicenda Ilva per un contenuto concreto della nozione di "utilità sociale"

Ma anche in assenza di un espresso richiamo nella norma oggetto del giudizio di legittimità costituzionale al secondo comma dell'art.

¹³⁴ C. ANGELICI, *Interesse sociale e Business Judgment Rule*, in questa *Rivista*, 2012, I, p. 585 ss. e in *La società per azioni*, I, *Principi e problemi in Trattato di dir. civ. e comm. Cicu-Messineo*, Milano, 2012, specie p. 413 ss per la possibilità che la business judgment rule rende anche possibili diverse concrete interpretazioni dell'interesse della società. Dello stesso A. v. anche, in precedenza, "*Diligentia quam in suis e business judgment rule*", ivi, 2006, I, p. 675 ss. ed ora, per una recente ricostruzione sull'esperienza giuridica anglo-americana e le sue implicazioni sulla disciplina nazionale, D. SEMEGHINI, *Il dibattito statunitense sulla business judgment rule: spunti per una rivisitazione del tema*, in *RdS*, 2013, p. 206 ss.

¹³⁵ A tutela dei diritti dei soci di minoranza è riconosciuto il diritto di nominare "il terzo dei componenti degli organi di controllo", essendo riservata la nomina dei due terzi del collegio al Presidente del consiglio dei ministri (comma 4°).

41 Cost., la Corte, pur non facendo riferimento ai principi che ne informano la struttura, lo ha implicitamente considerato.

Infatti, dopo aver rilevato (punto 9) che "la *ratio* della disciplina censurata consiste nella realizzazione di un ragionevole bilanciamento tra (i) diritti fondamentali..." alla salute (art. 32 Cost), da cui deriva il diritto all'ambiente salubre e al lavoro (art. 4 Cost) e aver sottolineato anche il loro rapporto di integrazione reciproca, diversi passaggi sembrano indicare come il richiamo ai principi dell'art. 41 Cost. sia implicito nel ragionamento della Corte.

Così, dopo aver ricordato (punto 10.1) che il richiamo all'osservanza delle prescrizioni dell'AIA "ha il valore di costante *condizionamento della prosecuzione dell'attività produttiva*", con la possibile chiusura dell'impianto in caso di accertata inosservanza del "*nuovo equilibrio tra produzione e ambiente*" (punto 10.2, corsivo aggiunto), la Corte ricorda che la *ratio* dell' "esercizio dell'attività di impresa" (comma quarto art. 1 l. 24 dicembre 2012, n. 231) in costanza di provvedimenti di sequestro dei beni dell'impresa titolare dello stabilimento è di procedere "ad un graduale, intenso processo di risanamento degli impianti, dal punto di vista delle emissioni nocive alla salute e all'ambiente, senza dover necessariamente arrivare alla chiusura dello stabilimento, con conseguente nocimento per l'attività economica, che determinerebbe a sua volta un elevato incremento del tasso di disoccupazione, già oggi difficilmente sostenibile per i suoi costi sociali" (punto 12.3).

Ancor di più, nel valutare (punto 12.6) la "stretta combinazione tra il sequestro delle strutture produttive e quello dei materiali prodotti" operati dal giudice penale "accomunati dalla finalità ultima, esplicitamente dichiarata, di provocare la chiusura dell'impianto, considerata l'unico mezzo per avviare un effettivo risanamento del territorio e l'unico strumento di tutela della salute della popolazione", la decisione sottolinea che "l'intervento del legislatore, che, con una norma singolare, autorizza la commercializzazione di tutti i prodotti, anche realizzati prima dell'entrata in vigore del d.l. n. 207 del 2012, rende esplicito un effetto necessario e implicito della autorizzazione alla prosecuzione dell'attività produttiva, giacché non avrebbe senso alcuno permettere la produzione senza consentire la commercializzazione delle merci realizzate, *attività entrambe essenziali per il normale svolgimento di un'attività imprenditoriale*"¹³⁶ (corsivo aggiunto).

¹³⁶ Prosegue la decisione, sviluppando il concetto di garanzia per la prosecuzione dell'attività produttiva, condizionata al rispetto delle nuove prescrizioni dell'AIA

In questo modo viene sottolineato, ed in modo sostanzialmente esplicito, che il corretto esercizio dell'attività d'impresa è il filtro necessario attraverso il quale si concreta il rispetto delle condizioni che caratterizzano la libertà d'impresa che non può svolgersi "in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana".

La vicenda Ilva, nel susseguirsi degli interventi giudiziari e normativi che l'hanno ad oggi caratterizzata, non solo conferma, in sede generale, la necessità di una lettura unitaria dei tre comma dell'art. 41 Cost.¹³⁷, ma attraverso il richiamo, anche se indiretto, a questa norma in funzione della tutela dell'ambiente salubre e del lavoro, oggetto specifico della l. 24 dicembre 2012, n. 231 costituisce, in una considerazione unitaria comprensiva dei successivi interventi integrativi, un sistema la cui premessa è la garanzia che "la continuità del funzionamento produttivo di stabilimenti di interesse strategico costituisce una priorità di carattere nazionale, soprattutto in considerazione dei prevalenti profili di protezione dell'ambiente e della salute e di salvaguardia dei livelli occupazionali" (primo considerando l. 3 agosto 2013, n. 89).

Probabilmente, viste anche le difficoltà, giudiziarie e comunitarie insorte nel corso dell'estate 2013 ed ancora in corso, alle quali la stampa nazionale ha dato grande attenzione¹³⁸ e i dubbi che caratterizzano la legittimità costituzionale degli interventi normativi successivi alla pronuncia della Corte, non si possono escludere né ulteriori provvedimenti che tengano conto, in occasione della conversione dell'ultimo provvedimento d'urgenza (art. 7 e 8 d.l. 10 dicembre 2013, n. 136) delle critiche formulate sotto il profilo del diritto dell'impresa né altri ricorsi al giudizio di legittimità costituzionale, sulle regole sulla *governance* delle imprese d'interesse strategico nazionale in caso di commissariamento, che, chiare nelle loro finalità peccano nel rispetto del principio di proporzionalità per la "mancanza di un giusto equilibrio tra il fine che si intende

che "distinguere tra materiale realizzato prima e dopo l'entrata in vigore del decreto-legge sarebbe in contrasto con la *ratio* della norma generale e di quella speciale, entrambe mirate ad assicurare la continuazione dell'attività aziendale, e andrebbe invece nella direzione di rendere il più difficoltosa possibile l'attività stessa.....".

¹³⁷ Per tutti, v. A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, II, Padova, 1992, p. 461 ss.

¹³⁸ Per il primo aspetto, D. PALMIOTTI, *L'Italia nel mirino UE per l'Ilva*, per il secondo, F. STORCHI, *Un colpo all'indotto che ferisce l'industria*, entrambi in *Il sole/24 ore* del 27 settembre 2013.

raggiungere ed il sacrificio imposto al privato nel caso concreto"¹³⁹.

Ma quel che preme mettere fin d'ora in rilievo, proprio partendo dal caso concreto, è la rinnovata attenzione dedicata dalla giurisprudenza costituzionale e dal legislatore all'attuazione dell'art. 41 Cost.

Non solo la Corte in una recentissima decisione¹⁴⁰ ha preso in esame, nella tutela del lavoratore dializzato "l'esigenza, contrapposta, di garanzia economica dell'imprenditore - per il profilo della misura dei limiti, economici e temporali, entro cui possa su di lui riversarsi il rischio di una malattia cronica o recidivante del dipendente - e, parallelamente, per il profilo del concorso pubblico al finanziamento del trattamento indennitario, il limite delle risorse disponibili"¹⁴¹ in "un bilanciamento di valori che, ...spetta in via primaria al legislatore", ma, sempre nello stesso arco di tempo, ha ripercorso, con un'elaborata pronuncia sulle SOA¹⁴², la propria complessiva giurisprudenza

¹³⁹ G. GUIZZI, op.cit., 1196.

¹⁴⁰ Corte cost. 16 maggio 2013, n. 87, in questa *Giur. cost.* 2013, p. 1536 ss.

Per un delicatissimo aspetto, in riferimento ad una giurisprudenza della Corte costituzionale sudafricana del 1997 (*Soobramoney v. Minister of Health*) sul trattamento tramite dialisi, negato ad un paziente per la scarsità delle risorse disponibili in quanto "certi trattamenti di urgenza vanno tutelati sulla base del rispetto della vita, altri invece vanno interpretati in base alle risorse disponibili (un trattamento per malati terminali non può avere la priorità assoluta su cure e trattamenti preventivi o su cure che portano il paziente alla completa guarigione)" v. S. ZULLO, *La dimensione normativa dei diritti sociali. Aspetti filosofico-giuridici*, Torino, 2013, pp. 146 ss.

¹⁴¹ Conclusione che riporta all'attualità il più ampio problema della compatibilità delle misure di austerità nazionale con gli obiettivi di carattere sociale dell'Unione stabiliti nell'art. 3, comma terzo TUE quando si richiama "un'economia sociale di mercato fortemente competitiva che mira alla piena occupazione e al progresso sociale" e nell'art. 9 TFUE "Nella definizione e nell'attuazione delle sue politiche e azioni, l'Unione tiene conto delle esigenze connesse con la promozione di un elevato livello di occupazione, la garanzia di un'adeguata protezione sociale, la lotta contro l'esclusione sociale e un elevato livello di istruzione, formazione e tutela della salute umana". Sul tema v. L. MOLA, *Profili di compatibilità delle misure di austerità con la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in (a cura di) G. ADINOLFI-M. VELLANO, *La crisi del debito sovrano degli Stati dell'area euro. Profili giuridici*, Torino, 2013, specie p. 88 ss.

¹⁴² Corte cost. 22 maggio 2013, n. 94, in *Giur. cost.* 2013, pp. 1635 ss. Con nota, ivi, di M. LIBERTINI, *Sulla legittimità costituzionale delle norme che impongono l'esclusività dell'oggetto sociale delle Società Organismi di Attestazione (S.O.A.) e vietano la partecipazione al capitale delle stesse da parte degli organismi di certificazione delle imprese* che, dopo averne sottolineato il carattere di "ulteriore, importante passaggio" che conferma "la crescente disponibilità della Corte a scrutinare le singole norme impugnate alla luce di un principio sostanziale di libera concorrenza" (così, A. ARGENTATI, *La giurisprudenza della Corte Costituzionale in materia di "tutela della concorrenza" a dieci anni dalla riforma del titolo V della Costituzione*,

sull'art. 41 Cost. considerato "parametro che garantisce non solo la libertà di iniziativa economica, ma anche l'assetto concorrenziale del mercato di volta in volta preso in considerazione" nel rispetto delle "normative necessarie a garantire che le dinamiche economiche non si svolgano in contrasto con l'utilità sociale"¹⁴³.

Di qui, dopo la precisazione che "eventuali restrizioni e limitazioni alla libera iniziativa economica debbano trovare puntuale giustificazione in interessi di rango costituzionale"¹⁴⁴ la conferma che "in virtù dell'art. 41 Cast., sono ammissibili limiti della libertà d'iniziativa economica privata, purché giustificati dall'esigenza di tutelare interessi di rango costituzionale, ferma quella della congruità e proporzionalità delle relative misure, risultando in tal modo chiara la correlazione esistente tra tale parametro e l'art. 3 Cost."¹⁴⁵.

La rinnovata conferma della vitalità dell'art. 41 Cast., in corrispondenza del riconoscimento, da parte dell'art. 16 della Carta dei

AGCM, Studi e ricerche, 2011, p. 36) vi ravvisa (p. 1668), in coerenza con il riconoscimento della libertà d'impresa nell'art. 16 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, l'indicazione "per cui la libertà di concorrenza" (in senso soggettivo) è gerarchicamente inferiore alla "concorrenza" come bene oggettivamente tutelato. In questa prospettiva, la libertà d'impresa appare come una situazione strumentale alla realizzazione di un efficiente funzionamento dei mercati ("concorrenza effettiva"), a sua volta strumento di realizzazione del massimo benessere collettivo". Ricorda l'importanza di questa sentenza, "tutta incentrata su una puntigliosa, articolata, accurata riesposizione dei principi contenuti nell'art. 41 della Costituzione", G.U. RESCIGNO, *Quando la Corte cita a sostegno di un argomento una disposizione che essa stessa aveva qualche mese prima dichiarato incostituzionale (e più in generale intorno alla lotta in corso per e contro l'art. 41 Costituzione)*, in *Giur. cost.* 2013, 1015, annotando in senso fortemente critico la decisione del 12 aprile 2013, in tema di compressione della materia regionale "disciplina del commercio" e di tutela della concorrenza di competenza della legge statale.

¹⁴³ Corte cost. 20 luglio 2012, n. 200, in *Giur. cost.*, 2012, p. 2910 ss.

Per un'interpretazione che nega che la Costituzione possa acconsentire "ad una legislazione che, in nome della concorrenza, finisca per sottovalutare il piano delle libertà individuali" v. F. CINTIOLI, *L'art. 41 della Costituzione tra il paradosso della libertà di concorrenza e il "diritto della crisi"*, in *Diritto e società*, 2009, ripubblicato con alcune modifiche in *Concorrenza, istituzioni e servizio pubblico*, Milano, 2010, specie p. 27 ss.

Sul tema, senza pretesa di completezza, v. per alcuni aspetti in questa sede solo sfiorati, specialmente, v. P. RIDOLA, *Diritti di libertà e mercato nella "costituzione europea"* in *Quad. costit.*, 2000, p. 15 ss ed ora, G. VETTORI, *I principi comuni del diritto europeo dalla CEDU al Trattato di Lisbona*, in *Riv. dir. civ.* 2010, I, 116 ss.; A. ZOPPINI, *Diritto privato vs Diritto amministrativo (ovvero alla ricerca dei confini tra Stato e mercato)*, ivi, 2013, I, p. 515 ss.

¹⁴⁴ Corte cost. n. 46 del 2013, in *Giur. cost.*, 2013, p. 759 ss.

¹⁴⁵ Così, Corte cost. 22 maggio 2013, n. 94 cit. (sub punto 7.1)

diritti fondamentali dell'UE, della libertà d'impresa come libertà regolata ("è riconosciuta la libertà d'impresa, conformemente al diritto dell'Unione e alle legislazioni e prassi nazionali")¹⁴⁶, se può non condurre ad un riconoscimento implicito della dottrina della responsabilità sociale dell'impresa¹⁴⁷, fa sicuramente giustizia del maldestro tentativo, già ricordato in premessa, volto a riformare nella scorsa legislatura, rovesciandolo, l'impianto costituzionale e, fortunatamente, non arrivato a conclusione (disegno di legge, n. 4144 presentato il 7 marzo 2011 alla Camera dei Deputati)¹⁴⁸.

Anche se di questo tentativo è rimasta tuttora traccia nella norma (art. 3, comma 1°, l. 14 settembre 2011, n. 148) che vincola lo Stato e gli enti locali ad adeguare "i rispettivi ordinamenti al principio secondo cui l'iniziativa e l'attività economica privata sono libere ed è permesso tutto ciò che non è espressamente vietato dalla legge nei soli casi...", giudicata legittima dalla Corte nella decisione del 20 luglio 2012, n. 200, pur suscitando notevoli perplessità nel suo commento¹⁴⁹, la disposizione dell'art. 41 Cost. ha dimostrato la sua capaci-

¹⁴⁶ M. LIBERTINI, *Economia sociale di mercato e responsabilità sociale dell'impresa*, in (a cura di) V. DI CATALDO-P.M. SANFILIPPO, *La responsabilità sociale dell'impresa. In ricordo di Giuseppe Auletta*, Torino, 2013, p. 36 ss.

¹⁴⁷ M. LIBERTINI, op. loc. ult. cit. e ivi richiami.

¹⁴⁸ Fra le molte critiche v. nel corso dell'audizione avanti la Camera dei deputati del 15 settembre 2011 il complessivo intervento di M. Luciani già ricordato e gli spunti presenti negli interventi di C. Pinelli, M. Libertini, M. Clarich, G. Santoni, R. Satta pubblicati nel dossier di Aperta Contrada, *L'art. 41 della Costituzione in rivista@apertacontrada.it*.

Per un aggiornato quadro critico delle varie iniziative di riforma dell'art. 41, considerare "ancora più inopportune" per "la situazione di grave crisi economica (che) dovrebbe evidenziare la centralità degli strumenti offerti dall'art. 41 Cost., al di là delle interpretazioni riduttive della norma", v. F. ANGIOLINI, op.cit., pp. 131-132. Sul tema della compatibilità della nostra normativa costituzionale con quella comunitaria, nell'assunto che l'art. 41 Cost. difetta della "forza propria dei diritti e principi fondamentali che racchiusi in una specie di fortezza resistono impenetrabili alle invasioni della normativa comunitaria" si esprimeva, in attesa della ratifica del Trattato costituzionale, A. CAPPARELLI, *Intorno alla libertà d'impresa secondo il Trattato di Nizza*, in (a cura di M. Scudiero), *Il Trattato costituzionale nel processo di integrazione europea* Napoli, 2005, II, pp. 1568 ss., le cui conclusioni vanno oggi riconsiderate in funzione anche dell'evoluzione della legislazione nazionale provocata dal caso Ilva.

¹⁴⁹ V. la puntuale e graffiante critica a di G.U. RESCIGNO, op. cit., 2942 che all'affermazione di partenza della Corte, per la quale il comma 1° "non rivela elementi di incoerenza con il quadro costituzionale" (punto 7.3) obietta che la norma in questione "prende il posto dei primi due commi dell'art. 41 ma non dice la stessa cosa perché: a) dice che i divieti in materia di iniziativa ed attività economica privata possono

tà in situazioni di emergenza "di rappresentare uno strumento forte di indirizzo delle attività economiche, finalizzato anche alla difesa dei cittadini più esposti alle conseguenze negative della crisi"¹⁵⁰.

Resta confermata, anche sotto questo aspetto, l'affermazione che "l'utilità sociale....può ancora svolgere il ruolo di limite dell'autonomia privata per garantire l'equilibrio sociale"¹⁵¹, non solo sotto il pro-

essere posti *soltanto* nei casi tassativamente elencati nello stesso comma mentre il secondo comma dell'art. 41 dice quali limiti comunque incontra l'attività economica privata ma *non* dice che solo quelli elencati sono i possibili divieti; b) non per caso il comma 1 non riproduce il terzo comma dell'art. 41 (quello sulla programmazione) perché il terzo comma dell'art. 41 Cost. italiana contraddice ciò che sta scritto nel comma 1, e quindi in realtà il comma 1 pretende di abrogare tacitamente il terzo comma dell'art. 41" (corsivi originari).

¹⁵⁰ F. ANGIOLINI, op. cit., p. 132. Sul tema della compatibilità della nostra normativa costituzionale con quella comunitaria, nell'assunto che l'art. 41 Cost. difetta della "forza propria dei diritti e principi fondamentali che racchiusi in una specie di forza resistono impenetrabili alle invasioni della normativa comunitaria" si esprimeva, in attesa della ratifica del Trattato costituzionale, A CAPPARELLI, *Intorno alla libertà d'impresa secondo il Trattato di Nizza*, in (a cura di M. Scudiero), *Il Trattato costituzionale nel processo di integrazione europea*, Napoli, 2005, II, pp. 1568 ss., le cui conclusioni vanno oggi riconsiderate in funzione anche dell'evoluzione della legislazione nazionale provocata dal caso Ilva.

¹⁵¹ S. MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, Torino, 2012, p. 129 ss.

In una valutazione informata a criteri metodologici, oggi sempre più attuali, v. già M. NUZZO, *Utilità sociale e autonomia privata*, Milano, 1974, specie pp. 46 ss. e G. BENEDETTI, in *Negoziato giuridico e iniziativa economica privata*, in *La civilistica italiana dagli anni '50 ad oggi tra crisi dogmatica e riforme legislative*, Padova, 1991, p. 318, quando osserva che il primo passo per conferire concretezza alla categoria negoziale era "delimitarla all'area economica, fondandola sui principi costituzionali" sottolineando che "l'ordine costituzionale consiglia di riconoscere *specifica autonomia* all'area dei "rapporti economici", dominati da principi e valori specifici affatto" (corsivi originari). Quest'ultimo A. aveva aggiunto che anche la figura del negozio giuridico "dovrebbe essere ricostruita in considerazione dell'"utilità sociale". La quale si colora di precisi contenuti attraverso i vari indici dettati innanzi tutto dalla Costituzione: libertà, sicurezza, dignità umana, e ancora proprietà, lavoro".

Per diversi spunti di estrema attualità v. L. NIVARRA, *Ipotesi sul diritto privato e i suoi anni settanta*, in (a cura di L. Nivarra), *Gli anni settanta del diritto privato*, Milano, 2008 specie pp. 15 ss. e M. RICOLFI, *L'impresa e il mercato*, ivi, pp. 314 ss.

Per un'aggiornata bibliografia in argomento, v., ora G. BERTI DE MARINIS, *L'"incostituzionalità" del contratto immeritevole*, in *Banca borsa tit. cred.* 2013 II, p. 563 a commento di due opposte decisioni di merito sulla legittimità dei c.d. contratti "4you".

Fra i cultori del diritto pubblico, nell'ambito di una ricerca sul rapporto fra diritto costituzionale istituzioni di diritto civile, v. M. ESPOSITO, *Profili costituzionali dell'autonomia privata*, Padova, 2003, p. 196.

filo della libertà contrattuale¹⁵², ma come espressione di un valore fondamentale della Costituzione che vincola il diritto positivo "a valori meta legislativi", espressione, come misure di "diritto giusto", dei "principi regolativi dell'attività di formazione delle leggi e dell'attività giurisprudenziale di sviluppo del diritto positivo per la soluzione di nuovi problemi di decisione"¹⁵³.

In questa prospettiva, pur con le sue luci ed ombre, il caso Ilva potrebbe essere l'occasione per indurre il legislatore, a conclusione di uno stillicidio di norme dettate solo dall'emergenza, nel quadro dei rapporti tra situazioni di crisi industriale complesse e tutela dell'ambiente¹⁵⁴ per una riforma dello statuto delle imprese strategiche di rilevanza nazionale che ne consideri l'attività anche nel quadro delle regole di una tutela ambientale messa a rischio dalla sua stessa rilevanza. La nuova disciplina dovrebbe tener conto, in una visione d'insieme e nel quadro della normativa comunitaria, sia delle società di interesse nazionale, categoria dotata di rilevanza forse non solo storica (art. 2461 c.c.), che, in tema d'impresa: della disciplina sostitutiva dei c.d. "poteri speciali" (c.d. *golden share*) nei settori a rete dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni (l. 11 maggio 2012, n. 56) al fine di applicare, nella tutela dell'ambiente e della salute, il principio "chi inquina paga", inteso non solo come mera espressione di efficienza economica ma di regola che concorre con la sua efficace attuazione¹⁵⁵ ad un articolato regime della

¹⁵² V. anche F. MACIOCE, *Le liberalizzazioni tra libertà e responsabilità*, in *Contratto e impresa*, 2012, p. 997 che esaminando l'art. 1 della l. 24 marzo 2012, n. 27 che in tema di liberalizzazione delle attività economiche prevede una serie di innovazioni "fermo restando quanto previsto dall'art. 3 del decreto legge 13 agosto 2011, n. 148, in attuazione del principio di libertà di iniziativa economica sancito dall'art. 41 della Costituzione e del principio di concorrenza sancito dal Trattato dell'Unione europea", così conclude; "L'art. 41 esprime in fondo un buon compromesso fra stato sociale ed economia di mercato e credo che saggiamente non siano stati coltivati, in questa importante occasione legislativa, gli avventurosi progetti di abrogazione o di riformulazione della norma sorti sotto il precedente governo".

¹⁵³ L. MENGONI, *Diritto e valori*, Bologna, 1985, 6 ss., ricordato da L. NIVARRA, *Diritto privato e capitalismo (Regole giuridiche e paradigmi di mercato)*, Napoli, 2010, p. 64.

¹⁵⁴ Sui rapporti tra "ristrutturazione" e "riconversione" nelle crisi industriali complesse e il principio che "resta ferma la vigente normativa in materia di interventi di bonifica e risanamento ambientale dei siti contaminati" (art. 27, quarto comma d.l. 22 giugno 2012, n. 83 (Misure urgenti per la crescita del Paese) conv. con l. 7 agosto 2012, n. 134), v. C. SGUBIN, *Crisi industriali complesse e accordi di programma*, Torino, 2013, pp. 118 ss e p. 148 ss).

¹⁵⁵ Sulla responsabilità della bonifica e dell'individuazione del soggetto responsabile dell'inquinamento nel passaggio dal principio "chi inquina paga" al principio "chi in-

responsabilità per danno all'ambiente (dall'art. 2043 c.c. alle norme di settore¹⁵⁶, in un'applicazione dell'art. 41 Cost. che tenga conto degli equilibri in continua trasformazione garantiti dal diritto ambientale¹⁵⁷.

quina ripara" v. F. DE LEONARDIS, *La bonifica ambientale* in *Trattato di diritto dell'ambiente*, op. cit., II, pp. 345 ss.

¹⁵⁶ P. G. MONATERI, *Il futuro della responsabilità civile per danni all'ambiente in Italia*, in (a cura di B. Pozzo), *La responsabilità ambientale*, Milano, 2005, pp. 137 ss.

¹⁵⁷ D. AMIRANTE, *Profili di diritto costituzionale dell'ambiente*, in *Trattato di diritto dell'ambiente*, op. cit., specie p. 280 ss. che sottolinea la "caratteristica tipica del diritto ambientale come principale disciplina simbolo del diritto post-moderno che si costruisce più per obiettivi che per precetti".

PARTE II

LE REGOLE

B. LE OPERE PUBBLICHE

1.

Legislazione di emergenza e vincoli sull'attività di impresa nella realizzazione di opere pubbliche* **

SOMMARIO: 1. Concetto di legislazione di emergenza. – 2. L'emergenza nella più recente evoluzione legislativa. – 3. L'emergenza nella giustizia costituzionale. – 4. Legislazione di emergenza, disposizioni transitorie e norme d'attuazione. – 5. La problematica del vincolo ambientale nei provvedimenti amministrativi. – 6. In particolare: vincoli e limiti dettati dalla legge « Galasso ». – 7. La ratio legis nella lettura degli atti parlamentari. – 8. Ambito di applicabilità della legge « Galasso » alle opere in corso. – 9. Problemi di diritto transitorio: nella legge « Galasso ». – 10. Nella c.d. legge antimafia. – 11. L'emergenza « finanziaria »: innovazioni ad istituti del settore delle opere pubbliche nella legge n. 41 del 28 febbraio 1986: in particolare, innovazioni alla disciplina della revisione prezzi. – 12. La determinazione autoritativa di prezzi e tariffe al fine del contenimento della spesa pubblica e di lotta alla inflazione. – 13. Conclusioni.

1. Concetto di legislazione di emergenza

Come prima osservazione all'enunciato in esame, si pongono naturali due interrogativi: l'uno, relativo alla accezione del termine « legislazione di emergenza », l'altro, del perché si sia circoscritto l'esame degli effetti di questa normativa - quale sia il suo ambito - alle sole

* Da *Arch. giur. OO.PP.*, 1985, 1671-1707.

** Il presente scritto riproduce, con l'esclusione delle parole di apertura, il testo della relazione presentata a Chieti l'8 febbraio 1986 al Convegno tenutosi presso l'Università « Gabriele D'Annunzio », sul tema « Legislazione sull'ambiente ed attività di impresa ».

attività d'impresa avente ad oggetto l'esecuzione di opere pubbliche.

Occorre peraltro premettere una affermazione a carattere generale: legislazione di emergenza oggi altro non rappresenta se non una espressione di uso corrente, priva di un preciso valore semantico dal quale dedurre conseguenze di carattere sistematico.

Il concetto di « legislazione di emergenza », come risposta ad esigenze eccezionali ed improvvise, ha infatti trovato sempre maggiore spazio nella disciplina dei fenomeni economici, uscendo dal ristretto ambito nel quale la disciplina costituzionale e la tradizionale dogmatica del diritto pubblico l'avevano fin qui contenuto. La locuzione, utilizzata oramai nel linguaggio giuridico, oltre che quotidiano, si presenta termine atto ad indicare, secondo il dato contingente, singoli fenomeni legislativi, o più generali tendenze di normazione, che prendono tratto dall'esistenza di particolari stati di tensione o di necessità sociale. Trovano così giustificazione, nell'ambito della legislazione speciale, momenti di produzione normativa di grande intensità, tali da indurre l'interprete ad una valutazione del fenomeno in termini di « degenerazione del sistema »¹.

Un esame in questa prospettiva, già effettuato dopo il primo conflitto mondiale per considerare gli effetti della legislazione di guerra e dei nuovi confini del diritto privato², è stato ripreso in questi ultimi anni, nell'ambito del rapporto tra norme generali, rappresentate dal sistema codificato e microsistemi di norme, dotate di logiche autonome e organiche³.

¹ ITALIA, *Le leggi speciali*, Milano, 1983, p. 6, a cui avviso, la specialità assume in taluni momenti particolare intensità, come nel caso della « legislazione di emergenza o delle leggi per le zone sismiche » che può anche portare « ad un margine di degenerazione nel sistema della produzione legislativa ».

² Classico è il richiamo al saggio di VASSALLI, *Della legislazione di guerra e dei nuovi confini del diritto privato*, *Studi giuridici*, Roma, 1939, pgg. 378 e ss., che dopo aver ricordato, «la miriade» di leggi emanate in quegli anni, sottolinea la portata del fenomeno sia per l'intensità « che quasi si assomiglia a quello della fabbricazione dei proiettili » che per la novità dei principi, cogliendone le conseguenze proprie nelle « deviazioni dal regime tradizionale di dati rapporti nel senso di sostituire alla disciplina del diritto privato una disciplina giuspubblicistica autoritativa ». Per un quadro espositivo di estremo interesse v. MOMIGLIANO, *Le leggi della nostra guerra*, Milano, 1985, pgg. 9 e ss. (diritto civile e commerciale) e pgg. 123 e ss. (diritto pubblico).

³ IRTI, *L'età della decodificazione*, Milano, 1979; e da ultimo per un particolare, dello stesso A., *I frantumi del mondo (sulla interpretazione sistematica delle leggi speciali)* Quadrimestre 1984, p. 223; MODUGNO, *Decodificazione, pluralità di microsistemi, uguaglianza*, *Giust. civ.* 1980, IV, p. 284; BUSNELLI, *Il diritto civile tra codice e legislazione speciale*, Napoli, 1984, pgg. 22 e ss. e, in vario senso, gli interventi di SANTORO PASSARELLI, PIGA, SCHLESINGER, *Tramonto del Codice civile (Codice civile e*

Nella ricerca, da parte dell'interprete, della *ratio* e della natura di questo tipo di legislazione, è stato di recente rilevato che spesso le leggi speciali presentano la necessità, fra le loro caratteristiche, di una loro « amministrazione », che ne garantisca e verifichi il concreto funzionamento. Con tale espressione si è inteso indicare l'attività amministrativa « necessaria affinché la legge speciale possa essere operante a produrre i suoi effetti. La legge speciale, senza il momento (o i momenti) della sua amministrazione, rimane soltanto una formulazione scritta su un pezzo di carta »⁴.

E' questo il profilo che sembra più indicato per individuare nell'ambito della legislazione d'urgenza, un dato comune ai più recenti interventi nel settore della disciplina dell'economia, ed in quello dei lavori pubblici, in particolare.

Di particolare interesse si presenta l'esame in quest'ultima prospettiva, perché mentre il problema della responsabilità di impresa e l'applicazione del principio del rischio alla disciplina delle sue attività è stato oramai oggetto di analisi⁵, nei più vari aspetti sotto il profilo

istituti del diritto pubblico nella realtà del nostro tempo), in *Temi della cultura giuridica contemporanea*, Atti del Convegno di studi svoltosi a Roma il 27 e 28 ottobre 1975, Padova, 1981, rispettivamente pgg. 85-57 e 76. Per un esame critico dello stato della produzione legislativa, v. GALGANO, *Come fare le leggi civili?*, *Riv. crit. dir. priv.* 1983, pgg. 315 c ss. Per un esame delle innovazioni portate dalla legislazione speciale nelle tecniche, nella metodologia, oltre che nella funzione socio-economica, LUCARELLI, *Rapporti economici costituzionali e legislazione speciale*, *Riv. trim. dir. pmc. civ.* 1980, p. 957, e id., *Diritto civile e istituti privatistici*, Padova, 1983, pgg. 39 e ss. Infine, una interessante ricerca, dalla cui lettura emergono per l'interprete, motivi di obiettivo interesse, cfr. BALDASSARRI, *Codice civile e leggi speciali nelle massime della giurisprudenza civile, Contratti e impresa*, I, Padova, 1985, pgg. 271 e ss.

⁴ ITALIA, *op. cit.*, p. 68.

⁵ Basti ricordare, in questa sede, i vari problemi posti nel corso degli ultimi anni da alcune vicende diventate emblematiche di una situazione a carattere generale, come, ad esempio, è avvenuto per i fatti di Seveso, cfr. CARLETTI *La responsabilità penale nel gruppo di società: il caso della Icmesa di Seveso*, *Riv. giur. lav.*, IV, 1984, pgg. 3 e ss., che richiama (p. 29 sub nota 51) l'autorevolezza di PEDRAZZI, *Gruppo di imprese e responsabilità penale*, in *Disciplina giuridica del gruppo di imprese: esperienze e proposte*, Atti del Convegno di studi svoltosi a Bellagio il 19-20 giugno 1981, Milano, p. 156, circa la estensione delle regole del concorso di reato nell'ambito della struttura multisocietaria; TESTI, *Aspetti di diritto penale, Impresa ambiente*, 1979, I, pgg. 408 e ss., specie p. 434) e per la vicenda relativa ai c.d. fanghi rossi di Scarlino. Cfr. in proposito la vastissima letteratura in tema di inquinamento, oltre ad un primo approccio rappresentato da BRICOLA, *Responsabilità penale per il tipo e per il modo di produzione*, in Atti del Convegno su « *La responsabilità dell'impresa per i danni all'am-*

della responsabilità oggettiva come strumento di distribuzione delle « perdite »⁶, non è stato ancora approfondito l'approccio al tema del danno subito dall'attività d'impresa in conseguenza di carenze della disciplina che innovi, in corso di esecuzione, le regole del sistema.

2. L'emergenza nella più recente evoluzione legislativa

Di legislazione di emergenza si è parlato, nel corso degli ultimi an-

biente » a cura del Centro Nazionale di prevenzione e difesa sociale, Milano, pgg. 75 e ss., v. anche CARLETTI, *Note in tema di responsabilità penale delle imprese per inquinamenti di acque interne*, Milano, 1976, pgg. 355 e ss.; BRICOLA, *Alcune considerazioni sulla responsabilità penale per inquinamento idrico*, *Quaderni riv. imp. amb. e pubbl. amm.*, Milano, 1983, pgg. 217 e ss. Cfr. la bibliografia in ALPA, *Compendio del nuovo diritto privato*, Torino, 1985, pgg. 54-55 in calce alla voce *Ambiente e Beni Culturali*, dove sono riportati, in sintesi felice, i problemi posti dalla tutela dell'ambiente sotto il profilo civilistico. Ricchissimo è infatti il dibattito sul danno ambientale avente effetti pregiudiziali per la salute, sul quale la Cassazione si è espressa più volte negli ultimi anni, come, ad esempio, Cass. Sez. Un. 9 marzo 1979 n. 1463, *Foro it.*, 1979, I, c. 539, con nota di GALLO; Cass. Sez. Un. 6 ottobre 1979 n. 5172, *ivi*, 1979, I, c. 2302 con nota di LENER; in *Giust. civ.*, 1980, I, p. 357 con nota di PIGA, e in *Giur. it.*, 1980, I, I, p. 860; con nota di SALVI, *Diritto all'ambiente e tutela della persona*. Per una sintesi, v. da ultimo SALVIA, *L'inquinamento*, Padova, 1984, pgg. 73 e ss. e FEDERICI, *Gli interessi diffusi Padova*, 1984, pgg. 35 e ss. Notevole interesse ai fini ricostruttivi del sistema presenta l'evoluzione dell'indirizzo presente nella interpretazione del ruolo della Corte dei conti nella relazione del Procuratore generale tenuta in occasione della inaugurazione dell'anno giudiziario 1980. In questa sede sono stati infatti ricordati i giudizi per il Parco nazionale d'Abruzzo (cfr. anche Cass. pen., Sez. VI, 16 febbraio 1979, *Foro it.*, 1979, II, p. 504) per gli scarichi dei fanghi rossi di Scarlino (Corte dei conti, 8 ottobre 1979 n. 61, *Foro it.*, 1979, III, p. 593) e per il disastro di Seveso. Anche in questi casi spesso il nuovo corso della Corte dei conti è intervenuto in presenza sia di una omissione di compiti amministrativi che di una carenza legislativa. Basti pensare alle proroghe che sono intervenute in relazione ai termini già scaduti da tempo in ordine agli adempimenti da osservare in base alla normativa sul risanamento delle acque e degli scarichi inquinanti. Sotto il profilo dottrinale, cfr. MADDALENA, *Nuovi indirizzi della Corte dei conti in materia di ambiente*, *Foro it.*, 1979, V, pgg. 282 c ss. e per un quadro aggiornato della evoluzione v. FEDERICI, *op. cit.*, che conclude «Il giudice amministrativo, per tradizione ed elezione istituzionale, tuttavia, sembra essere il più idoneo ad espletare la giurisdizione esclusiva in materia di tutela dell'utente dell'ambiente, dei beni culturali e del consumatore, a meno che non si voglia approfittare dell'occasione ed iniziare con il sottrarre una materia al giudice amministrativo come primo passo per giungere allo svuotamento della doppia giurisdizione e al ripristino della giurisdizione unica del giudice ordinario».

⁶ In tal senso ALPA e BESSONE, *La responsabilità civile*, Milano, 1976, pgg. 341 e ss. e ivi citazioni; in particolare BESSONE, *Progresso tecnologico, prodotti dannosi e controllo sull'impresa*, *Pol. e dir.*, 1972, pgg. 205 e ss.

ni, in più sensi, all'atto di affrontare le più disparate soluzioni a problemi di vasto impatto sociale ed economico. Basti ricordare, nella revisione della normativa lavoristica, l'individuazione, dopo l'emanazione dello statuto dei lavoratori, di tre ordini di fonti: al nucleo residuale del Codice civile sono contrapposte la normativa dello statuto e le recenti leggi speciali che hanno concorso, in questo settore, a formare il c.d. « diritto del lavoro dell'emergenza »⁷. Interventi positivi di emergenza son diventati sempre più abituali in settori coperti dalla norma penale, laddove l'emergenza stessa ha trovato la propria occasione nell'esplosione di fenomeni eversivi dell'ordine pubblico e democratico⁸.

Ancora di emergenza, nonostante la lunga gestazione protrattasi per il corso di più legislature, o forse proprio per questo, appare la disciplina dettata dalla legge n. 47 del 1985 in tema di abusivismo e condono edilizio⁹. Con questo intervento, a fronte del deterioramento delle condizioni sociali ed economiche del Paese e della incapacità di reazione di un potere pubblico, tale da permettere il riproporsi di fatti e situazioni di rilevante pericolosità per la stessa struttura dello « Stato-ordinamento », il legislatore ha dovuto « confessare » formalmente la propria impotenza a fronteggiare il fenomeno che aveva dichiarato di voler sconfiggere¹⁰.

In questo sguardo d'insieme su leggi introdotte nel nostro ordinamento con carattere d'urgenza, un criterio di collegamento, che permetta, nella eterogeneità dei diversi istituti, di identificare delle classi sufficientemente omogenee di interessi da tutelare, può essere rappresentato dalla necessità, che hanno alcune di queste leggi per poter funzionare, «di un procedimento per la loro applicazione» che

⁷ DE LUCA TAMAJO, nella relazione nazionale « *La codificazione del diritto del lavoro in Italia* » al 9° Congresso dell'Associazione Internazionale di diritto del lavoro e della sicurezza sociale, Monaco, 1978, v. anche DE LUCA TAMAJO - VENTURA, *Il diritto del lavoro nell'emergenza (La legislazione degli anni 1977-1978)*, Napoli, 1979.

⁸ Cfr., fra tutti, il D.L. 15 dicembre 1979 n. 625, convertito con modificazioni nella L. 6 febbraio 1980 n. 15, la L. 29 maggio 1982 n. 304 e da ultimo la L. 13 settembre 1982 n. 642, che presenta notevoli riflessi sul tema in esame. Per un quadro completo dei problemi posti da questa disciplina, diretto è il richiamo alle opere di commento a questa legislazione compresa nella collana *La legislazione di emergenza*, curata da CONSO dedicata ai singoli interventi legislativi.

⁹ Sui caratteri dell'emergenza e della sperimentazione della legislazione della fine degli anni settanta, PERLINGERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 1979, p. 70.

¹⁰ Così, testualmente, TORREGROSSA, *Prime considerazioni sulle norme di sanatoria degli abusi edilizi*, Relazione introduttiva, al Convegno dibattito « Abusivismo e condono edilizio » a cura del Chora, *Giur. it.*, 1984, IV, p. 219 e ss.

coinvolga anche il settore organizzativo della amministrazione¹¹.

Trovano in tal modo collocazione unitaria e sistematica numerosi provvedimenti emanati nel corso di questi ultimi anni. Basti pensare agli interventi resi necessari da eventi naturali di rilevante gravità (così ad es. la L. 14 maggio 1981 n. 219, successiva agli eventi sismici che hanno interessato la Campania e la Basilicata; la L. 19 dicembre 1983 n. 24, per la riattivazione dell'Acquedotto Pugliese; la L. 23 dicembre 1983 n. 748 adottata a seguito dei movimenti di bradisismo dell'area Flegrea e via dicendo) che, sul piano delle leggi provvedimento e delle leggi singolari, ripropongono la tradizionale problematica delle ordinanze prefettizie contingibili ed urgenti, di provvedimenti amministrativi cioè aventi carattere normativo e contenuto sostanzialmente politico.

Nell'attuazione di questi interventi, predominante appare lo spazio riservato agli strumenti tecnici di esecuzione in grado di coinvolgere sia il settore organizzativo dell'amministrazione che il settore dell'attività degli enti e degli organi destinatari delle leggi stesse. Ma accanto a questa prima fattispecie, in grado di interessare l'attività edilizia sul territorio, vi sono state forme di produzione legislativa connesse, da un lato all'affacciarsi di nuovi interessi, sul piano generale oltre che su quello dell'economia dall'altro alla criminalizzazione di alcuni settori dell'attività economica, per la crescita e l'evoluzione dei ben noti fenomeni di delinquenza associativa che hanno endemicamente minato alcuni settori della società nazionale.

Basti qui riferirsi, nel settore della esecuzione dei lavori pubblici, al sempre più vasto sviluppo di previsioni e di nuovi adempimenti che, a modifica delle normative organiche di settore del secolo scorso, sono state inseriti in questi ultimi anni con numerose «leggine». Ciò, sia con riferimento agli organi committenti che agli enti e imprese esecutrici, imponendo norme, volta a volta miranti al contenimento dell'inflazione, all'utilizzo ottimale delle risorse pubbliche, all'assicurare condizioni di concorrenza interna ed internazionale, infine anche a prevenire possibili inquinamenti da parte della delinquenza mafiosa.

Parallelamente e come effetto dell'acceleramento della produzione legislativa, conseguente all'utilizzazione massificata dello strumento del decreto legge¹², nonché della frammentarietà e molteplicità di in-

¹¹ ITALIA, *op. cit.*, pgg. 69-70.

¹² DI CIOLO, *Questioni in tema di decreto legge*, Milano, 1978; CAZZOLA-MORISI, *L'alluvione dei decreti. Il processo legislativo fra settima e ottava legislatura*, Milano, 1981. Ol-

terventi condizionati proprio alla rapidità del mutare della normativa, la tecnica legislativa è diventata sempre più sommaria, a discapito delle esigenze di chiarezze e di coerenza dell'applicazione delle norme¹³. Di fatto, è proprio sul piano della successione delle leggi nel tempo, non meno che su quello propriamente contenutistico¹⁴ che si avvertono ormai, limiti e smagliature tali da penalizzare gravemente l'operatore economico, il quale chiede innanzitutto alla legge di identificare le condizioni di operatività della propria attività di impresa.

3. L'emergenza nella giustizia costituzionale

Questi difetti e limiti della legislazione sono ormai ben noti, anche allo stato diffuso.

Ripetutamente sono stati stigmatizzati anche dal nostro massimo organo giurisprudenziale, la Corte costituzionale, la cui preoccupazione è certamente il «segnale» più autorevole di uno «stato di pericolosità» istituzionale raggiunto.

Ha osservato il Presidente della Corte, nella sua conferenza stampa sulla giustizia costituzionale nel 1985, come la legislazione (riferendosi in specie a quella sociale e sulla finanza pubblica) non sia per nulla duratura e stabile; ma anzi risulti soggetta a continui mutamenti, per di più operanti in direzioni diverse, « sicché la Corte è costretta a rincorrere il legislatore, vedendo alterati ripetutamente i termini stessi dei problemi che essa è chiamata a risolvere »¹⁵.

tre a rilevare tale abuso, ITALIA, (*op. cit.*, p. 56r osserva: «questi vizi dei decreti legge sono aumentati, per il numero di emendamenti innestati in fase di conversione: così ampi da modificare talora profondamente, il decreto legge originario». Sul problema in generale, v. D'ANDREA, *Le nuove procedure regolamentari per l'esame dei decreti legge in Parlamento: un primo bilancio*, Riv. trim. dir. pubbl., 1983, p. 78; sui possibili rimedi LIPPOLIS, *La «corsia preferenziale»: ipotesi di applicazione*, Dir. soc., 1982, p. 759; ma per un quadro generale LABRIOLA, *Legge e decreto legge: una stessa crisi, Il Parlamento*, 1983, p. 45 e CERVATI, *Governo, Parlamento e procedure d'urgenza*, Dem. e dir., 1982, p. 147.

¹³ Per degli spunti concreti, v. SALVATORI, *Osservazioni in tema di tecnica legislativa*, Leg. econom., Milano, 1979; pgg. 557 e ss. e per alcuni esempi recenti ANNUNZIATA, *Formazione delle leggi e brevi cenni sul vizio di eccesso di potere legislativo*, Giur. it., 1983, I, 1, p. 1047.

¹⁴ Su di un particolare profilo del tema dell'eccesso di potere legislativo, v. LENER, *L'eccesso di potere legislativo e la Corte costituzionale*, Foro it., 1982, I, c. 2693 e autori ivi cit.

¹⁵ Nell'intervista concessa a La Repubblica del 19 novembre 1985.

Per altro verso, la coerenza del sistema viene ulteriormente intaccata per le inerzie legislative conseguenti alle decisioni della Corte, specie in materia economica: ci si è riferiti, al riguardo, alla mancanza di una permanente disciplina del sistema radio-televisivo in genere e dell'emittenza privata in particolare, che valga a ricomporre le contraddittorie esigenze manifestatesi in tal campo e alla mancata regolamentazione degli indennizzi per gli espropri delle aree fabbricabili, che sembrano esser caduti in dimenticanza, dopo le accese discussioni degli anni scorsi¹⁶.

Ma al di fuori di quest'ultima censura, non vi è dubbio che l'attuale stato di cose sembra portare ad una valutazione, in termini di minor resistenza, delle garanzie a favore dell'operatore economico. Infatti, il potere del legislatore di dettare, nell'attuazione dell'art. 41 Cost. (primo e terzo comma), norme di regolamentazione dei modi di esercizio dell'attività tramite il c.d. potere « conformativo » di stabilire controlli e programmi¹⁷, si palesa momento di garanzia per l'imprenditore ma può essere contrastato dalla tecnica propria della legislazione di emergenza.

L'adozione di programmi e controlli presuppone infatti una generale visione atta a coordinare l'attività economica al passo con i tempi e con le condizioni del mercato nel quale l'impresa si trova ad operare. In questo senso, più volte la Corte costituzionale ha richiamato l'esigenza di abbandonare la pratica dei provvedimenti a carattere contingente e derogatorio per seguire invece « la via maestra » della disciplina di un settore¹⁸. Mentre, per altro verso, la giurisprudenza della Cassazione ha sottolineato, in più occasioni, come la pubblica Amministrazione trovi un vincolo invalicabile alla propria discrezionalità tecnica e amministrativa nell'esistenza stessa dell'impresa, costituendo il diritto dell'impresa alla propria esistenza, un limite di ordine generale¹⁹.

Sotto un profilo di rispetto del dettato costituzionale, oltre che di corretta tecnica legislativa, occorre che il legislatore eserciti le proprie

¹⁶ Per alcune osservazioni sul punto v. PIZZORUSSO, *L'attività della Corte costituzionale nella sessione 1984-85*, *Foro it.*, 1985, V, c. 102.

¹⁷ GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1985, p. 179; per una approfondita rassegna sulla attività economica privata e la libertà di iniziativa economica nella più recente evoluzione dottrinale v. SORACE, *Il governo dell'economia, Manuale di diritto pubblico*, Il Mulino, 1984, pgg. 921 e ss.

¹⁸ Corte cost., 30 dicembre 1958 n. 78, *Foro it.*, 1959, I, c. 9 e Corte cost., ottobre 1983 n. 307. *Giust. civ.*, 1983, I, p. 2803.

¹⁹ Cfr., per tutti, S.U. Cass. civ. 16 luglio 1985 n. 4151 *Foro it.*, 1985, c. 2206, ricordata *infra* sub nota 79.

funzioni di indirizzo, controllo e coordinamento delle attività economiche private mediante leggi e atti a carattere generale di contenimento degli interessi pubblici. In questo senso, è necessario che il legislatore dichiari le regole del gioco (la concorrenza, la vigilanza sulle attività pericolose, la tutela di valori emergenti nella realtà sociale)²⁰.

Solo per la tutela di interessi peculiari e specifici (secondo comma art. 41 Cost.), il legislatore può intervenire con una legislazione vincolistica subordinata all'evolversi della coscienza sociale e delle situazioni produttive industriali sulle quali ricade. Questa legislazione, peraltro, deve essere tale da realizzare una disciplina efficace e prospettica, delle attività e delle scelte, nel rispetto del quadro in cui l'impresa opera.

Inteso in tal modo, il vincolo alle modalità di produzione normativa del legislatore statale è garanzia, per l'operatore economico, di poter effettuare le proprie valutazioni e programmazioni in un quadro di certezze giuridiche e di conoscenza del sistema di oneri che gravano l'attività d'impresa. Il che significa che occorre coordinare le varie misure «proiettandole nel tempo necessario a che esplichino gli effetti che se ne attendono, sicché le iniziative dei singoli e quelle dello Stato (nel settore più propriamente economico, sia in quello dei servizi che dei lavori pubblici) si armonizzino tra loro e si integrino a vicenda»²¹.

4. Legislazione di emergenza, disposizioni transitorie e norme d'attuazione

In questa fase di transizione, caratterizzata dal passaggio da uno Stato che fissa i « fini » ad uno Stato che fissa le « regole » di svolgimento di certe attività, mentre si assiste ad una significativa accentuazione del ricorso a norme dirette a disciplinare l'attività piuttosto che i soggetti²², si ha una accentuazione della legislazione di emergenza sempre più di frequente alla radice di difficoltà applicative nella disciplina dei modi di realizzazione delle opere pubbliche.

Spesso il legislatore, per facilità di una tecnica redazionale che si

²⁰ Il che corrisponde alle esigenze proprie della impresa come « tecnica » di organizzazione. GUARINO, *L'impresa come modello organizzativo tipico*, Giur. comm., 1978, I, p. 196, specie pgg. 208 e ss.

²¹ MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1962, p. 877.

²² CASSESE, *Dal Mercato guidato al mercato regolato*, in *Bancaria*, n. 2. p. 86.

richiama, ancora una volta, all'urgenza del provvedere, disattende il principio di indicare il regime transitorio cui le azioni imprenditoriali già in essere si troveranno ad essere sottoposte in presenza della nuova disciplina. Il problema della emanazione di chiare disposizioni transitorie si collega perciò ai numerosi profili di critica alla attuale tecnica legislativa²³, causa di disfunzioni che possono divenire anche più gravi quando trattasi di norme che, come nel caso della c.d. legislazione antimafia e della legge Galasso, incidono immediatamente anche a livello di effetto penale.

L'incapacità di fissare disposizioni transitorie chiare, al momento della prima emanazione della legge innovativa del settore, ha reso palese, in queste due ultime vicende, la tendenza a rimettere ad un momento successivo alla legge e ad un livello improprio, rappresentato dalla fase amministrativa delle circolari, il compito di fissare discipline transitorie e di attuazione che risultano essere sempre più una forma di normazione a rescritto. In altri termini, si omette ogni regola, atta a disciplinare i problemi e la casistica di situazioni critiche che si possono verificare nella prassi della prima applicazione delle leggi in questione, cercando di fare emergere gli elementi di una disciplina transitoria in via di istruzioni amministrative che, pur se valide nella sostanza – come nel caso della legge Galasso²⁴ - sono molto spesso, esse stesse, fonte di ulteriori incertezze interpretative e applicative.

Questo punto è della massima importanza, richiamando l'applicazione dei principi generali del nostro diritto positivo sulla irretroattività delle leggi e la loro incapacità ad incidere sulle situazioni perfezionatesi nel passato. Questa affermazione trova applicazione nei riguardi della attività privata legittimamente articolatasi in scelte e decisioni operative sulla base della legislazione vigente al momento della effettuazione delle scelte imprenditoriali stesse.

Attività di impresa è sviluppo di processi produttivi estesi nel tempo: come in ogni procedimento, l'insieme degli atti e delle fasi nel quale esso può suddividersi idealmente deve essere valutato alla stregua delle regole giuridiche esistenti perché richieste dalle leggi

²³ Su tutti questi aspetti v. le deduzioni della relazione conclusiva della Commissione di studio per la semplificazione delle procedure e la fattibilità ed applicabilità delle leggi in BARETTONI ARLERI, *Fattibilità e applicabilità delle leggi*, Ravenna, 1983.

²⁴ Cfr. la nota circolare del Ministero per i beni culturali ed ambientali, 31 agosto 1985, n. 8, in *Gazzetta ufficiale* n. 266 del 12 novembre 1985.

del tempo in cui quella fase di attività è stata posta in essere.

Una corretta applicazione del principio della irretroattività nel settore della realizzazione delle opere pubbliche, sarebbe, di per sé, elemento di chiarificazione e di certezza per le imprese, in corrispondenza della affermazione, formulata con riguardo al procedimento amministrativo, che « qualora una fattispecie si sia perfezionata sotto l'imperio di una legge... essa non potrebbe certo venire assoggettata alla disciplina di una norma sopravvenuta, la quale subordinasse l'effettiva operatività della fattispecie del suo tipo al realizzarsi di uno o più elementi condizionanti » stabiliti da una nuova legge²⁵.

Un indice significativo dei costi che può comportare una non corretta regolamentazione dello specifico aspetto del rapporto, normativa di vincolo-disciplina delle situazioni in essere, è rappresentato dalla L. 8 agosto 1985 n. 431 e dalle sue prime vicende applicative.

5. La problematica del vincolo ambientale nei provvedimenti amministrativi

Sono già stati ampiamente ricordati i movimenti di idee e di studi « sollecitati dal fatto, saliente del nostro tempo, della distruzione della natura e del paesaggio »²⁶ e la continua erosione del bene pubblico costituito dall'ambiente, così come definito dalla Corte costituzionale e dalla dottrina²⁷.

Tuttavia, nonostante una approfondita fase di preparazione culturale, condotta e vissuta con pienezza di accenti nella coscienza collettiva²⁸, la reazione dello « Stato-ordinamento » alla situazione di emergenza e di degrado, giunta ormai a livelli non più tollerabili, si è sviluppata, prima di pervenire allo strumento legislativo, mediante una confusa azione amministrativa, condotta, in una prima fase, con provvedimenti amministrativi di natura regolamentare diretti alla

²⁵ SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, Milano 1964, p. 424.

²⁶ GIANNINI, *Ambiente - Saggio sui diversi aspetti giuridici*, Riv. trim. dir. pubbl. 1973, p. 19.

²⁷ Per un esame critico del tema v. TORREGROSSA, *La tutela del paesaggio nella L. 8 agosto 1985 n. 431* (c.d. legge Galasso) nella relazione tenuta a Salerno al Convegno su «Tutela del paesaggio e vincoli sulla proprietà nella recente L. 8 agosto 1985 n. 431».

²⁸ Cfr. GRECO, *La valutazione d'impatto ambientale - rivoluzione o complicazione amministrativa?*, Milano, 1984, in particolare v. contributi di MAFFEI, *ibidem*, p. 64 e ss.; BETTINI, pgg. 141 e ss.; POSTIGLIONE, *Il diritto all'ambiente*, Napoli, 1982, pgg. 55 e ss.

stessa Amministrazione come obbligo di comportamento, e poi con l'adozione di un provvedimento amministrativo di carattere generale impugnato in sede di giurisdizione amministrativa.

Rientrano nel primo gruppo di atti le Circolari della Presidenza del Consiglio dei ministri n. 1.2/2763/6 del 20 aprile 1982 e 3763/6 del 24 giugno 1982 nonché la successiva circolare 84/84 del 30 marzo 1984 del Ministero per i beni culturali ed ambientali aventi ad oggetto la individuazione di una procedura, tra il Ministero per i beni culturali ed ambientali e l'Amministrazione procedente, per la predisposizione di progetti di opere pubbliche da realizzarsi in zone vincolate ai sensi della L. 26 settembre 1939 n. 1497. Nel secondo gruppo rientra invece il D.M. 21 settembre 1984 (più noto come « decreto Galasso ») ed i numerosi successivi decreti attuativi, che hanno tentato una forzatura positiva sia del sistema vincolistico che dei poteri esecutivi previsti dall'art. 82 del D.P.R. n. 616 del 1977, con il dichiarato intento di far fronte « all'assoluta necessità di evitare il crescente degrado del patrimonio ambientale, emerso anche alla constatazione delle forze politiche e sociali ed a livello parlamentare in occasione della discussione dell'iniziativa legislativa sul condono edilizio »²⁹.

Tentativo questo che non ha retto, in sede di sindacato di legittimità, che ha portato all'annullamento³⁰ dell'art. 1 del D.M. per violazione della legge « in quanto esso si riferisce non già a beni o località intesi nella loro individualità, ma a categorie di beni identificabili o con riferimento a caratteristiche oggettive comuni all'intera categoria (...) o infine, per il particolare regime che li caratterizza ».

L'assenza di una istruttoria, confermando la volontà dell'amministrazione di procedere all'individuazione « di categorie generali ed astratte di beni da assoggettare a particolare tutela », ha quindi consentito la censura del giudice amministrativo, sulle modalità stesse di questi vincoli.

Nella stessa occasione è stato dichiarato il difetto di giurisdizione - in favore di quello della Corte costituzionale in sede di conflitto di attribuzione - in ordine al vincolo assoluto di inedificabilità previsto dall'art. 2 del decreto che, sia pur temporaneamente stabilito, appariva estraneo ai mezzi di tutela previsti dalla legge n. 1497.

²⁹ Cfr. decreto ministeriale 21 settembre 1984, nono capoverso, *Gazzetta ufficiale* n. 265 del 26 settembre 1984, p. 7980.

³⁰ Cfr. T.A.R. del Lazio, II Sez., 31 maggio 1985 n. 1548, *Foro it.*, 1985, III, c. 252; cfr. anche T.A.R. Campania 7 agosto 1985, *ivi* 1985, III, c. 244.

Il mancato annullamento di tale vincolo, ha peraltro comportato che il Ministro per i beni culturali e ambientali ha continuato ad adottare i relativi decreti previsti dall'art. 2 del decreto (i.c.d. « Galassini »), i cui effetti sono stati poi recepiti dalla successiva legislazione «di emergenza» adottata a seguito dell'intervenuta pronuncia del Giudice amministrativo che aveva rimesso al legislatore la possibilità di adottare statuizioni di simile portata.

Non poche amministrazioni locali di fronte ad un simile provvedimento, che in alcuni casi ha reso del tutto in edificabile l'intero territorio di rispettiva pertinenza, si sono rivolte al giudice amministrativo chiedendone in prima istanza la sospensione dell'efficacia e, successivamente, il suo annullamento ed i Tribunali amministrativi hanno concesso in non pochi casi i provvedimenti cautelati richiesti, evidentemente sensibili alle esigenze operative connesse al blocco totale o parziale di ogni attività edilizia, ivi ricomprese anche le opere pubbliche.

In presenza di questo quadro, ormai storico, occasioni di riflessione devono trarsi dalla successiva normazione frettolosamente adottata a mezzo del decreto legge 27 giugno 1985 n. 312 (emanato meno di un mese dopo la pubblicazione della decisione del T.A.R. Lazio) che presenta, anche nelle sue successive vicende, i caratteri propri della legislazione della « nuova emergenza » nel senso indicato.

Anche in questo caso, infatti, si prende le mosse da una normazione esistente, per lungo tempo « trasgredita » in fase applicativa a causa di omissioni e disapplicazioni, sino al punto da determinare una situazione non più sostenibile nel contesto socio-culturale su cui si incardina lo « Stato-ordinamento ».

A tale situazione, improvvisamente divenuta pericolosa, si è reagito superando anche i limiti consentiti dalla stessa normativa vigente, probabilmente non idonea a fronteggiare una reale situazione di emergenza e, forse, anche culturalmente superata. Di fronte alla caducazione delle misure amministrative adottate, le stesse vengono riproposte sotto forma di norme di legge, dal carattere squisitamente provvedimentale (sia pure sotto un profilo regolamentare).

Ed il decreto legge 27 giugno 1985 n. 312 è lo specchio fedele di tale fenomeno: l'art. 1, primo comma ripropone con poche integrazioni l'indicazione delle stesse categorie di beni da sottoporre alla tutela della legge n. 1497 del 1939.

La normativa dettata dal decreto ha un contenuto assai scarso in linea con la sua funzione essenziale di un mero intervento tampone

(« di emergenza » diremmo ora), diretto ad evitare il verificarsi di ulteriori danni al patrimonio ambientale all'interno delle categorie di beni espressamente individuati.

Anche per il decreto legge, ricordarlo appare oggi solo un esercizio storico. La legge di conversione (L. 8 agosto 1985 n. 431) ben poco ha mantenuto dell'originaria previsione, aggiungendo, con dubbia tecnica legislativa, anche se ormai ricorrente, all'art. 1 un art. 1 bis ed altri fino al 1 sexties, oltre all'art. 2.

Sui contenuti prescrittivi di questa legge si è a lungo dibattuto: appare pertanto sufficiente soffermarsi soltanto sui profili problematici connessi al regime applicabile alle opere pubbliche.

Anche queste, infatti, sono assoggettate ai vincoli della « legge Galasso », e, pertanto, anche ad esse si applica il duplice regime dei vincoli (di inedificabilità assoluta - art. 1 *ter*, 1 *quinquies* - o autorizzatorio art. 1).

Con la nuova legge n. 431 del 1985, possono quindi delinearci, per le opere pubbliche, i seguenti, differenziati regimi giuridici:

a) opere statali da realizzarsi in aree assoggettate ai vincoli di cui all'art. 1 della legge: in tali ipotesi, l'esecuzione delle opere è subordinata all'acquisizione della prescritta autorizzazione. Peraltro il provvedimento abilitativo è riconducibile alla prevalente competenza del Ministro per i beni culturali e ambientali, che ha il potere di rilasciare o negare, entro 60 giorni, l'autorizzazione richiesta « anche in difformità dalla decisione regionale ».

Questa fase procedimentale, pertanto, se pure deve intendersi come necessaria, non ha alcun contenuto vincolante, non potendo disporre degli effetti dell'atto finale, i quali risultano conformati solo dal provvedimento statale, che potrebbe anche esprimersi negativamente pur in presenza di un atto regionale positivo (o viceversa).

Giova segnalare che l'indicato regime particolare non pertiene alle sole opere pubbliche statali, ma si estende a tutte le opere da eseguirsi da parte di amministrazioni statali, pur non avendo necessariamente i caratteri delle « opere pubbliche »;

b) opere pubbliche non statali, da realizzarsi in aree assoggettate ai vincoli di cui all'art. 1 della legge n. 431 del 1985: l'esecuzione degli interventi in questione è subordinata all'acquisizione della prescritta autorizzazione, da attenersi secondo le procedure ordinarie (richieste alla Regione e competenza solo sostitutiva, decorsi i termini previsti, da parte dello Stato) e non secondo il particolare regime, di cui sopra

s'è detto, ora riservato alle sole opere statali;

c) opere statali e non statali, da realizzarsi nelle aree individuate ai sensi degli artt. 1 *ter* e 1 *quinquies*: poiché il vincolo di inedificabilità assoluta, vigente in tali zone, può venir meno solo con l'adozione degli strumenti paesistici previsti dalla normativa stessa e non sussistendo peculiari regimi di deroga, dovrebbe ritenersi che sino al momento dell'entrata in vigore degli strumenti paesistici stessi, nessun intervento possa essere intrapreso, quale che sia il soggetto attuatore (amministrazione statale o regionale). Va peraltro segnalato come la più attenta dottrina ritenga ammissibile il superamento di tale preclusione operativa in virtù del principio generale di revocabilità (e quindi di modificabilità) degli atti amministrativi che sono presupposto delle limitazioni legislative³¹ (cioè i c.d. « Galassini », adottati ai sensi dell'art. 2 del D.M. Galasso e provvedimenti regionali adottati ai sensi dell'art. 1 *ter* della legge 431).

6. In particolare: vincoli e limiti dettati dalla legge « Galasso »

L'entità delle limitazioni all'uso del territorio che la L. 8 agosto 1985 n. 431 determina, appaiono di indubbio rilievo e meritano alcune riflessioni a carattere generale e attuativo.

Le previsioni vincolistiche dell'art. 1 estese a beni indistinti e senza limiti di tempo, possono riproporre il problema della loro legittimità costituzionale ai sensi dell'art. 41 Cost. Non solo: il carattere proprio del « bene paesaggio » tutelato dall'art. 9 Cost., di essere qualcosa di individuo che trova la propria qualificazione in virtù della singolarità che lo caratterizza e che concreta l'interesse pubblico generale atto a modificare i caratteri propri del diritto di proprietà, può indurre a perplessità sulla correttezza costituzionale, di un vin-

³¹ In questo senso v. TORREGROSSA, in *Atti del Convegno di Salerno, cit.*, secondo il quale l'autorizzazione dovrebbe essere ritenuta ammissibile per la considerazione che « i vincoli in esame sono imposti con atto amministrativo, o delle regioni o del Ministero dei beni culturali, non avendo l'art. 1 *quinquies* legificato i vincoli dell'originario decreto Galasso, ma soltanto proceduto alla loro giustificazione. Siamo, quindi, in presenza di atti amministrativi, e, come tali, essi possono essere revocati. Se dunque è possibile la revoca *in toto*, si deve ammettere l'autorizzazione ad una loro trasformazione, che costituisce una sorta di revoca parziale del vincolo di inedificabilità assoluta.

colo applicato ad intere categorie di beni, la cui matrice sembra in contrasto con la prescrizione costituzionale (art. 9 secondo comma) nella quale trova la fonte della propria legittimazione.

Ulteriori spunti di dubbio nascono da alcuni aspetti applicativi della nuova disciplina che, per ragioni di sola urgenza - a meno che non si voglia ridurre l'emergenza a questo solo significato - non si è posta alcun problema di coordinamento con la normativa vigente e con le situazioni in essere. In assenza di un preciso regime applicabile, il sopravvenire della sanzione penale, con il richiamo all'art. 20 della L. 22 febbraio 1985 n. 47, ha determinato la paralisi di ogni attività inerente le opere pubbliche in corso da parte delle Amministrazioni appaltanti, onde evitare ogni possibile rischio di coinvolgimento nell'eventuale azione penale.

Già in altra sede, in un Convegno tenutosi di recente a Salerno, dedicato espressamente al tema dei primi effetti della legge Galasso, autorevoli rappresentanti del Ministero dei lavori pubblici, hanno denunciato questo stato di blocco verificatosi nonostante l'apprezzato sforzo, in assenza di norme di interpretazione autentica, o più semplicemente a carattere transitorio, di effettuare in via amministrativa una ricostruzione del sistema che interpretasse il carattere « provvedimentale » della L. 8 agosto 1985 n. 431.

Si è infatti ritenuto sottrarre alle sue prescrizioni le opere pubbliche iniziate, per le quali fosse stato già acquisito il parere del Ministro per i beni culturali ed ambientali, ai sensi delle già ricordate circolari della Presidenza del Consiglio dei ministri. Essendo state tali opere già esaminate sotto il profilo della tutela ambientale, non potevano essere nuovamente soggette alla procedura autorizzatoria.

Sforzo lodevole e costruttivo, ma circoscritto al solo ambito della amministrazione procedente per la natura dell'atto emanato, inteso a regolare quel coordinamento con la normativa vigente che era stato non solo trascurato, ma deliberatamente omesso, in sede di redazione della L. 8 agosto 1985 n. 431.

7. La *ratio legis* nella lettura degli atti parlamentari

Dalla lettura degli atti parlamentari che accompagnano i lavori per la conversione in legge del decreto 27 giugno 1985 n. 312, emerge la fretto-

losità di un esame³² reso ancor più rapido e sommario, avanti il Senato, dalla necessità di adottare le correzioni e le modifiche introdotte dalla Camera dei deputati al testo originario senza possibilità di alcuna revisione critica, per la ormai prossima scadenza del termine della conversione. Ma nonostante questa urgenza³³ il problema degli effetti della nuova normativa sulle opere pubbliche in corso non risulta trascurato. Si deve anzi sottolineare che, in relazione alla restrizione dei tempi posti alla discussione, il problema è stato più volte ripreso e sviluppato da diverse angolazioni, anche se con una certa improprietà di linguaggio, alla ricerca di una conclusione che, peraltro, risentendo dello sforzo di trovare una soluzione dialettica, può dirsi sostanzialmente errata.

Ancor di più, il problema della incidenza della nuova disciplina sulla realizzazione delle opere pubbliche è stato in particolare considerato da un duplice punto di vista. Il primo - di minor rilievo in questa sede pur rappresentando un problema di carattere generale - è

³² In tal senso la premessa del relatore MEZZAPESA nella seduta del 31 luglio 1985, *Atti Giunte e Commissioni*, n. 389 (Commissione VII Istruzione) 142°, p. 24.

³³ Cfr. la dichiarazione del Sottosegretario GALASSO *ivi*, p. 25 e con diversità di toni gli interventi del Senatore MITTERDORFER (*ivi*, p. 26 e nel 343° resoconto sommario del 2 agosto 1985, p. 21) che protesta per il fatto che il Senato è sostanzialmente costretto ad approvare il testo approvato dalla Camera senza possibilità di emendamenti. Vedi, inoltre, l'intervento del Senatore RUFFINO, (p. 27) e del Senatore ULIANICH, (p. 27 della 142° seduta del 31 luglio cit.) e le dichiarazioni conclusive del relatore MEZZAPESA circa la « gravissima responsabilità che ci si assumerebbe nel non approvare il testo trasmesso dalla Camera » e l'intervento del Sottosegretario GALASSO per « la crisi politica » ed amministrativa che deriverebbe dalla reiezione del decreto ». Per superare queste difficoltà viene pertanto suggerito che, almeno alcuni degli ostacoli potrebbero essere superati in via amministrativa oppure mediante la predisposizione di un ordine del giorno del Governo, cosicché, a fronte del parere contrario dei relatori su tutti gli emendamenti (cfr. intervento del Senatore BOGGIO), viene « rilevato che il carattere dei lavori parlamentari non rende possibile una modifica del procedimento » sì che si « rinnova l'invito a trasformare gli emendamenti in ordine del giorno » (Senatore BOGGIO 343° resoconto sommario del 2 agosto 1985, p. 19) «che verrebbe accolto dal Governo» (conclusioni del Senatore GALASSO, *ivi*, p. 19). Va ricordato che la stessa necessaria rapidità e l'adozione di un ritmo di lavoro condizionato dalla prossima scadenza dei termini, era stato presentato anche nel corso della discussione di fronte all'altro ramo del Parlamento. Indicativo al riguardo, in tema di opere pubbliche è l'intervento dell'On. MANFREDI, *Atti parlamentari Camera dei deputati*, 25 luglio 1985, pgg. 36-37 e 42-44), nonché le dichiarazioni del relatore della IX Commissione, On. FORNASARI, e dell'On. ALBERGHETTI (*ivi* rispettivamente pgg. 42 e 43), che per le opere in corso affermano trattarsi di un problema non attuale o che comunque non esistono problemi, in quanto quelle opere sono fatte totalmente salve.

conseguente al tentativo di introdurre, ai fini della redazione di quello che sarebbe diventato il settimo comma dell'art. 1 della legge di conversione³⁴, la possibilità di una deroga³⁵ atta a facilitare la realizzazione delle opere pubbliche di competenza statale e locale; il secondo, volto a precisare l'inapplicabilità della normativa introdotta con questo strumento di urgenza alle opere in corso.

Fin dalla prima riunione delle Commissioni istruzione e lavori pubblici in sede riunita, il relatore della Commissione lavori pubblici, oltre a precisare espressamente che « la nuova disciplina si estende soltanto alle iniziative che abbiano preso avvio dopo la emanazione del decreto legge ora in fase di conversione »³⁶, non mancava di ricordare, una volta riconosciuto che « la logica del provvedimento è quella della misura di emergenza volta a collegare la legislazione vigente alla nuova legge quadro già all'esame del Parlamento »³⁷, la necessità di identificare l'ambito di efficacia temporale delle disposizioni, ma solo quanto al termine ultimo di applicazione.

Nel quadro di una ricostruzione intesa, ad evitare una accusa circa la conflittualità eccessiva che poteva seguire alla introduzione del nuovo sistema, si era osservato, che « provvedimenti di questo tipo segnano invece la precostituzione di elementi essenziali per la valorizzazione e il potenziamento della vita economica e sociale »³⁸ ed era

³⁴ «Qualora la richiesta di autorizzazione riguardi opere da eseguire da parte di Amministrazioni statali, il Ministro per i beni culturali ed ambientali può rilasciare o negare per le opere in corso, entro 60 giorni, l'autorizzazione di cui all'art. 7 della L. 29 giugno 1939 n. 1497, anche in difformità della decisione regionale».

³⁵ L'art. 1 del D.L. 27 giugno 1985 n. 312 recitava sul punto «per le opere da eseguirsi da parte di Amministrazioni statali o comunque insistenti su aree del Demanio statale, il parere si intende reso favorevolmente qualora gli organi del Ministero per i beni culturali ed ambientali non si siano pronunciati entro 20 giorni dalla data del ricevimento del progetto». In un primo tempo era stato modificato, eliminando il richiamo alle opere insistenti su aree del Demanio e correggendo nei termini procedurali il regime del silenzio assenso. Sui problemi successivamente emersi cfr. il dibattito avanti le Commissioni istruzione e lavori pubblici, del 30 gennaio 1986 (*Bollettino commissioni*, p. 13) nell'esame della proposta di legge presentata da BOTTA e ROCELLI, sull'interpretazione autentica della L. 8 agosto 1985 n. 431, la cui opportunità era stata anche valutata favorevolmente dal sottosegretario GALASSO, per « andare ad interpretazioni autentiche che sdrammatizzano l'attuale sistema ».

³⁶ *Bollettino Commissioni* 10 luglio 1985, p. 10.

³⁷ Intervento dell'On.le BASSANINI, *ivi*, p. 14.

³⁸ Dichiarazioni dell'On.le GALASSO, *Atti parlamentari Camera*, seduta del 25 luglio 1985, p. 11.

stata presentata una proposta di modifica volta a garantire, fra l'altro, che « i vincoli di cui al quinto comma del presente articolo non si applicano ai lavori e alle opere in corso di esecuzione alla data di entrata in vigore del D.L. 27 giugno 1985 n. 312 »³⁹.

In sede di replica è stato, peraltro, osservato che l'emendamento proposto si presentava del tutto ovvio « non potendo configurarsi come retroattivo un vincolo che si pone con il decreto che abbiamo oggi al nostro esame. C'è di più: se fosse approvato questo testo, sarebbero escluse tutte le opere, che allo stato, abbiano avuto l'assenso amministrativo ma non abbiano iniziato i lavori, opere che, alla data di entrata in vigore del decreto, non erano soggette a vincolo in quanto assentite amministrativamente »⁴⁰. Conseguentemente, l'emendamento veniva considerato « pleonastico » e si invitavano i presentatori a ritirarlo, con l'avviso che in caso diverso il parere della Commissione sarebbe stato contrario.

Conclusione, questa, in contrasto con la premessa stessa del discorso, che avrebbe invece dovuto condurre ad una correzione dell'emendamento e non al suo rigetto⁴¹.

Identica presa di posizione ebbe ad assumere il Sottosegretario Galasso al Senato: a fronte della espressa richiesta di cosa sarebbe successo « per i lavori pubblici e per le opere private in corso di effettuazione »⁴², aveva espressamente affermato: « se sono state rispettate le circolari della Presidenza del Consiglio rimangono valide le autorizzazioni già concesse e relative alle opere pubbliche... » facendo altresì presente che « nessuna opera pubblica è stata bloccata »⁴³.

³⁹ Modifiche presentate dagli On.li COMIS, ROCELLI, FERRARI, SILVESTRI, *Atti ult. cit.*, p. 19.

⁴⁰ Replica del relatore FORNASARI, *loc. cit.*, p. 27.

⁴¹ Nello stesso senso, nella asserita certezza che le opere in corso siano fatte salve dal provvedimento, cfr. ALBORGHETTI, *ivi*, p. 43, ma anche le caute perplessità del LABRIOLA che, nel contrasto tra gli interessi della tutela dell'ambiente e la realizzazione di opere pubbliche, auspica che il relatore presenti « una norma (un subemendamento o quel che le Commissioni, in modo unitario, ritengono di fare) per assicurare che non nascano questioni ».

⁴² Intervento del Sen. RUFFINO, *Atti Senato, Giunte e Commissioni*, 31 luglio 1985, p. 27.

⁴³ *Atti loc. cit.* Con una certa improprietà, ma con chiarezza, quanto al reale contenuto, merita ancora ricordare l'intervento del Senatore RUFFINO (*Atti Senato*, 343° resoconto sommario 2 agosto 1985, p. 18) che, illustrando alcuni emendamenti, non trascura di mettere in luce « come l'VIII Commissione permanente abbia condizionato il proprio parere favorevole ad una disciplina vincolistica quelle opere pubbliche e private i cui progetti siano stati già approvati all'atto di emanazione del decreto ».

8. Ambito di applicabilità della legge « Galasso » alle opere in corso

In presenza di questa presa di posizione, non solo generalizzata ma, come si è visto, precisa e puntuale nella formulazione del quesito e nella risposta allo stesso, occorre ora considerare gli effetti del silenzio della L. 8 agosto 1985 n. 431 sulle opere in corso che, nello stato di incertezza che attualmente preoccupa sia le Amministrazioni che gli operatori, risulta aggravato da alcuni interventi giurisprudenziali non del tutto meditati. È stato già ricordato che l'orientamento del Consiglio di Stato è stato sempre quello di distinguere in tema di applicabilità di nuovi regimi alle opere in corso a seconda che si tratti o no di opere già iniziate al momento dell'entrata in vigore della legge: nel primo caso esse sono fatte salve, mentre in presenza di opere non ancora iniziate è necessaria una nuova autorizzazione.

Tuttavia, nonostante questo dichiarato orientamento della giurisprudenza amministrativa, in sede penale, la nuova disciplina ha trovato applicazione anche alle opere già in corso. Per stare infatti ad un caso, sorto non appena entrata in vigore la nuova disciplina e che ha mobilitato per più giorni la stampa quotidiana⁴⁴, basti ricordare le vicende attinenti la realizzazione di una importante infrastruttura autostradale, il cui progetto approvato dal Ministro dei lavori pubblici aveva ricevuto in precedenza i benestari richiesti, ivi compresi quelli degli organi preposti alla tutela dei beni ambientali e delle bellezze naturali.

Intervenuta la L. 8 agosto 1985, n. 431, era stato disposto il sequestro di tutta l'area interessata dalla realizzazione dell'opera, imputandosi agli esecutori il reato di distruzione di bellezze naturali in quanto il tracciato interessava un'area boschiva come tale rientrante nella previsione dell'art. 1.

Sull'episodio si è pronunciata in questi giorni in sede di riesame del provvedimento del Tribunale della libertà, la Corte di cassazione⁴⁵ con una decisione, che può, a buona ragione, ritenersi fondamentale in materia.

La Corte suprema ha rilevato anzitutto l'anteriorità dei nullavoti rila-

⁴⁴ V. la stampa quotidiana nel mese di settembre sulla vicenda relativa alla bretella Fiano Romano-San Cesario (v. Corriere della Sera 7 settembre 1985, Messaggero 8 settembre 1985, La Stampa 24 settembre 1985).

⁴⁵ Cass. pen., II Sez., 14 dicembre 1985 n. 4723, ined. per quanto consta.

sciati rispetto alla data di entrata in vigore della L 8 agosto 1985 n. 431 ed ha messo in risalto le prescrizioni che i nullaosta stessi contenevano circa la tutela dei beni ambientali. Da ciò ne consegue, che «il progetto ha ricevuto, nella specie, tutte le autorizzazioni e le approvazioni funzionali alla salvaguardia degli interessi perseguiti dalle « norme penali » sì che « il sopravvenire di una nuova normativa potrebbe solo legittimare le ripetizioni di valutazioni già operate dagli enti competenti ».

A questo proposito la Cassazione richiamandosi ai principi fondamentali cui deve essere informata la condotta del giudice penale, ha precisato che lo stesso « non può certo sostituire, a fronte del corretto esercizio del potere di gestione della pubblica Amministrazione, le proprie valutazioni di merito a quelle proprie della pubblica Amministrazione ».

La sua funzione infatti « non si identifica in una attività gestionale, che sarebbe poi caratterizzata dalla irresponsabilità ». Ciò stante, la Corte ha annullato i provvedimenti impugnati, dato che la norma sopravvenuta avrebbe, se del caso « potuto stimolare un'attività di autotutela della pubblica Amministrazione, con l'esercizio dei poteri di revoca, di rimozione e di riforma, ma mai rappresentare la legittimazione di un impegno del Giudice penale « la cui funzione si identifica in una attività di controllo dall'esterno di un'attività gestionale demandata ad altri poteri, improntata ai valori della legalità e al rispetto delle competenze proprie degli altri poteri dello Stato ».

Questa vicenda, caratterizzata anche dall'accentuazione del collegamento fra responsabilità ed esercizio di funzioni⁴⁶, porta, ancora una volta, a riflettere, oltre che sui limiti della c.d. supplenza del giudice, se nell'esame della più recente legislazione, caratterizzata da una frammentarietà degli interventi e da una redazione tecnica non sempre precisa e coerente, non si debba aver particolare riguardo, oltre alla ricerca di un autonomo linguaggio e di una logica di settore, di cui queste norme sono indici rappresentativi,⁴⁷ anche a determinate carenze del dettato normativa.

⁴⁶ Sul particolare tema del collegamento tra responsabilità ed esercizio di una determinata funzione cfr., in relazione al suo trasferimento, FIORELLA, *Il trasferimento di funzioni nel diritto penale dell'impresa*, Firenze, 1984, *passim*.

⁴⁷ IRTI, *I frantumi del mondo*, cit., p. 237.

9. Problemi di diritto transitorio: nella legge « Galasso »

Fra le varie alternative presenti, in sede di redazione del testo legislativo, al fine di risolvere i problemi pratici che il sopravvenire di una nuova legge determina con riguardo alle situazioni in via di svolgimento, i criteri seguiti non si palesano univoci, facendosi a volte capo alla vecchia disciplina (ad es. gli artt. 138 e 166 disp. trans. Cod. civ.); introducendosi ancora il nuovo regime anche per i rapporti in corso (cfr. ad es. l'art. 151 Cod. civ. in cui la normativa del nuovo Codice è stata invece estesa ai rapporti in corso); accogliendosi infine ora l'uno ora l'altro criterio (cfr. gli artt. 224 e 230 L. 15 maggio 1975 n. 151)⁴⁸.

Questa osservazione permette una prima conclusione: nella legislazione di questi ultimi anni, l'affrettata redazione di testi legislativi « di emergenza », nel senso già ricordato, ha portato a trascurare - e la legge Galasso non è l'unico esempio - l'inserimento di norme che, in occasione del mutamento legislativo, avessero ad oggetto le situazioni giuridiche pendenti nel momento in cui aveva inizio l'efficacia della nuova norma, e, per contenuto, la disciplina delle stesse⁴⁹.

Sono illuminanti al riguardo le vicende della normazione per frammenti successivi, proprie della legge antimafia: dopo una iniziale omissione di ogni regolamentazione a carattere transitorio, si è dovuti pervenire, sotto la spinta dei problemi pratici della vita quotidiana, ma anche qui solo per approssimazione successiva, ad un intervento conclusivo informato ad una regola dotata di una certa coerenza al suo interno.

Ma queste due vicende, oltre le osservazioni sul metodo, permettono all'osservatore di formulare ancora alcuni rilievi.

Il primo rappresentato dalla circostanza che la norma transitoria è di necessità temporanea: temporanea, in quanto si risolve nella legge singolare di determinate fattispecie già esistenti e perciò « destinate ad esaurirsi in una con il progressivo esaurimento della fattispecie concreta da essa contemplata »⁵⁰.

In questa prospettiva, del tutto particolare e fuori da ogni previsione, appare essere il costo al quale l'impresa, che si trova ad operare in questa situazione, viene ad essere assoggettata.

⁴⁸ RESCIGNO, *Manuale di diritto privato italiano*, Napoli, 1982, p. 16.

⁴⁹ Per la definizione delle disposizioni transitorie in senso proprio, cfr. RESCIGNO, *Disposizioni transitorie, sub voce*, *Enc. dir.*, Vol. XIII, c. 227 e dottrina ivi citata.

⁵⁰ Cfr. RESCIGNO, *op. cit.*, c. 228.

Non si tratta più di sottostare a conseguenze, negative ma corrette, sul piano della tutela della rilevanza di interessi costituzionalmente protetti, conseguente al conflitto fra norme di diversa efficacia, bensì dell'onere di subire una situazione di incertezza e di subalternità completamente estranea alla regola del gioco nel quale la singola iniziativa economica ha avuto inizio.

Nel nostro caso, se era del tutto esatto e rispondente ai principi fondamentali dell'ordinamento, sostenere che l'introduzione del sistema della legge Galasso avveniva « in attuazione di precisi valori costituzionali, non solo quelli contemplati dall'art. 9 della Costituzione... ma anche quelli che emergono dai limiti che l'art. 41 impone all'esercizio del diritto di proprietà »⁵¹, diverso appare il vincolo che nel caso l'impresa - e attraverso essa il sistema - ha subito, o corre il rischio di subire, per incertezza e carenza della normativa transitoria.

Un secondo profilo attiene invece alla circostanza che, anche se le due leggi ora indicate appaiono accomunate da una ricorrente improprietà tecnica nella stesura della normativa transitoria, diversi ne sono i presupposti e quindi l'incidenza sulle situazioni in corso. Nella legge 8 agosto 1985 n. 431 è stato infatti coscientemente omesso di porre una disciplina, sul presupposto che l'interpretazione avrebbe permesso un corretto uso dei principi generali. Questo è puntualmente avvenuto in sede amministrativa in occasione della circolare del Ministero per i beni culturali e ambientali del 31 agosto 1985. Ma quello di cui non si è tenuto conto in sede di redazione della legge n. 431 del 1985 è stata la confusione, che appare ora chiara alla lettura degli atti parlamentari, fra norma transitoria e norma di attuazione.

Dagli interventi ora riportati, emerge, nel tentativo di risolvere il problema con mezzi obiettivamente impropri, come la trasformazione degli emendamenti proposti in ordini del giorno, ovvero nell'auspicio che gli ostacoli sarebbero stati superati in una via amministrativa non meglio identificata⁵², la trasposizione, sul piano concettuale, di caratteristiche proprie delle norme di attuazione con la norma transitoria. Anche se talvolta una singola norma può avere entrambi i caratteri, diverse ne sono le finali-

⁵¹ Intervento di BASSANINI, *Atti parlamentari Camera dei deputati*, seduta del 25 luglio 1985, p. 52.

⁵² L'unico intervento sul punto tecnicamente corretto appare quello del LABRIOLA, *cit.*, *sub* nota 41.

tà, pur muovendosi entrambe in un ambito materiale prefissato⁵³. Funzione della prima è di far operare una diversa norma, mentre la seconda ha il fine di regolare determinati rapporti pendenti nell'arco di tempo che separa due discipline. Basta tener presenti questi caratteri, per acquisire certezza che il problema, emerso ora in tutta la sua gravità, non poteva essere risolto con un rinvio quasi «fideistico» alla certezza della salvezza delle opere in corso, sì che alla ripresa dei lavori parlamentari è stata presentata una proposta di legge⁵⁴ che, nel dare l'interpretazione autentica a tale fine, contiene sia norme a carattere transitorio che di attuazione (artt. 1 e 2).

10. Nella c.d. legge antimafia

A sua volta nella legislazione c.d. antimafia si è preso spunto, nel corso di uno dei primi interventi correttivi della normativa iniziale, dalla trasformazione di un determinato comportamento in fattispecie penale, per dettare una normativa transitoria relativamente ai subappalti e ai cottimi in corso alla data di entrata in vigore della legge, estendendo il regime sanzionatorio penale ai casi di prosecuzione del rapporto « in carenza di titolo autorizzativo » dopo la scadenza di un determinato periodo (90 giorni da tale data).

Tuttavia, mentre l'originaria formulazione non conteneva alcuna disposizione transitoria, per l'applicazione della sanzione pecuniaria con riguardo ai subappalti e ai cottimi stipulati senza autorizzazione e ancora in corso di esecuzione, in quanto la previsione del divieto di retroattività di cui all'art. 1 della L. 24 novembre 1981 n. 689 rendeva tali contratti assolutamente refrattari alla nuova disciplina⁵⁵, diverso è, ancora una volta, il caso della L. 8 agosto 1985 n. 431. Qui, l'emergere di nuovi interessi protetti, non accompagnati dalla necessaria chiarezza del testo normativa si è tradotto, nella pratica, nella esposizione di rilevanza penalistica degli esecutori di opere pubbliche o per altro verso, della possibilità di ripensamenti amministrativi che non

⁵³ AMATO, *Disposizioni di attuazione, sub voce, Enc. dir.*, vol. XIII, pgg. 209 e ss.

⁵⁴ Camera dei deputati, n. 3227 proposta presentata il 16 ottobre 1985 di iniziativa dei deputati BOTTA e ROCELLI: e le perplessità, ma anche i riconoscimenti delle situazioni di fatto esistenti emersi nel corso della discussione avanti le Commissioni istruttorie e lavori pubblici in sede riunita (Bollettino Commissioni), 20 novembre 1985, pgg. 6. e ss.

⁵⁵ TAORMINA, *Appalti, subappalti, e cottimi nella legislazione antimafia*, Milano, 1985, p. 30.

giovano all'interesse della collettività, in termini di tempestività della realizzazione dell'opera e di una corretta prevedibilità dei costi.

Anche per quanto attiene la legislazione antimafia, la necessità di intervenire legislativamente in tempi ristretti e una produzione normativa succedutasi in più riprese, hanno fatto sì che l'introduzione nel nostro sistema di una fattispecie di reato al fine di garantire la correttezza e la trasparenza delle pubbliche contrattazioni nel settore degli appalti⁵⁶ abbia comportato, oltre le difficoltà interpretative conseguenti ad ogni nuova norma⁵⁷, ulteriori difficoltà che hanno appesantito - o quanto meno reso più problematici - particolari momenti dell'attività delle imprese impegnate nella esecuzione di opere pubbliche in corso alla data della emanazione di questi provvedimenti⁵⁸.

Basti pensare che all'atto della introduzione di una specifica autorizzazione per i subappalti dal D.L. 6 settembre 1982 n. 629 (art. 21), nulla era stato disposto per le attività in corso. Profilatasi la possibilità di una repentina paralisi nella esecuzione di queste opere, la L. 12 ottobre 1982 n. 726 che aveva fissato un primo termine (di 90 giorni) per ottenere l'autorizzazione ai subappalti in corso, veniva poi modificata dalla L. 23 dicembre 1982 n. 936 che fissava il termine di 30 giorni per chiedere l'autorizzazione e quello di 60 giorni per rilasciarla; la prosecuzione di lavori in subappalto senza autorizzazione costituiva quindi reato. Si indicava inoltre nella Prefettura l'organo abilitato a certificare in materia.

L'imprenditore che ricorda quell'inverno 1982-1983, ha ancora in mente l'affannoso rincorrersi per le Prefetture, i pur lodevoli sforzi della burocrazia, i dubbi circa i limiti oggettivi di estensione delle attività che potessero essere considerati subappalti.

Tali dubbi peraltro non sono tutt'oggi dissipati.

⁵⁶ TAORMINA, *op. cit.*, p. 27 e specie p. 77, quando afferma « si tratta di un valore fino ad oggi regolato nei meandri della sparsa legislazione amministrativa concernente gli appalti delle opere pubbliche e che l'esigenza di combattere l'infiltrazione mafiosa ha fatto emergere come "bene" necessitante della protezione penale ».

⁵⁷ Per un'ampia ricognizione dei vari problemi conseguenti alla terminologia usata dalla legislazione antimafia cfr. la relazione di GEREMIA, in *Atti del Convegno Cerisop, L'art. 21 della L. 13 settembre 1982 n. 646 e il nuovo regime dei subappalti e dei cottimi*, Milano, 1983.

⁵⁸ Per un esempio della situazione verificatasi nel mare della emanazione dei vari provvedimenti, cfr., prima della L. 23 dicembre 1982 n. 936, i problemi che ponevano per l'imprenditore, a causa della mancanza di un termine entro il quale doveva intervenire l'autorizzazione al subappalto, le soluzioni prospettate da MOSCARINI, *L'art. 21 della L. 13 settembre 1982 n. 645 cit.*, p. 179.

L'applicazione della legge su questo punto è stata puntualizzata dai vari enti appaltanti in modo non sempre coerente, in conseguenza peraltro alla variabilità del concetto di « opera riguardante la pubblica Amministrazione » e di subappalto. Si è così dibattuto a lungo, per esempio, se rientrassero o meno nel subappalto i noli cosiddetti « a freddo » e le forniture con posa in opera, le lavorazioni nelle quali l'attività di « dare » fosse prevalente su quella di « fare ». Il carattere penale delle disposizioni preoccupa chi deve operare, essendosi anche sostenuto, in una interpretazione alquanto forzata, che la nuova disciplina penale del subappalto ha fatto sorgere « il problema della ammissibilità del subappalto in qualsiasi senso »⁵⁹.

Anche se questa tesi si palesa erranea, ove si tenga conto che in tal modo si è solo inteso regolamentare in maniera rigorosa la materia dei subappalti senza metterne in dubbio l'ammissibilità⁶⁰, non vi è dubbio che la materia necessita tuttora di ulteriori interventi legislativi.

Se ormai il tempo ha superato le riserve sulla applicabilità del regime transitorio sollevate in passato⁶¹, merita altresì ricordare che era stato prospettato il dubbio se attraverso tale disciplina erano state rese applicabili retroattivamente sanzioni penali rispetto a fatti non assoggettabili ad alcuna sanzione (in quanto verificatisi prima del 29 settembre 1982), ovvero assoggettabili a sanzioni solo amministrative, perché concesse dopo questa data e fino al 12 ottobre 1982⁶².

Inoltre se questo dubbio⁶³ non ha ragione d'essere in quanto l'autorizzazione va configurata come rimozione dell'ostacolo non alla stipulazione dei contratti bensì alla « ulteriore prosecuzione dei rapporti stessi » (ultimo comma art. 2 *quinquies* cit.), la sola sua proposizione è indice delle perplessità e delle difficoltà proprie di una normativa tormentata nella formulazione, incerta nella ricerca del suo canone ermeneutico fondamentale e il cui succedersi per frammentazioni ha reso ancora più delicata la ricerca di una soluzione soddisfa-

⁵⁹ SILVESTRI-TURCI, *Le norme sull'azione finanziaria della pubblica Amministrazione, legge La Torre e criminalità mafiosa*, *Dem. dir.*, 1983, pgg. 90 e ss.

⁶⁰ TAORMINA, *op. cit.*, p. 27, *sub* nota 2.

⁶¹ Per le varie ipotesi formulate in ragione dell'epoca di stipulazione del contratto di subappalto e di cottimo, cfr. la relazione di CIANI, *Atti del Convegno cit.* pgg. 3 e ss.

⁶² CIANI, *op. cit.*, *sub* nota 13.

⁶³ TAORMINA, *op. cit.*, p. 59.

cente nella disciplina delle situazioni in corso di esecuzione⁶⁴.

Ma, per tornare al tema ancor oggi di estrema attualità, non può tralasciarsi di ricordare la incidenza del ricorso, di fatto obbligatorio, alla certificazione prefettizia prevista dall'art. 20 L. 23 dicembre 1982 n. 936, tale, per la lunghezza dei tempi, da poter essere al limite anche pregiudizievole alla stessa corretta esecuzione dell'appalto. Non sono mancati sul punto suggerimenti volti a individuare soluzioni più razionali che, pur non prescindendo da tale certificazione, fossero in grado di eliminare l'attuale esclusiva legittimazione alla richiesta dell'amministrazione o dell'ente pubblico competente, estendendola anche all'appaltatore e al soggetto terzo interessato ad assumere la veste di subappaltatore o di cottimista.

Su questo punto, resta solo da auspicare che nelle sedi opportune, ora che con la L. 31 gennaio 1986 n. 12, è stata prorogata la durata della Commissione antimafia, i problemi pratici emersi in questi primi anni di applicazione di questa normativa antimafia, vengano considerati, al fine di prospettare soluzioni di maggiore efficacia della norma stessa, nel necessario alleggerimento procedurale.

Un ulteriore aspetto, del quale ancor oggi ci si deve dare carico, è rappresentato dalla mancata differenziazione fra comportamento conseguente a mancanza di autorizzazione e comportamento basato su autorizzazione illegittima.

Alla tesi che mira a tutelare il privato che abbia fatto affidamento sulla legittimità della autorizzazione ottenuta, in base ai contributi emersi in sede di commento alla normativa sulla costituzione di disponibilità all'estero (art. 1 della L. 30 aprile 1976 n. 159) effettuata « senza l'autorizzazione » o con «

⁶⁴ Con la consueta vivezza di accenti v. la presentazione di GIORDANO alla Tavola rotonda del Cerisop, *L'art. 21. cit.*, p. 40 « Anche la legge n. 646, dopo appena tre mesi dalla sua pubblicazione, ha richiesto un nuovo intervento del legislatore: ieri - o l'altro ieri - è stato predisposto, e, sembra, approvato, un disegno di legge concernente integrazioni e modifiche alla legge antimafia. Bisognava infatti dire per i subappalti e i cottimi la forma delle certificazioni e gli organi competenti a rilasciarli; bisognava necessariamente prorogare il termine di 90 giorni previsto dall'art. 21; bisognava assegnare un termine alle Amministrazioni appaltanti per consentire l'autorizzazione al subappalto o al cottimo; bisognava assegnare un termine entro il quale l'appaltatore, che intende subappaltante o affidare a cottimo determinati lavori, deve presentare la richiesta di autorizzazione o chiedere e conseguire le autorizzazioni dei patentini per le guardiane. Questo nuovo testo legislativo riuscirà a rendere più agevole, per gli imprenditori e per gli Enti appaltanti, l'adempimento delle prescrizioni della legge antimafia? ».

autorizzazione indebitamente ottenuta »⁶⁵, si oppone una sostanziale critica.

Si afferma infatti, ma questa volta sembra con una certa punta di massimalismo, che l'ottenimento indebito dell'autorizzazione dà comunque luogo ad un provvedimento illegittimo « giacché da questo punto di vista non ha importanza se la contrarietà alla legge abbia causa dalla condotta del destinatario o di terzi, ovvero dall'organo competente ad adottarlo »⁶⁶.

Se infatti l'autorizzazione fosse solo illegittima, indipendentemente dal concorso di un comportamento del privato, sostenere l'ininfluenza dell'accertamento delle reali cause di tale comportamento, al fine di individuare casi di esenzione da responsabilità penale, sembra introdurre, pur nel richiamo al profilo degli elementi materiali della fattispecie⁶⁷, una grave alterazione dell'elemento psicologico.

Pur nella particolare prospettiva penalistica, questa interpretazione mette in luce, ancora una volta, una conseguenza della circostanza che i provvedimenti contemplati dalla normativa antimafia sono destinati a interessare, per i diversi aspetti, vaste categorie di soggetti. Basti pensare, per quanto attiene i profili più squisitamente civilistici, l'esigenza di non colpire ingiustamente i terzi che siano entrati in contatto, nella diversa veste di finanziatori, fornitori, aventi diritto a determinate prestazioni, con « le articolazioni economiche delle organizzazioni di tipo mafioso, spesso non riconoscibili come tali a priori e dall'esterno dai comuni cittadini »⁶⁸.

11. L'emergenza « finanziaria »: innovazioni ad istituti del settore delle opere pubbliche nella legge n. 41 del 28 febbraio 1986: in particolare, innovazioni alla disciplina della revisione prezzi

⁶⁵ LANDI, *Profili costituzionali ed amministrativi delle disposizioni penali in materia di infrazioni valutarie*, Riv. soc. 1976, p. 674, che fra l'altro mette in luce le conseguenze di una curiosa normativa penale «a singhiozzo» antesignane di quelle di cui si occupa. Sul riflesso privatistico di questa norma, v. OPPO, *Ordinamento valutario e autonomia privata, il sistema valutario italiano*, Milano, 1981, p. 367. Sulla proposta di modifica del sistema, cfr. la relazione alla 2ª Conferenza valutaria nazionale, tenutasi in Genova l'8 e il 9 novembre 1985.

⁶⁶ TAORMINA, *op. cit.*, p. 152.

⁶⁷ TAORMINA, *op. cit.*, p. 153.

⁶⁸ MARSANO, *Profili commercialistici della nuova legge antimafia*, Riv. crit. dir. priv., 1985, p. 412.

Sotto diverso profilo, ulteriori problemi emergono dalla legge finanziaria in corso di definitiva approvazione, nel cui contesto sono state introdotte sostanziali modifiche ad istituti propri del settore delle opere pubbliche o che presentano per lo stesso uno specifico interesse.

Da questo punto di vista, anche se non si può parlare di legislazione di emergenza nel senso indicato, sembra, almeno stando alla lettura degli scarsi atti parlamentari, che solo motivi di urgenza, dettati da esigenze di carattere finanziario o dalla asserita necessità di « dare un segnale di moralizzazione al settore »⁶⁹, siano alla base di norme, che non trovano un'esatta collocazione nell'ambito della legge finanziaria.

Si intende, in particolare, far riferimento, per quest'ultimo aspetto, all'introduzione, avvenuta all'ultimo momento, di una normativa innovatrice in tema di revisione prezzi e, per altro verso, alla reiterazione della disciplina di autoritarismo nella fissazione delle tariffe e dei prezzi amministrati.

Non può non rilevarsi, al riguardo, specie per quanto attiene la revisione prezzi, che la legge finanziaria sembra essere utilizzata per fini diversi rispetto ai suoi compiti istituzionali, corrispondendo alla improprietà della sede, un testo legislativo estremamente sintetico, la cui lettura suscita dubbi e perplessità circa la completezza della nuova disciplina e la identificazione delle norme tuttora in vigore.

Non v'è dubbio, infatti, che l'apparato normativa, che ha regolamentato fino ad oggi l'istituto della revisione prezzi, si presenta dotato di una sua sostanziale organicità, acquisita con la successione nel tempo delle norme.

Sono note le modifiche che hanno interessato l'istituto della revisione prezzi, con il passaggio da una considerazione in termini « di facoltà » (R.D.L. 6 agosto 1937 n. 1896), in deroga all'art. 326 della L. 20 marzo 1865 n. 2248, all. F, sulla invariabilità del prezzo dell'appalto, alla applicazione inderogabile del regime revisionale (art. 2 della L. 22 febbraio 1973 n. 37) a tutti i lavori appaltati o affidati dalla pubblica Amministrazione alle aziende autonome dagli enti pubblici, compresi quelli locali.

Ma anche se questa non è la sede per analizzare l'istituto revisionale nella sua struttura e nella sua complessità, occorre far cenno al-

⁶⁹ Intervento di ALBORGHETTI, *Resoconto sommario Camera dei deputati*, 31 gennaio 1986, p. 30.

meno alle linee di tendenza che ne caratterizzano la evoluzione⁷⁰ per comprendere l'elemento di sostanziale rottura con il sistema introdotto in sede di legge finanziaria.

Basti ricordare che la L. 10 dicembre 1981 n. 741⁷¹, aveva voluto innovare il meccanismo stesso dell'istituto, al fine di ovviare ad alcune modalità di funzionamento, causa di incertezze applicative, stabilendo che per gli appalti pubblici superiori ai due miliardi « la revisione viene effettuata tenendo conto dello sviluppo esecutivo dei lavori, a tale fine esclusivo predisposto ». Con questo strumento si è predeterminato, con carattere di vincolo, l'adeguamento revisionale, circoscrivendo le uniche possibilità di modificazione all'adeguamento del programma ai casi di sospensiva dei lavori ordinati dall'ente appaltante per fatti non imputabili all'impresa, restando esclusa ogni altra circostanza⁷².

In questa sede interessa rilevare che, nonostante l'evoluzione costante della disciplina revisionale nel corso degli anni (basti pensare alle modalità di pagamento in acconto e al rapporto revisione-anticipazione), la normativa è sempre stata informata al criterio di dare certezza al rapporto ente pubblico-impresa.

Tanto è vero ciò, che il rispetto di questa esigenza ha consentito alla normativa, man mano introdotta, di tenere sempre presente il coordinamento con le attività in essere e la normativa preesistente: in altri termini, non si sono quasi mai posti problemi di diritto transitorio⁷³.

⁷⁰ V. CIANFLONE, *L'appalto, cit.*, pgg. 795 e ss.; per una disamina di giurisprudenza e parere della Commissione revisione prezzi CAPORALE-GIORDANO, *La revisione prezzi negli appalti di opere pubbliche*, Roma, 1974, p. 202.

⁷¹ Sulle innovazioni portate da questa legge v. il commento alla L. 10 dicembre 1981 n. 741, *Le nuove leggi civili commentate*, 1983, p. 995 e DE LISE, *La disciplina della revisione prezzi nella legge n. 41 del 1981, Sistemi di affidamento delle concessioni e degli appalti ed acceleramento delle procedure nell'esecuzione dei lavori pubblici*, Roma, 1982, pgg. 147 e ss.

⁷² Sul punto v. Comm. rev. prezzi, parere 30 giugno 1981 n. 2564 e 30 giugno 1981 n. 2562, *Arch. giur. oo.pp.*, 1982, III, pgg. 446 e 441. In dottrina, v. ACQUARONE, *Rilevanza del programma dei lavori ai fini della revisione nell'appalto di opere pubbliche*, Atti del Convegno *Affidamento ed esecuzione delle opere pubbliche nella L. 10 dicembre 1981 n. 741 sull'acceleramento delle procedure*, Roma, 1983, p. 37.

⁷³ Valga l'esempio delle norme determinanti la c.d. alea revisionale. Di essa si sono occupate le seguenti norme: - art. 2, L. 23 ottobre 1963 n. 1481 che ha fissato la misura dell'alea revisionale per i contratti stipulati in data anteriore alla sua entrata in vigore, cioè entro il 29 novembre 1963; - art. 1 legge su citata n. 1481 del 1963 e art. 3 L. 17 febbraio 1968 n. 93, che hanno fissato la misura dell'alea per i contratti stipulati dal 29 novembre 1963 al 31 luglio 1966 e per i lavori eseguiti sino al 31 dicembre 1968 - art. 1 L. 19 febbraio 1970 n. 76 che ha fissato la misura dell'alea per i

Certamente l'attuale sistema non è privo di pecche, e fonte talvolta di distorsioni, nel caso di una non corretta gestione dell'esecuzione delle opere pubbliche.

In particolare, è indubbio che il sistema previsto dalla citata legge n. 741 del 1981, non sfugge alla critica, avanzata specie dal Ministero del tesoro, di poter presentare un aggravio non controllabile dei costi per gli enti committenti, dato che lo stesso programma dei lavori, pur determinando certezze sullo sviluppo applicativo dell'istituto, non consente però una effettiva previsione di spesa legata all'andamento dei costi.

Questa considerazione e la più generale situazione di tensione del sistema, connessa all'incremento del disavanzo pubblico, ha spinto, di tutta evidenza, all'adozione di una norma-tampone che si è voluto inserire nella legge finanziaria all'esame del Parlamento.

A seguito di alterne vicende, con una motivazione in realtà non coerente con il quadro generale, lo schema di legge finanziaria, approvato alla Camera, inserisce, infatti, una norma che modifica sostanzialmente il sistema revisionate nei suoi connotati strutturali⁷⁴.

Già a questo riguardo, non si possono che ribadire i dubbi circa la legittimità di inserire una tale previsione di riforma nel corpo della legge finanziaria, così quale definita dall'art. 11 della L. 5 agosto 1978 n. 468, di riforma della contabilità generale dello Stato. Ed infatti, se pur è vero che la legge finanziaria è legge formale e sostanziale, e può quindi operare modifiche ed integrazioni a tutte le disposizioni legislative aventi riflessi sul bilancio dello Stato, ciò non di meno dette modifiche dovrebbero essere pertinenti all'anno finanziario cui la legge stessa si riferisce.

La *ratio* stessa della legge finanziaria è infatti proprio quella di ritoccare le norme di spesa vigenti, per contenere il flusso di cassa dello

lavori aggiudicati prima della sua entrata in vigore, 31 marzo 1970 e per la parte eseguita, dal 1° gennaio 1969; - art. 2 legge succitata n. 76 del 1970 che ha fissato la misura dell'alea per i lavori aggiudicati a partire dalla sua entrata in vigore, 31 marzo 1970, fino al 31 marzo 1972, termine, questo, prorogato al 31 dicembre 1973 dall'art. 1 L. 22 febbraio 1973 n. 37, ed ulteriormente al 31 dicembre 1975 dall'art. 6 L. 19 gennaio 1974 n. 9 e, da ultimo, al 31 dicembre 1978 dall'art. 10 *bis* del D.L. 13 agosto 1975 n. 376 convertito in L. 16 ottobre 1975 n. 492; - art. 14 L. 3 gennaio 1978 n. 1, che ha fissato la misura dell'alea per i lavori aggiudicati dopo l'entrata in vigore della legge medesima (15 gennaio 1978).

⁷⁴ V. art. 33 del disegno di legge finanziaria per il 1986 *Atti Camera*, 31 gennaio 1986, pgg. 25 e ss.

Stato in un quadro di compatibilità con le disponibilità per l'esercizio⁷⁵.

Ora l'effetto di una modifica del regime revisionate sui lavori da appaltarsi dopo la legge finanziaria, non può che risentirsi, se pure di risparmi effettivi potrà parlarsi per gli enti committenti, in esercizi futuri.

Sarebbe stata probabilmente più corretta una norma di sospensione totale della revisione per il solo anno 1986, in modo da consentire nello stesso contesto temporale una elaborazione della nuova disciplina più puntuale e coordinata con il sistema precedente.

Inserire una nuova norma a regime, in riforma del sistema precedente, solleva invece contrasti, anche a livello parlamentare⁷⁶. Non a caso la vita di questa norma è stata assai travagliata: nasce come art. 33 del disegno di legge n. 1504 del Senato, relativo alla legge finanziaria per il 1986; in considerazione delle sue implicazioni di carattere generale e non limitato a tale anno finanziario viene stralciato nella seduta del 2 dicembre 1985 e nel testo proposto dalla quinta Commissione permanente (programmazione economica, bilancio, Partecipazioni statali) è stata riproposta come autonomo disegno di legge portante il n. 1504 bis del Senato. Nella discussione della legge finanziaria, con un emendamento approvato all'unanimità il 30 gennaio 1986, la stessa norma, come detto, è stata reintrodotta nella legge finanziaria.

Anche se si è espressamente osservato, da parte del Governo, che la formulazione della norma, di cui si chiedeva l'approvazione, non era la migliore possibile e che essa avrebbe potuto essere migliorata⁷⁷,

⁷⁵ Cfr. in proposito FAZIO, *Il Bilancio dello Stato*, Milano, 1980, pgg. 49 e ss.; BARETTONI ARLERI, *Linee evolutive della contabilità dello Stato e degli Enti pubblici*, Milano, 1980, p. 12, laddove si mette in luce che «il tratto e il limite che caratterizza lo strumento della legge finanziaria è quello della sua funzione primaria, tipicamente contingente e congiunturale, in funzione dell'anno di previsione cui si riferisce». Presupposto della legittimazione di norme inserite in legge finanziaria è quindi, secondo l'autore, « che esse traggano la loro necessità od opportunità con riferimento all'esercizio cui la legge, anch'essa annuale per l'appunto, si riferisce ». Osserva ancora il BARETTONI ARLERI, *op. cit.*, p. 15, che lo « strumento della legge finanziaria non può essere usato, né a fini anticipativi né a fini di stralcio né tantomeno a fini di introduzione di generali o parziali provvedimenti di riforma, in quanto, oltretutto, si lederebbe senza giustificazione il diritto delle Commissioni parlamentari competenti a valutare nel merito delle proprie materie i relativi provvedimenti che, contenuti nella legge finanziaria, sono invece attratti alla competenza della Commissione bilancio ».

⁷⁶ Cfr. Resoconto sommario Camera 31 gennaio 1986.

⁷⁷ Così, espressamente, l'intervento del Ministro del tesoro GORIA il quale ha altresì riconosciuto che il contenuto dell'articolo « dovesse più opportunamente collocarsi

si è ritenuto, usando in pratica lo stesso argomento utilizzato nel corso della redazione della legge Galasso, di dover dar corso a tale modifica per « l'esigenza di rivedere il meccanismo della revisione dei prezzi nell'appalto di opere pubbliche »⁷⁸.

Non è il caso di addentrarsi qui in una valutazione analitica della nuova norma, peraltro ancora non definitiva. Limitandosi quindi, volutamente, ad una prima lettura complessiva dell'ipotizzato nuovo regime, se ne scorge il tratto essenziale nella modifica del sostanziale automatismo che caratterizzava la revisione prezzi, essendo stato reintrodotta un potere generale discrezionale per l'amministrazione, inerente non solo il *quantum* (primo comma) ma anche l'*an* (quarto comma) della revisione.

La formula dell'ultimo comma « sono abrogate tutte le disposizioni in contrasto con la presente legge » lascia poi l'interprete insoddisfatto, per un obiettivo margine di incertezza, che non mancherà di sollevare numerosi problemi nella realtà pratica.

Ma il vero difetto, rilevante, ancora una volta, sotto il profilo della tecnica legislativa, attiene all'esatta individuazione dell'ambito temporale della nuova disciplina. Al secondo comma, infatti, si precisa la sua applicabilità ai lavori da « appaltarsi... », utilizzando un'espressione certamente non corretta.

Incerta è infatti la individuazione dell'effettivo momento cui si riferisce tale locuzione, se cioè essa attenga al momento dell'indizione della gara, ovvero dell'inizio delle trattative in caso di affidamento diretto (ipotesi queste alla previsione del quarto comma), ovvero, se sia relativa al momento della aggiudicazione delle gare alla sottoscrizione del contratto in caso di trattativa privata.

Ulteriore elemento di disagio per l'interprete è rappresentato dal disposto del quinto comma, che rende applicabile la nuova disposizione ai «contratti aventi per oggetto forniture e servizi aggiudicati successivamente all'entrata in vigore» della nuova normativa.

Il richiamo, infatti, *sub specie* di norma transitoria, ai soli contratti aventi ad oggetto forniture e servizi, potrebbe indurre l'interprete a ritenere che il nuovo meccanismo revisionale sia operativo nell'im-

nell'ambito di un provvedimento in materia, già in itinere innanzi al Parlamento », *Atti Camera*, 31 gennaio 1986, 432.

⁷⁸ Così l'intervento del proponente BASSANINI, *Atti Camera*, 31 gennaio 1986, p. 432, cit.

mediato, limitatamente ai lavori pubblici per i quali non è presente una norma temporale ben definita. A ciò si aggiunga che il nuovo meccanismo di revisione presenta alcuni caratteri innovativi sulla stessa economia generale del negozio (quale ad es. la elevazione dell'alea dal 5 al 10%), il che farebbe ritenere che la norma in esame trovi applicazione solo per i lavori per i quali non si sia ancora iniziato o definito un procedimento di aggiudicazione, data, altrimenti, l'alterazione che la sua sopravvenienza comporterebbe alle condizioni contrattuali contenute in una offerta già definita.

Tuttavia, mentre l'aumento della misura dell'area di revisione determina l'abrogazione dell'art. 14 della L. 3 gennaio 1978 n. 1, altri effetti abrogativi non sono parimenti chiari, anche perché nel nuovo sistema vengono prefigurati istituti di revisione autonomi, quali il prezzo chiuso e il prezzo ordinario, non suscettibili della stessa disciplina.

Probabilmente, nel caso di un prezzo chiuso, la predisposizione del programma dei lavori è ininfluente: ma, in presenza del programma dei lavori, sorgono problemi per il suo collegamento con i rilevamenti semestrali dei costi previsti dalla nuova norma e sulle modalità con le quali tali rilevamenti si applicano ai lavori gradatamente eseguiti.

Inoltre, in caso di « prezzo chiuso » (quarto comma), che sembra presupporre un prezzo *a forfait*, l'aumento del 5% è previsto per ogni anno intero: deve quindi presumersi, ad esempio, nel caso di lavori della durata di diciotto mesi, che l'incremento da applicare sia solo del 5%, essendo stato sterilizzato l'ulteriore periodo di sei mesi.

Come ultima osservazione, il regime del « prezzo chiuso » sembra fonte di problemi di non facile soluzione, ove si ponga mente alla difficoltà, non fosse altro, di determinare tale prezzo in assenza di ogni regolamentazione dell'affidamento e della esecuzione della progettazione, momento indifferibile per la fissazione del costo di realizzazione delle opere (cfr. infatti il disegno di legge n. 1004 e il particolare regime previsto dall'art. 4 già ricordato).

In conclusione i momenti di maggiore delicatezza del nuovo regime, ad un primo esame, sembrano siano riconducibili:

- a) all'abrogazione dell'art. 3 della L. 10 dicembre 1981 n. 741, che ha rimesso all'Amministrazione una valutazione discrezionale sul versamento della anticipazione, comunque conteggiata ai fini revisionali;
- b) alla fissazione del termine di decorrenza della revisione – per gli appalti di importo superiore ad un anno - dal momento « successivo

alla aggiudicazione » (terzo comma) anziché dall'offerta, con un'ulteriore difficoltà a carico dell'imprenditore soggetto ai tempi procedurali della pubblica Amministrazione, certamente non prevedibili;

c) alla introduzione del potere di scelta tra contratto a prezzo chiuso e procedure ordinarie (quarto comma), che non solo può comportare la caducazione dell'istituto revisionale, ma lascia ampi margini di dubbio circa il momento nel quale tale facoltà può essere esercitata dalla pubblica Amministrazione.

Pur essendo facile la previsione, per ragioni di politica legislativa, della approvazione dell'articolato ora esaminato, se pur con queste imprecisioni, è anche facile prevedere, in un prossimo futuro, la necessità di norme correttive ed integrative, di disposizioni e di interpretazioni autentiche, per porre riparo alle difficoltà di attuazione che fin d'ora si prospettano.

12. La determinazione autoritativa di prezzi e tariffe al fine del contenimento della spesa pubblica e di lotta all'inflazione

L'ultimo punto di un certo interesse in questa, sia pur rapida panoramica, è rappresentato dalle conseguenze della attuale attitudine ad « amministrativizzare » i prezzi e le tariffe ed al tentativo di « manovrare » prezzi amministrati e tariffe per finalità pubbliche e generali di contenimento della spesa pubblica e di lotta alla inflazione.

Finalità, questa, di estrema rilevanza sotto l'aspetto pubblico, ma che, in quanto esterna al rapporto bilaterale nel cui ambito le tariffe stesse trovano motivazione e disciplina, si presenta come uno dei punti critici di interferenza fra interessi pubblici e privati.

Come è noto, la materia si presenta articolata in una molteplicità di regimi differenziati a seconda delle finalità pubbliche che si intendono perseguire: accanto alla determinazione autoritativa dei prezzi di cui è fulcro la procedura di valutazione del CIP, si collocano altri sistemi di controllo pubblico del prezzo dei beni e servizi, quali ad esempio il regime dei prezzi « fissati » da una Amministrazione pubblica erogatrice e il regime dei prezzi « approvati », come ad esempio i prezzi che i concessionari di servizi pubblici debbono applicare agli utenti.

In questo ambito, è altresì noto che l'incidenza della discrezionali-

tà amministrativa nella dialettica amministrazione concedente - impresa - concessionaria è delimitata, non solo dalla natura di soggetto privato delle imprese che gestiscono la concessione di servizi pubblici, ma dalla circostanza che la potestà tariffaria deve essere attribuita da una espressa previsione di legge. In questi casi è la legge stessa ad aver previsto un intervento pubblico avente ad oggetto il corrispettivo contrattuale del rapporto concessorio tra impresa ed ente concedente e tra impresa ed utenza.

La giurisprudenza ha sempre evidenziato l'esistenza di un diritto della impresa concessionaria all'adeguamento delle tariffe del pubblico servizio agli aumentati costi di gestione. Secondo l'indirizzo della Corte costituzionale il rispetto del principio costituzionale dell'art. 41 impone un obbligo di comportamento alla pubblica Amministrazione che abbia il potere di approvare le tariffe.

L'intervento dei pubblici poteri deve essere esercitato in modo da sacrificare il meno possibile il diritto di impresa e comunque non oltre i limiti del ragionevolmente indispensabile, sicché il primo limite al potere di approvazione di una tariffa « si rinviene nella esistenza stessa della impresa »⁷⁹ il cui diritto costituisce... « un limite di ordine generale da parte di chiunque, pubblica Amministrazione compresa ».

Quest'ultima può effettuare solo un mero riscontro ai fini della congruità del prezzo della tariffa, in funzione anche dell'attività di impresa, in presenza di una « discrezionalità tecnica » legata a criteri di ordine tecnico e relativi apprezzamenti - di tipo scientifico - agevolmente controllabili alla stregua di discipline tecniche⁸⁰.

In questo quadro va accertato se sia legittima l'attuale tendenza ad intervenire per legge, nell'ambito della legge finanziaria, per imporre un aggancio dei prezzi amministrati e delle tariffe al tasso programmato di inflazione: è questo un ulteriore aspetto che è rappresentato dalla tendenza ad intervenire con la manovra antinflazionistica, non solo sui salari e su altre variabili economiche, ma anche con interventi sui prezzi⁸¹.

⁷⁹ Cfr. Cass. civ., S.U., 16 luglio 1985 n. 4151, *Foro it.*, 1985, c. 2206.

⁸⁰ Così Cass. civ. n. 4151, *cit.*; per un inquadramento generale del tema v. CAVALLO - DI PLINIO, *Manuale di diritto pubblico dell'economia*, Milano, 1983, pgg. 529 e ss.; sul punto v. anche BERRUTI, *La istruttoria nei procedimenti di determinazione autoritativa di prezzi o tariffe*, *Riv. amm.*, 1983, pgg. 592 e s.; MELI, *Remuneratività dei prezzi amministrati e libertà di iniziativa economica privata*, *Giur. it.*, 1982, I, 2, p. 333.

⁸¹ V. art. 17 del disegno di legge della legge finanziaria 1986, *Atti Camera dei deputati* 4 febbraio 1985.

Al riguardo è stato già osservato che, sottoponendo alla stessa disciplina situazioni differenti sotto il profilo ontologico e giuridico, si trasforma, attraverso l'aggancio dei prezzi amministrati ad un indirizzo governativo, il regime vigente in un sistema di prezzi pianificati⁸².

Fin qui il sistema di controllo dei prezzi delinea una procedura pubblica, che si fonda su elementi forniti dalle parti e su dati obiettivi prodotti dall'Istat, restando estraneo un intervento programmato su indicazioni preventivamente determinate dalla autorità pubblica. In questo senso la previsione di un aggancio al tasso programmato di inflazione sembrerebbe viziato da illegittimità costituzionale.

Da un lato infatti il sistema sarebbe basato su di un elemento aleatorio; dall'altro, su questo elemento - non corrispondendo l'inflazione effettiva a quella programmata - si fonderebbe una decisione autoritativa con una diretta incidenza sul soggetto privato.

E' chiara quindi la possibilità di un conflitto tra analisi dei costi e indicazioni tratte dal tasso programmato di inflazione.

Ma altro rilievo può muoversi per il fatto di sottoporre al nuovo regime ogni forma di prezzo controllato.

Si è visto che il regime dei prezzi amministrati, sottoposti a determinazione del CIP, e quello dei prezzi controllati dei servizi pubblici presentano caratteri diversi: ad esempio, i prezzi approvati sono uno degli elementi del rapporto di concessione e si inseriscono nel rapporto concedente-concessionario come « prezzo » della concessione, prima ancora che come « prezzo » del servizio reso agli utenti da parte del concessionario.

In questa specifica prospettiva alcune osservazioni critiche sono già state formulate dalla dottrina, avendo riguardo alla prospettata conferma, nella legge finanziaria per il 1986, della previsione di aggancio delle tariffe pubbliche al tasso programmato di inflazione già previsto nella legge finanziaria per il 1985 (L. 22 dicembre 1984 n. 887, art. 14). Riferendosi, in particolare, alla tematica della fissazione dei pedaggi autostradali, si è non soltanto revocata in dubbio la diretta attinenza del problema al tema della manovra degli strumenti contro l'inflazione, ma si è anzi precisato, che il problema è solo « stabilire quanta parte degli oneri scaturenti dalla realizzazione e messa a

⁸² Cfr. SALVATORE, *Prezzi e tariffe amministrati nel progetto di finanziaria*, Cons. Stato 1985, pgg. 1201 e ss. Per una breve sintesi dell'evoluzione del sistema v. MELL, *Prezzi amministrati*, *La nuova Giur. civ. comm.*, 1985, II, p. 362.

disposizione della collettività di infrastrutture di così vitale importanza per l'economia del Paese, debba essere recuperata con la tariffa e quanta parte a carico della collettività »⁸³. Si è messa così in luce la duplice natura di questo prezzo: da un lato è corrispettivo delle opere realizzate dal concessionario, destinate ad essere trasferite, alla scadenza della concessione, allo Stato⁸⁴; dall'altro è corrispettivo del servizio di uso dell'infrastruttura, reso alla utenza autostradale⁸⁵.

In conclusione, un allargamento del controllo del CIP a tutti i tipi di prezzi controllati provocherebbe, al di là delle innegabili incertezze di costituzionalità, una situazione di confusione e conflitto permanente, non comprendendosi più né quale sia l'autorità responsabile del controllo dei prezzi, né le procedure ed i metodi di calcolo da adottarsi.

Sotto il profilo organizzativo, modificazioni di rilievo, come quella che si tende ad introdurre con la legge finanziaria, richiederebbero una organica modifica dell'intero sistema di fissazione amministrativa dei prezzi, cui non può rimanere estranea una diversa collocazione e ristrutturazione del CIP per quanto attiene a personale, mezzi, strumenti di intervento.

In sintesi: anche in questa materia l'interpretazione della valenza costituzionale dell'art. 41 Cost. è semplice nei principi, ma complessa nella attuazione. La legge ben può imporre, per ragioni di utilità sociale, opportuni controlli sui prezzi delle tariffe offerte al pubblico. Il problema è stabilire l'ampiezza del relativo potere e riaffermare che l'esercizio di tale potere incontra un limite fondamentale nella regola economica della remuneratività del prezzo di un qualsiasi prodotto, aspetto, quest'ultimo, indissociabilmente collegato al diritto di libertà di impresa, anche quando l'attività venga esercitata in forza di una concessione amministrativa.

⁸³ Cfr. SALVATORE, *op. cit.*, p. 1204.

⁸⁴ SANDULLI, voce *Autostrade*, *Enc. dir.*, sub voce, Vol. IV, 1959, p. 527; UCCELLATORE, *Sulla proprietà delle autostrade costruite in concessione*, *Cons. Stato*, 1967, II, p. 932; CIANFLONE, *L'appalto op. cit.*, p. 174; in generale v. ASSINI-MAROTTA, *La concessione di opere pubbliche*, Padova, 1981; PALLOTTINO, *La concessione di opere pubbliche dopo la legge del 1977 n. 584, di adeguamento delle procedure degli appalti pubblici alle direttive della Comunità economica europea*, *Riv. giur. edil.*, 1978, II, p. 113; ROHERSEN, *Considerazioni sui sistemi di finanziamento di opere pubbliche*, *Rass. lav. pubbl.* 1969, pgg. 119 e ss.

⁸⁵ MARIANI, *Note sul pedaggio autostradale: nota della obbligazione di pagamento*, *Cons. Stato* 1971, II, p. 840.

13. Conclusioni

Al termine di questa ricerca di una sintesi su alcuni dei problemi che, apparentemente in via episodica, in realtà come conseguenza di una crisi del sistema, propongono all'interprete il problema del carattere delle norme speciali, resta forse una constatazione di metodo.

E' vero che « il movimento delle norme speciali è fedele interprete di una società pulviscolare, che non si riconosce in una comune tavola di valori e si scompone nella varietà dei gruppi e delle categorie economiche⁸⁶, ma è anche vero che, occorre recuperare, pur nella continua ricerca di soluzione a nuovi problemi, lo spirito originario del « sistema » aperto alla riflessione sulle cose nuove senza perdere la memoria del « passato »⁸⁷.

⁸⁶ Cfr. IRTI, *L'età della decodificazione*, cit., p. 47.

⁸⁷ MENGONI, nella prefazione a *Diritto e valori*, Milano, 1985, p. 7.

2.

Esecuzione di opere pubbliche, procedure di spesa e tutela dei valori ambientali* **

1. La problematica del ritardo della spesa pubblica, consuetanea all'affidamento di contratti da parte della pubblica Amministrazione, è da sempre oggetto di preoccupazioni.

Sotto accusa è anzitutto la vetustà della normativa di contabilità di Stato, il suo eccessivo formalismo e la farraginosità delle procedure contrattuali. Ciò è ormai di tutta evidenza quando i contratti della pubblica Amministrazione hanno per oggetto beni tecnologicamente avanzati, quando cioè il vecchio assetto normativo si dimostra palesemente inadatto alle mutate realtà economiche e produttive.

Altrettanto negativamente incide tale inadeguatezza normativa nel settore più tradizionale degli appalti di opere pubbliche. Anzi, in questo campo, l'arretratezza della disciplina è ulteriormente aggravata da un intervento normativo successivo ai testi fondamentali della fine dell'800, dal carattere essenzialmente disorganico, posto che le singole norme tentano di intervenire per disciplinare distinti momenti della complessa fase contrattuale.

Gli interventi del legislatore diretti a tamponare le falle connesse alla complessità delle norme che regolano la materia delle opere pubbliche, articolati in legghine di snellimento e norme di acceleramento, hanno prodotto quel fenomeno di inflazione normativa che è sotto i nostri

* Da *Arch. giur. OO.PP.*, 1986, 1621-1636.

** Intervento tenuto nel corso dell'incontro-dibattito « I ritardi nella spesa e l'accelerazione delle opere pubbliche nella salvaguardia dei valori dell'ambiente e del territorio », svoltosi a Roma il 28 ottobre 1986.

occhi e che è causa di disorientamento negli operatori e di disgregazione della coerenza interna dell'originario disegno normativo, senza che a questo ne sia stato sostituito uno definitivo e coerente.

Trattasi di un fenomeno equiparabile, nell'ambito delle cosiddette leggi speciali, alla c.d. « legislazione di emergenza » che ha trovato sempre maggior spazio nella disciplina dei fattori economici, come risposta ad esigenze eccezionali ed improvvise, posto che il legislatore è intervenuto essenzialmente con norme di natura speciale, quasi che la situazione di patologia del sistema normativo potesse essere risolta al di fuori di un disegno realmente organico. Tutto ciò ha, ovviamente, creato una degenerazione del sistema.

Alla luce di questi eventi una riflessione critica del fenomeno deve essere anche propositiva di soluzioni nell'ambito di uno sforzo di riassetto, di decongestionamento sia normativo che procedurale, con l'individuazione di un criterio di raccordo, di una formula che consenta il ricorso alla legislazione speciale, ma coinvolgendo in modo coerente l'assetto organizzativo dell'Amministrazione, con l'obiettivo finale di identificare e porre a confronto classi sufficientemente omogenee di interessi da tutelare, preindividuati dal legislatore stesso.

Visto sul versante della spesa pubblica, il problema riverbera nella incapacità, ben nota delle Amministrazioni, di portare a compimento i propri programmi di investimento. Continua ad ampliarsi il divario tra stanziamenti autorizzati e spese effettuate (pagamenti) e si registra, così la continua espansione dei residui passivi delle principali Amministrazioni committenti.

Al livello generale, gli ultimi dati disponibili sulla spesa dello Stato per il 1985 confermano questa tendenza: nella categoria dei « beni ed opere immobiliari a carico diretto dello Stato », a fronte di un potenziale di spesa (massa spendibile) di undicimila miliardi di lire, il 60% (6500miliardi), è rappresentato da residui passivi di anni precedenti.

I pagamenti effettuati nel corso dell'anno '85 non hanno raggiunto neanche il 20% della massa spendibile iniziale. L'incapacità dello Stato a tradurre tempestivamente gli stanziamenti di cui dispone in effettivi investimenti è l'indice più significativo della dissociazione che spesso si riscontra tra le decisioni legislative in materia di spesa e le possibilità operative da parte dell'Amministrazione. Soprattutto con riferimento a quei provvedimenti - che hanno per oggetto piani e programmi di sviluppo - l'esperienza dimostra che le predeterminazioni finanziarie, in

termini temporali non sempre sono adeguate agli effettivi tempi di realizzazione degli interventi e ciò principalmente per via delle complesse procedure amministrative esistenti sia nella fase precedente all'affidamento dei contratti che nel corso dell'esecuzione degli stessi quando l'incompletezza e i difetti progettuali, provocando la necessità di varianti, causano i ben noti ritardi ed aumenti di costi.

Questi convincimenti sono stati di recente autorevolmente ripresi dalla Presidenza della Commissione lavori pubblici della Camera, la quale, ancora una volta, ha ritenuto doveroso impegnare il Ministro dei lavori pubblici a presentare una relazione sulle cause dell'enorme accumulo dei residui passivi.

Anche in tale ultima recente occasione (cfr. resoconto sommario Camera n. 519 del 15 settembre 1986) è stata ribadita la necessità di semplificare le procedure che, specie per quanto riguarda le grandi opere pubbliche, rallentano eccessivamente i tempi di esecuzione delle stesse.

Ma, come pure si è sottolineato in quella sede, non è più tempo per proseguire nella emanazione di leggi di accelerazione, quali da ultimo abbiamo conosciuto, essendosi ormai pervenuti all'estrema tensione del sistema. Occorre spostare l'attenzione sui profili dell'organizzazione amministrativa, è necessario « migliorare le strutture esistenti e la loro efficienza, di razionalizzare i centri di spesa »: nasce così la proposta di una « Camera di compensazione » cioè a dire di una sede unitaria ove esprimere ed acquisire tutti i pareri tecnici, i nulla osta, le autorizzazioni, le concessioni e quant'altro necessario alla realizzazione delle opere pubbliche. Sembra sotto questo profilo che, per quanto attiene l'organizzazione amministrativa, emerga anche in questa sede, il richiamo ad un modulo di condotta, per più aspetti vicino alla cosiddetta legislazione per clausole generali che tanta eco ha avuto nelle nuove prospettive di diritto privato emerse alla fine degli anni '60.

2. Un'esigenza da condividere, per ragioni già da tempo sottolineate, è il punto di arrivo di una storia complessa che nasce dalla insoddisfazione per un modo di pensare la spesa pubblica in termini solo di garanzia e non di efficienza.

La storia degli interventi normativi di accelerazione è assai datata: lo stesso R.D. 8 febbraio 1923 n. 422 può dirsi la prima legge di accelerazione per quanto riguarda i progetti dei lavori; con ritmo sempre più intensificato dopo l'applicazione anche in Italia delle direttive

comunitarie in materia di pubblici appalti, altri momenti procedurali sono stati toccati dalla legge n. 1 del 1978; dalla legge n. 741 del 1981; dalla legge n. 687 del 1984.

Sempre però per singoli aspetti quasi che, da un lato, si volesse ovviare ad alcune delle più macroscopiche difficoltà emerse, e, dall'altro, porre riparo ad alcune contraddizioni, anche interne al sistema, che non solo si sono subito palesate, ma che si sono identificate come fonte di conflitto in sede comunitaria.

Se un labile nesso logico può infatti essere colto in tale coacervo di norme, esso può individuarsi sostanzialmente in due aspetti:

- da un lato, prevedere termini per le attività degli organi della pubblica Amministrazione, per lo più ordinatori, ma, da ultimo, anche perentori (con la formula del silenzio-assenso e del silenzio-accoglimento sempre più frequentemente applicata nel caso di pareri e concerti amministrativi);
- da un altro lato, individuare particolari organi collegiali nei quali far rappresentare le diverse componenti del procedimento amministrativo e, talvolta, dell'attività di controllo, limitati peraltro a singole fasi del procedimento.

Queste norme acceleratorie hanno avuto perciò, in buona sostanza, una risultante comune: quella di tendere a contenere gli effetti negativi derivanti dalla necessità - riconosciuta originariamente dal legislatore stesso - di far partecipare al procedimento formativo dell'opera pubblica interessi, fra loro non sempre coerenti: aspetti tecnico-strutturali; aspetti urbanistico-territoriali; aspetti giuridico-amministrativi; aspetti di tutela delle autonomie locali; aspetti di tutela del privato.

Di per sé, la combinazione di questi molteplici interessi non è mai stata facile; né il legislatore ha trovato delle chiavi per privilegiare, come invece oramai si richiede da più parti per speciali categorie di opere pubbliche, definibili come opere di preminente interesse nazionale, il momento dell'efficienza e della tempestività nel soddisfacimento della realizzazione dell'opera pubblica stessa.

Le modalità acceleratorie fin qui perseguite non sono, invece, mai riuscite ad incidere in modo significativo su profili organizzativi della pubblica Amministrazione, le cui strutture tecniche debbono tendere a costituire un valido strumento di gestione di interventi sempre più complessi ed articolati; anche a fronte dell'evoluzione del mondo imprenditoriale, assai più sollecito e forse agevolato, ad adeguarsi, nelle

sue varie componenti, alle nuove prospettive operative.

Si pensi, al riguardo, all'evoluzione che si è avuta nel corso degli ultimi anni, da parte delle società fornitrici di servizi, in grado di collocarsi con un autonomo ruolo nello spazio già in precedenza tradizionalmente proprio di alcune professioni intellettuali, intervenendo come strumento necessario per l'attività stessa di programmazione (si pensi all'elaborazione di un progetto integrale di una nuova struttura urbana o al programma di sviluppo di un piano di recente formazione).

In tale contesto è anche sintomatico che gli interventi di accelerazione adottati dal legislatore abbiano talvolta inciso su delicati aspetti della tutela del privato con conseguente nascita di un contenzioso, fonte di ulteriore ritardo.

Si pensi, ad esempio, all'istituto della dichiarazione implicita di pubblica utilità, collegata all'approvazione dei progetti; delle opere di pubblica utilità *ex lege*, delle varianti urbanistiche abbreviate e così via.

L'evidenza di questo fenomeno, sostanzialmente lesivo di interessi estranei all'attività amministrativa, ha assunto una dimensione tale che la recente giurisprudenza amministrativa è arrivata praticamente a ripristinare, con diritto pretorio, fasi procedurali di salvaguardia degli interessi privati incisi dalla stessa legislazione acceleratoria.

Si pensi ad esempio alle pronunce del giudice amministrativo che hanno reintrodotta, nell'ambito del procedimento espropriativo, le fasi sub-procedimentali previste dagli artt. 10 e 11 della legge 865 del 1971 a garanzia dei privati che le leggi acceleratorie avevano eliminato (cfr. TAR Piemonte 25 settembre 1984 n. 259; TAR Abruzzo-Pescara 18 gennaio 1984. n. 15). Nello stesso senso si veda la recente pronuncia del Consiglio di Stato (11 marzo 1986 n. 175, Sez. IV), che ha ricondotto nei limiti più stretti la procedura della redazione degli stati di consistenza rivista in senso meno garantista dall'art. 3 della legge n. 1 del 1978, in favore dell'originaria formulazione dall'art. 71 della legge 25 giugno 1865 n. 2359.

La compressione di tali interessi privati, che pur hanno un referente negli stessi principi costituzionalmente garantiti di tutela della proprietà privata e della libera attività economica, non può peraltro considerarsi in contrasto con il sistema e segnatamente con l'articolo 97 Cost., posto che, secondo il costante orientamento della Corte costituzionale (di recente, ad esempio, riaffermata con l'importante sentenza n. 23 del 20 marzo 1978 in materia di urbanistica e di garanzie procedurali pre-

viste per i programmi di fabbricazione) non può ritenersi sussistente, al fine di considerare viziato il provvedimento riduttivo, generale principio del « giusto procedimento amministrativo », quanto l'interesse pubblico prevalente sia legislativamente indicato.

Se entro tale ambito si può prospettare il profilo di costituzionalità delle leggi acceleratorie, laddove esse incidono su interessi privati esterni all'attività amministrativa, analogo profilo può essere ritenuto sussistente in ordine alla compressione procedimentale dei modi di espressione dei diversi interessi pubblici, di cui sono portatori autorità e livelli della pubblica Amministrazione, che si dovrebbero contemperare nella realizzazione di un'opera pubblica (in tal senso potrebbe anche leggersi la sentenza della Corte costituzionale n. 152 del 26 giugno 1986 in materia di conflitto di attribuzione in ordine alla nuova normativa di tutela dei beni ambientali).

In questa stessa ottica può essere valutata la costituzionalità di norme che ridisegnino i criteri di priorità della tutela degli interessi pubblici nel caso della realizzazione di opere di preminente interesse nazionale.

Non si ignora che la stessa nozione di « interesse nazionale », come è stato notato, con riguardo alla dizione dell'art. 117 Cost., mantenga dei connotati ambigui, che ritengo, geneticamente, di derivazione da ordini nozionistici che sembrano richiamarsi a principi propri dello stato corporativo. Tuttavia, il concetto di « preminente interesse nazionale » appare assumere una diversa pregnanza ed un diverso contenuto collocandosi al di sopra della mera distinzione tra opere di interesse statale ed opere di interesse regionale, quale è contenuta nel D.P.R. 616 del 1977 e qualificando pertanto il carattere giuridico e sociale di un'opera pubblica, valutata a sé stante, in quanto portatrice di un autonomo e prevalente interesse. Tale categoria di interventi fa diretto riferimento la recente iniziativa legislativa governativa sui commissari e, in senso lato, alla categoria di interesse si riferisce l'attuale legislazione sui servizi pubblici di navigazione, detti, appunto, di preminente interesse nazionale.

Appare dunque, corretto individuare una formula della cosiddetta « direzionalità amministrativa » su cui gli interessi di settore, per quanto siano portati da PP.AA. centrali e locali, cedano dinnanzi all'interesse nazionale espresso da una grande legge di riforma. Del pari è ammissibile che la pubblica Amministrazione centrale possa indirizzare e decidere, prevalendo al limite sulla potestà amministrativa regionale e locale, anche in via di sostituzione, per assicurare al sistema, la programmazione

della esecuzione di quelle grandi opere che sono, di per sé, delle rilevanti riforme della vita sociale ed amministrativa del paese.

I cosiddetti corridoi plurimodali di traffico previsti dal piano generale dei trasporti, le grandi infrastrutture di rete, i collegamenti viari e ferroviari di frontiera sono tutti esempi, non certamente esaustivi, di opere definibili di preminente interesse nazionale. In relazione a queste ultime il problema non è più quello di decidere se farle o meno: come di recente sottolineato in sede politica, la decisione su queste opere già è stata presa nei fatti e il problema è piuttosto quello di sapere « come fare, come realizzare, come gestire, come organizzare ». In buona sostanza, come contemperare l'interesse primario portato dal governo centrale con gli interessi pubblici settoriali e/o locali facenti capo a diverse articolazioni dello Stato-ordinamento.

Superata la fase di prima attuazione dell'ordinamento regionale; completati i trasferimenti di funzioni e di organici dal centro alla periferia; valutati i primi risultati della nuova e più articolata azione amministrativa nel settore dei lavori pubblici, è forse giunto il momento di recuperare al centro un ruolo di guida e di indirizzo effettivo per l'esecuzione di importanti programmi. Al tempo stesso, peraltro, la crescente complessità tecnica degli interventi realizzativi e il dischiudersi dei settori meno tradizionali di attività - quali quello delle opere di riassetto del territorio, di gestione globale delle risorse idriche, di manutenzione programmata delle città, etc. - per i quali occorre anche una più moderna articolazione economica del mondo imprenditoriale, postulano una ridefinizione ed una diversa organicità delle sedi istituzionali dell'esercizio della « direzionalità tecnica » della P.A. Nel perseguimento delle stesse finalità sembra che si muovano, pur se divenuti degli strumenti tecnici ipotizzati, i vari disegni di legge formulati per Roma capitale, dove, seppure conforme ad incisività diverse, è prevista una presenza significativa di controllo di indirizzo e di coordinamento da parte di una nuova soggettività pubblica pure ancora indicata con formule assai contraddittorie.

3. Ma, se si ritiene di dover tendere a questo risultato, occorre forse anche richiedere un ulteriore sforzo in termini di legittimità e di impostazione giuridica; oggi non si discute più di « discrezionalità amministrativa » nel senso tradizionale dell'espressione, posto che la scelta dell'agire della P.A. non è più nell'atto amministrativo bensì

nella valutazione aprioristicamente operata dal legislatore o dal Governo nell'ambito di un contesto più generale di politica economica.

Nei riguardi delle opere considerate di preminente interesse nazionale la valutazione dell'*an* non è più quindi in discussione.

L'azione amministrativa si colloca a valle, nelle modalità, di gestione dell'intervento anche mediante l'individuazione di chi, con terminologia mutuata della contrattualistica del nostro settore, potrebbe assumere i ruoli di *projet manager* e/o di *general contractor*, con pienezza di responsabilità e di poteri.

Si è in presenza dunque di un approccio dinamico alla gestione complessiva di una grande opera o, ancor più di un programma, per far sì che la gestione di questo processo realizzativo, possa avvenire mediante la cooperazione di tutte le Amministrazioni, continua nel tempo di esecuzione dell'intervento, di modo che ciascuna riempia di contenuti l'azione amministrativa letta come procedimento (attività) anziché come atti (provvedimenti) ed è dunque attraverso il procedimento che si viene ad esercitare la nuova discrezionalità amministrativa.

Tutto ciò induce a ritenere che alcune modalità procedurali attualmente previste per la realizzazione di un'opera pubblica (le famose 12 fasi, richieste per i progetti ANAS, di cui parla nel suo intervento il senatore Perri e che, secondo l'esperienza che abbiamo maturata in altre ipotesi sono state ben più numerose) possono invece trovare il corretto riscontro anche in moduli organizzativi di diverso spessore.

Moduli delineati e pensati non solo e non tanto in funzione della necessità di meglio definire il concorso di più interessi pubblici, bensì di cogliere l'interesse pubblico prioritario e prevalente, in relazione al quale tutti gli altri devono ritenersi concorrenti, integrativi, qualificativi ma non tali da precludere la conclusione del procedimento.

L'unica risposta che si è tentato di dare a questa esigenza fondamentale, a livello legislativo, è stata rappresentata dallo sviluppo di una legislazione speciale di trasferimento ad Amministrazioni differenziate di compiti propri dell'Amministrazione centrale, per ottenere un effetto accelerativo mediante decentramento di responsabilità. E' questo il modello classico di risoluzione delle frizioni dovute al concorso di pubblici interessi diversificati: attribuire all'esterno la gestione dei momenti critici delle fasi di affidamento e realizzazione di opere pubbliche. Si fa riferimento, qui, al trasferimento di funzioni operato mediante l'istituto della concessione a favore di soggetti pubblici o privati.

Nella sua originaria destinazione il ricorso alla concessione era stato concepito per l'esecuzione di programmi organici e non per la realizzazione di opere singole, che ha portato nel tempo ad alcune distorsioni applicative. Sembra, tuttavia, che non solo nel corso degli ultimi anni l'applicazione dello strumento sia stata effettuata più correttamente ed anche in connessione con le modifiche apportate al sistema in attuazione dei principi comunitari, ma che gli stessi indici attuali di evoluzione dell'ordinamento in materia di lavori pubblici tendano a realizzare un sistema che contrapponga la concessione di costruzione di una singola opera, caratterizzata dalla presenza di certe esigenze e dalla richiesta di certi requisiti, alla concessione di costruzione e di programma, informata a principi diversi e caratterizzata dall'esigenza di certi vincoli procedurali.

Nel corso degli ultimi anni, per quanto mi risulta, l'istituto concessorio ha potuto funzionare meglio proprio quando lo si è inteso come modulo organizzativo a servizio di un programma complessivo, di rilievo e di interesse nazionale, gestito direttamente da una pubblica Amministrazione centrale: così è da dirsi, ad esempio, per la legge (speciale) n. 15 del 1974 (per la realizzazione di un programma di edilizia postale) o legge n. 146 del 1980 (per la realizzazione di centri di servizio Ministero delle finanze) e come anche la realizzazione di infrastrutture dell'Arma dei Carabinieri o la legge n. 16 del 1985. Tutti casi in cui, nel soggetto concessionario è stato individuato un unico centro di imputazione della attività e quindi della responsabilità per la realizzazione di un intero programma.

A questa prima forma si è peraltro contrapposto un diverso modello d'intervento: quello nel quale le leggi attribuiscono a soggetti differenziati d'attuazione di un determinato programma, mantenendo a livello centrale una unitarietà solo attraverso la gestione del momento finanziario. Gli esempi sono quelli, ben noti, della spesa statale per l'edilizia giudiziaria, affidata agli Enti locali, per l'edilizia scolastica (legge n. 412 del 1975), per l'edilizia universitaria affidata ai Consigli di amministrazione delle singole Università e per gli impianti sportivi i cui estremi caratterizzanti sono nell'ultimo decreto-legge sulla finanza locale. E' evidente come nella seconda ipotesi, tipica di un sistema policentrico, non vi sia la possibilità di un interlocutore unico dell'Amministrazione committente e quindi lo stesso ricorso all'istituto concessorio finisca di articolarsi nella serie di affidamenti operati dai diversi soggetti attuatori (Enti locali, Amministrazioni

universitarie etc.) con una possibile riproduzione di alcuni effetti già ricordati sui tempi e sui costi amministrativi dei procedimenti che la legislazione speciale avrebbe, di per sé, inteso superare. E' ben evidente, tuttavia, che anche in questa ultima ipotesi può recuperarsi una valenza positiva dell'istituto della concessione, quando sul versante del soggetto concessionario si riesca da parte della pubblica Amministrazione a realizzare una tendenziale unitarietà che consenta, per la ripetizione e la specializzazione progettuale gestionale ed esecutiva, che detto soggetto è in grado di acquisire, di contenere costi e tempi degli interventi.

Peraltro, a queste funzioni proprie dello strumento concessorio, altre se ne sono aggiunte, come già detto, in chiave diversa sotto l'aspetto del mero acceleramento procedurale.

In questo senso il disegno di legge n. 1004, che si propone di generalizzare l'istituto della concessione e di ampliare nel rispetto di determinati vincoli il ricorso alla trattativa privata per lotti di lavori complementari a quelli in esecuzione, può essere giudicato favorevolmente per gli effetti sperati di riattivazione di un ciclo economico positivo del settore.

La diversa prospettiva in cui si muove questo disegno di legge e la sua natura, allo stato solo contingente, appaiono a mio avviso chiare, ove si ponga mente, non solo al carattere temporaneo e alla necessità di prevedere un limite di soglia, alla sua applicabilità ma alla precisa individuazione, come soggetto destinatario delle imprese di costruzione, mentre il regime base della concessione, previsto dalla legge istitutiva del 1929, e espressamente fatto salvo nell'attuale disegno di legge, fa riferimento in via generale, per l'esecuzione di programmi organici, di opere e servizi, a Province e Comuni e cioè a soggetti pubblici oltre che a soggetti privati genericamente intesi.

Deve, pertanto, aversi ben presente che questo disegno di legge non fa altro che legittimare il ricorso ad una formula che, utilizzata per l'affidamento della realizzazione di opere singole di rilevante importo (oltre venti miliardi come da ultima versione del D.D.L.), ha un mero significato di acceleramento, non risolvendo il problema della gestione di interessi procedurali complessi. La strumentazione innovativa che si deve articolare per il superamento di questo tipo di vischiosità procedurale impone viceversa di collocare lo strumento della concessione in un diverso contesto procedimentale. Si pensi alle varie forme di contratti, intese ed accordi plurilaterali a parti prevalentemente pubbliche (convenzioni o accordi di programma) che vanno diffondendosi dopo alcuni

significativi precedenti legislativi (quelli della L. 17 maggio 1985 n. 210, istitutiva dell'Ente Ferrovie dello Stato; della nuova normativa meridionalistica L. 1° marzo 1986 n. 64; quella degli strumenti di attuazione del piano generale dei trasporti ecc.). Sono tutti esempi in cui fondi pubblici e procedure sono stati finalizzati a favorire accordi tra soggetti pubblici e in specie con gli enti locali, attribuendo alle relative convenzioni efficacia di variazione degli strumenti urbanistici.

4. Recenti innovazioni legislative ma soprattutto alcuni dei più attuali progetti si muovono di già in questa direzione: così devono leggersi le rinnovate proposte di costituzione di agenzie per interventi speciali; l'ormai affermata formula dell'accordo di programma; la proposta di istituire delle « conferenze di servizi »; lo stesso discorso, autorevolmente riproposto, di uno sportello unico per le opere pubbliche.

Sono, tutte, proposizioni che con diversità terminologiche in sé irrilevanti, mi sembra riflettono la medesima esigenza e obiettivi di snellimento tutto sommato analoghi. Conta il principio: stabilito qual è l'interesse pubblico preminente (realizzazione di un'autostrada, di una linea ferroviaria, di una metropolitana, etc.) l'obiettivo da perseguire" deve essere quello di poter realizzare l'opera nei tempi previsti, coniugando in posizione subordinata a questo altri legittimi obiettivi ed interessi da proteggere in fase attuativa degli interventi. La recentissima esperienza del completamento del tronco autostradale Udine-Carnia-Tarvisio può rappresentare nel recente passato un esempio di equilibrato raggiungimento di un concorso di interessi per la realizzazione di un'importante infrastruttura viaria con una coerente ed anticipata applicazione anche di obiettivi di tutela ambientale.

Proprio l'esempio appena fatto, tuttavia, se si considerano i costi, non solo finanziari, che esso ha complessivamente comportato, ammonisce a non illudersi che nell'immediato, questa ricerca di equilibrio sia sempre possibile e facile.

Emblematico di un procedere ancora per approssimazioni successive è lo sviluppo del dibattito sugli interventi per Roma Capitale, che è forse il primo esempio in cui si può trovare un riscontro non solo giuridico e formale, ma anche sostanziale ed operativo della nozione di « interesse nazionale ». Nei disegni di legge presentati si ipotizzano tutti i modelli: per la fase programmatica, un comitato ai sensi del Codice civile ovvero un Commissario straordinario o una Commissione, nella proposta Ama-

to, composta dal Presidente del Consiglio, dai Presidenti della Regione e della Provincia e dal Sindaco di Roma. Più marcata ancora è la diversità di proposte per l'attuazione degli interventi: dall'Agenzia (proposta Sodano) ai poteri eccezionali del Ministro dei lavori pubblici e del Commissario straordinario (proposta Becchetti) all'Accordo di programma con la conferenza di servizi, un programma dei lavori concordato ed un Alto Commissario (proposta Amato) alla costituzione di una società a partecipazione pubblica *ad hoc* per la realizzazione di tutti gli interventi (proposta Battistuzzi) o anche solo per quelli relativi al cosiddetto Sistema direzionale orientale (proposta Ciofi-Dutti) ovvero infine - nella proposta minimalistica - all'affidamento degli interventi programmati alla competenza delle Amministrazioni ordinarie (proposte Alibrandi, Venanzetti).

In questa stessa direzione sembra muovere la recente proposta governativa, che risulta presentata all'ultimo Consiglio dei ministri di venerdì, di istituire dei commissari straordinari: per quanto è dato al momento, conoscere di questa proposta, essa è abbastanza complessamente articolata. Riguarda, da una parte, atti e procedure relative ad opere statali, regionali e comunali d'importo superiore a 40 miliardi; dall'altra intere categorie di opere e programmi di preminente interesse nazionale, perché relative a settori individuati (trasporti, energie etc.) o perché strumentali per lo sviluppo del Mezzogiorno e delle altre zone depresse.

Per le opere sopra i 40 miliardi si prevede l'esercizio di poteri sostitutivi da parte della Presidenza del Consiglio nei confronti delle Amministrazioni statali e delle Regioni e di quest'ultime nei confronti dei Comuni, qualora, in caso di rilevato ritardo, siano state infruttuosamente convocate tutte le Amministrazioni interessate, in apposita « conferenza di servizi ». Analoga procedura può essere eseguita anche per singole opere di rilevante importo per l'elaborazione di un programma vincolante di lavori che, se non ottemperato, determina la nomina di un Commissario con poteri sostitutivi.

Per le opere di interesse nazionale, se le Amministrazioni interessate non raggiungono un'intesa fra loro in sede di accordo di programma, si propone la nomina di Alti Commissari, i quali possono anche approvare il o i progetti, se necessario, con effetto di variante agli strumenti urbanistici.

L'Alto Commissario avrebbe perciò poteri di vigilanza e di ordinanza, che gli consentono di agire in deroga alla legislazione vigente in caso di inadempienza da parte dei soggetti partecipanti all'accordo

di programma.

Ci sembra che la proposta del Commissario trovi la sua giustificazione per opere ed interventi assolutamente eccezionali e non possa avere applicazioni positive ove se ne voglia fare una figura istituzionale per la realizzazione delle opere pubbliche.

Va detto, peraltro, per chi conosce la complessità e articolazione dei problemi in questa sede appena evocati, che il ricorso ad una figura eccezionale, quasi demiurgica, non ispira un'immediata fiducia ma è solo indice della debolezza del sistema. Tuttavia, non è questo il problema: il problema è essere ragionevolmente certi che essa « funzioni ». Per funzionare, il Commissario dovrebbe trovare attuazione come istituto eccezionale per opere di determinante rilievo complessivo e per fronteggiare – così come è avvenuto nell'area napoletana, a seguito degli eventi catastrofici del 1980 - situazioni di emergenza.

Un diverso e più esteso ruolo del Commissario creerebbe una sorta di struttura parallela, ma sovrapposta, all'Amministrazione ordinaria, certamente non auspicabile, perché fonte di possibili nuovi conflitti con le Amministrazioni interessate dai singoli interventi. Ci sembra, comunque, difficilmente immaginabile l'operatività efficace e la piena legittimità, anche costituzionale, di un Commissario che si sostituisca *in toto* all'Amministrazione inadempiente, soprattutto a quella committente l'opera, mentre praticabile appare la figura del Commissario *ad acta* che eserciti, di volta in volta, singole attività non tempestivamente svolte.

5. A ciò si aggiunga, per completare l'esame delle varie articolazioni, del tema in discussione, quale supporto per questa tavola rotonda, il concorso con i tradizionali profili procedurali urbanistici di quello della tutela territoriale e ambientale. Sono profili giusti in genere che emergono oggi nella coscienza sociale, come attinenti valori la cui fluidità, essendo anche costituzionalmente garantita e da lungo tempo data per presupposta deve viceversa essere ancora assicurata attivandone a pieno la tutela, e conferendo una ulteriore complessità all'intero procedimento decisionale e realizzativo dei lavori pubblici.

Va affermato con chiarezza che oggi questi profili possono operare come causa oggettiva non solo di rallentamento, ma addirittura di preclusione totale per la realizzazione di un'opera pubblica entro i tempi programmati, nonostante l'interesse nazionale ne giustifichi l'immediata realizzazione.

Si pensi, ad esempio, ai noti effetti che la cosiddetta legge Galasso ha prodotto sulle opere in corso e su quelle in fase di avvio, pure in presenza di *iter* procedurali amministrativi assai complessi già esperiti in tutte le loro fasi; e ciò in antitesi alle forme privilegiate di operatività del procedimento decisionale della pubblica Amministrazione che pure in quegli stessi casi si erano attivate (dichiarazioni implicite, silenzi-assensi). Il caso della bretella autostradale Fiano-San Cesareo, con il tentativo di applicazione di un « diritto penale-ambientale-giurisprudenziale » ne è una riprova con l'annullamento successivo da parte della Corte di cassazione dei provvedimenti impugnati.

Non vi è dubbio peraltro che il bene ambiente deve e può essere tutelato, come da ultimo sottolineato dalla stessa Corte costituzionale (sentenza n. 358 e 359 del 1985) per la sua natura di « bene finito » e non più riproducibile.

Ma è anche altrettanto evidente che questa essenziale tutela deve essere curata secondo principi di ragionevolezza e dell'azione amministrativa, la quale non può prevedere la simultanea presenza, da una parte, di azioni di compressione e compattazione dei profili procedurali e, dall'altra, di azioni causa diretta di nuovi ritardi o lentezze. Preme sottolineare come tali aspetti appaiano tanto più rilevanti quanto maggiore è il frazionamento e l'articolazione delle competenze a livelli territoriali inferiori a quello statale: soprattutto perché a tale frazionamento corrisponde altresì lo smembramento delle responsabilità con conseguente difficoltà o impossibilità di individuare a chi imputare la reale causa del processo di rallentamento lamentato nella spesa pubblica.

In definitiva ci sembra di poter cogliere il profilo evolutivo necessario della legislazione in materia di esecuzione di opere pubbliche dopo l'introduzione di ulteriori fasi procedurali di valutazione e di tutela degli interessi ambientali, proprio nella necessità di creare un centro di imputazione che, a regime, sia portatore dell'interesse pubblico ritenuto prevalente per quel singolo intervento o quel programma di realizzazioni.

La tutela dell'ambiente richiede, per definizione, l'articolazione di procedure complesse, sia per i contenuti stessi degli studi e delle valutazioni interdisciplinari occorrenti, sia perché intervengono amministrazioni diversificate che, ciascuna sotto il proprio rispettivo angolo visuale, individuano un tipo di pubblico interesse connesso al territorio, al paesaggio, all'ambiente.

La direttiva comunitaria in materia di valutazione dell'impatto ambientale è emblematica di tale complessità; il rischio, assai grave, che si corre nel darvi attuazione è quello che si giustapponga un'ulteriore fase procedimentale a tutte le altre ora esistenti.

Occorre che il legislatore abbia il coraggio di scegliere per evitare che si sommi solo un ulteriore momento di valutazione a tutti gli altri che già oggi sono la causa dei lamentati tempi lunghi di esecuzione delle opere pubbliche.

In questo senso le prime previsioni provvisorie di cui all'art. 6 della legge istitutiva del Ministero dell'ambiente, lasciano prevedere che l'attuazione legislativa della direttiva comunitaria si muoverà in una direzione di ulteriore complessità, come lo stesso tenore letterale dei punti 3 e 4 dell'articolo citato fa temere. Ciò che preme sottolineare fin d'ora è che nell'ambito della doverosa tutela delle esigenze ambientali, ogni valutazione avvenga prima del passaggio alla fase della progettazione esecutiva degli interventi, e si risolva quindi all'atto della definizione dei piani territoriali paesaggistici già previsti ad altri fini della cosiddetta Legge Galasso, ovvero in sede di pianificazione del territorio di modo che non si abbiano a verificare aggravii di costi per la collettività nazionale in fase realizzativa degli interventi.

Sarebbe importante perciò cogliere l'occasione storica rappresentata dall'obbligo di dare attuazione a una direttiva che riflette, come la precedente in materia di appalti, un'esperienza e una maturità amministrativa straniera che per tanti aspetti è lontana dalle nostre mentalità, per operare una coraggiosa revisione complessiva dei nostri attuali modelli. L'obiettivo più ambizioso potrebbe essere quello di fare del momento della valutazione di impatto ambientale la sede istituzionale e procedimentale di sintesi di ogni diverso o ulteriore provvedimento istruttorio afferente una determinata opera pubblica, con ciò raccordando le competenze amministrative, ora frammentate fra l'apparato (residuo) dei lavori pubblici (Regioni Comuni) in materia di piani urbanistici, del Ministero dei beni culturali e ambientali in materia di tutela del patrimonio storico artistico paesistico nazionale, e del neo istituito Ministero dell'ambiente, ferma restando la priorità alla realizzazione dell'opera pubblica di preminente interesse nazionale.

E' forse questa l'ultima occasione che si presenta per contemperare l'esigenza di uno sviluppo economico e sociale del Paese, che non può prescindere dalla realizzazione di indispensabili opere infrastrutturali,

con l'interesse alla salvaguardia del territorio, individuando procedimenti e formule coerenti con una indispensabile centralità dell'azione amministrativa.

E' quindi conseguente l'auspicio che il legislatore ed i futuri organi di amministrazione, incaricati delle valutazioni di impatto ambientale, sappiano muoversi con la necessaria gradualità – e con adeguata attenzione al momento del raccordo istituzionale tramite una normativa di attuazione chiara così da evitare riesami e interpretazioni di posizioni legislative sprovviste di una intrinseca capacità di essere immediatamente applicabili alle opere di preminente interesse nazionale che, nelle comuni intenzioni, dovrebbero essere le prime ad essere assoggettate alle nuove procedure per le valutazioni di impatto ambientale.

3.

Le grandi infrastrutture * **

SOMMARIO: 1. La nuova funzione degli interventi infrastrutturali. - 2. Capacità di spesa dell'amministrazione e dati sugli investimenti del settore. - 3. Caratteri della moderna infrastruttura. - 4. La grande infrastruttura europea. - 5. I due nodi cruciali: la progettazione e la gestione. - 6. Esempi attuali di gestione: a) i depuratori e l'approvvigionamento delle acque. - 7. b) i musei. - 8. Alcune attuali connotazioni nei trasporti. - 9. Infrastrutture e gestione imprenditoriale.

1. La nuova funzione degli interventi infrastrutturali

«L'approntamento delle infrastrutture, storicamente, è fra le più antiche attività di disciplina dell'economia svolte da pubblici poteri, e non è mai venuta meno lungo il corso dei secoli; oggi non solo permane, ma ha assunto dimensioni grandissime, sia quantitative che qualitative»¹.

- Gli interventi infrastrutturali producono rilevanti effetti economici. Dicono i francesi, e si è sempre ripetuto anche da noi, che « *quand le bâtiment va, tout va* ».

Il motto è ispirato dalla considerazione che l'investimento in opere promuove immediatamente occupazione, non è tributario dell'importazione per le materie prime, ha un forte effetto di sviluppo dell'indotto.

* Da *Arch. giur. OO.PP.*, 1988, 495-512.

** Il testo riproduce un seminario tenuto dall'A. presso l'Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano, il 14 febbraio 1989, nel quadro di un programma incentrato sul tema « Efficienza dei servizi e competitività del sistema economico ».

¹ M.S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna 1985, p. 51 e ss.

Così l'investimento in opere è sempre stato considerato un fondamentale strumento di politica economica, cui ricorrere nelle fasi congiunturali sfavorevoli.

Oggi, nei paesi a sviluppo avanzato, quel detto non ha perso significato, ma il valore dell'investimento nelle infrastrutture e nei sistemi infrastrutturali è cambiato: non è più mero strumento congiunturale (sul versante economico) o di soddisfacimento di bisogni (sul versante sociale) ma è fattore di sviluppo e di capacità concorrenziale da una parte e di soddisfacimento di diritti crescenti dei cittadini dall'altra².

Ecco allora che negli interventi strutturali si diminuisce la funzione di attività volta a soddisfare esigenze specifiche e contingenti. Emerge il carattere di un'attività permanente volta ad adeguare il capitale fisso di un paese all'evoluzione sempre più rapida del suo sistema economico e sociale.

L'approntamento delle infrastrutture passa ad essere da voce di costo a fattore di sviluppo³.

Il cambiamento di visuale è radicale: per soddisfare i bisogni, seppure è ovvio che meno si spende e meglio è, il costo costituisce, anche politicamente, un elemento quasi marginale, dovendosi in sostanza far fronte a delle necessità.

Invece, se le infrastrutture sono fattori di sviluppo economico e sociale, si pone immediatamente un problema di efficienza, cioè del rapporto tra il costo - in senso non solo economico ma ampio - e l'utilità della collettività (vedi modello FIO).

Non ci si sofferma, quindi, su quell'aspetto fondamentale del sistema costituito dalla capacità di operare rapidamente le decisioni e di portarle conseguentemente ad attuazione, pur essendo, questi, problemi che nel nostro Paese investono negativamente il sistema delle infrastrutture⁴.

Si rileva solo, e in generale, che nel nostro Paese l'efficienza costituisce ormai un problema strutturale; anche parti politiche tradizio-

² V. il recente Convegno della Sinistra Indipendente su *Finanza pubblica e pubblica Amministrazione: qualità delle spese e dei servizi*, Roma, 7 febbraio 1989. Così si esprimeva la relazione introduttiva dei Senatori F. CAVAZZUTI, V. FOA e A. GIOLITTI.

³ P. SARACENO, *Perché il Sud non è più un'area di sottosviluppo*, Corriere della Sera, 6 febbraio 1989.

⁴ Cfr. S. CASSESE, *Lo stato come pompiere*, La Stampa, 28 gennaio 1989. Per una posizione generale della tematica, cfr. M.S. GIANNINI, *L'Amministrazione pubblica dello Stato contemporaneo*, Padova, 1988, p. 121 e ss.

nalmente meno sensibili alle tematiche della spesa per opere pubbliche riconoscono⁵ che oggi non si pone più - come principale - un problema di uguaglianza e di equità ma soprattutto un problema di efficacia e di efficienza nel rispondere adeguatamente alla domanda crescente e generalizzata di complessi qualificati servizi.

Le considerazioni svolte valgono per il nostro come degli altri paesi a sviluppo avanzato, ma per l'Italia la infrastrutturazione si caratterizza per due nodi problematici: da una parte il livello quantitativo e qualitativo della infrastrutturazione è inferiore a quello di quasi tutti gli altri paesi a noi paragonabili come prodotto interno lordo e livello generale della vita; dall'altro, all'interno del nostro Paese permangono storiche disuguaglianze dei livelli di attrezzatura infrastrutturale del territorio tra il nord e il sud del Paese, e anche con le zone centrali.

Non si tratta perciò solo del compito, già immane, di recupero e magari sopravanzare il *gap* negativo con gli altri paesi, avviando un adeguamento progressivo del livello delle nostre infrastrutture: si tratta anche, e forse innanzitutto, di portare a compimento una politica, mai compiutamente realizzata, tesa all'annullamento di questi squilibri interni, in una prospettiva di modernizzazione e di reale unificazione del Paese.

Non è solo un problema politico generale: è anche che l'azienda Italia deve a raggiungere l'efficienza complessiva ed equilibrata per stare al passo con il grado di competitività che è richiesto, e sempre più lo sarà, dal confronto e dal mercato internazionali.

2. Capacità di spesa dell'amministrazione e dati sugli investimenti del settore

Di fronte alla necessità, per il nostro Paese, di un grande sforzo di infrastrutturazione, ed alla conseguente varietà di idee e proposte di intervento, è sconcertante rilevare la ormai cronica incapacità decisionale, per il radicalizzarsi dello scontro - più che dibattito - sulle scelte concrete (vedi la recente vicenda degli interventi « battezzati » per i mondiali del 1990 ma, in massima parte, destinati a sopperire ad antiche carenze) e l'insufficiente capacità di gestire un accelerato programma di investimenti pubblici.

Gli stanziamenti oggi disponibili sono significativi ma penalizzati da

⁵ V. la relazione al Convegno, *cit.*

una capacità di spesa dell'amministrazione pari solo al 50 per cento delle disponibilità. Qualche cifra servirà a illustrare meglio di lunghi discorsi il problema e la necessità di superare alcuni nodi strutturali del nostro Paese.

Le stime governative parlano di un incremento in termini reali della spesa, nel settore delle costruzioni, pari all'1,5 per cento nel 1987 e al 2,5 per cento nel 1988. Nel biennio 1987-1988 l'ISCO prevede un incremento in termini reali rispettivamente dello 0,5 e dell'1 per cento; la PROMETEIA dello 0,8 e dell'1,3; l'ANCE, nel 1988, dello 0,5.

Nel settore delle opere pubbliche nel 1987, secondo l'ANCE, c'è stato un aumento in termini reali pari al 2,4 per cento e per il 1988 un ulteriore incremento del 3,1 per cento.

I principali settori di intervento sono:

COMPETENZE 1988-1989 PER CATEGORIE DI OPERE ⁶				
	COMPET. '88	%	COMPET. '89	%
Opere ferroviarie	7.433,5	17,8	8.688,5	20
Opere stradali	4.873,0	11,7	3.845,0	8,9
Edilizia Ospedaliera	1.820,0	4,4	1.917,0	4,4
Opere in dipendenza di calamità naturali	6.723,0	16,0	5.443,0	12,6
Mezzogiorno	12.507,3	30,0	18.700,0	43,1
Edilizia demaniale	1.730,0	4,2	1.030,0	2,4
Edilizia residenziale	1.068,0	2,6	550,0	1,3
Opere varie	5.526,1	13,3	3.183,1	7,3
Totale	41.680,9	100,0	43.356,6	100,0

Nel triennio 1989-91 la legge finanziaria del 1989 (L. 24 dicembre 1988 n. 541) ha apportato risorse finanziarie aggiuntive per circa 12.500 miliardi. E' l'incremento tra i più bassi degli ultimi anni ed è in realtà almeno in parte giustificato con la incapacità di spesa dell'Amministrazione, che consente di far slittare nel tempo, senza sostanziali effetti concreti, spese già previste. Il pur modesto incremento è il risultato di una manovra complessa che prevede un aumento dei fondi immediatamente spendibili, stanziati nell'articolato della legge, per 8.185 miliardi e riguardanti il settore ferroviario e l'Amministrazione delle Poste e delle Telecomunicazioni. Il fondo globale per le spese in conto capitale, che richiedono l'approvazione di una specifica legge di spesa,

⁶ I dati sono tratti dal Rapporto a cura del Servizio studi dell'ANCE, *Le risorse destinate dallo Stato alle opere pubbliche* (triennio 1987-1989), Roma 1987.

è stato incrementato di 7.110 miliardi. Ottanta miliardi sono stati destinati ai trasporti intermodali per l'area flegrea.

Le riduzioni ammontano invece a 2.990 miliardi, dei quali 1.351 sono relativi alla rimodulazione di leggi pluriennali di spesa e 379 riguardano minori stanziamenti relativi a disposizioni la cui quantificazione è demandata alla legge finanziaria. Per il corrente anno la rimodulazione negativa degli stanziamenti assomma alla cifra assai elevata di circa 21.000 miliardi, riguardando ben 37 provvedimenti legislativi. L'unico incremento previsto per quest'anno è costituito dai 400 miliardi per il piano decennale delle telecomunicazioni. I programmi maggiormente colpiti dalla politica ristrettiva sono invece:

- l'intervento straordinario nel Mezzogiorno (— 12.000 miliardi);
- il programma ferroviario Alta Velocità (— 1.700 miliardi);
- il programma abitativo delle zone terremotate della Campania (— 2.050 miliardi);
- il fondo terremoto Basilicata e Campania (— 2.500 miliardi);
- i programmi dell'ANAS (— 1.800 miliardi).

I settori di maggiore investimento infrastrutturale sono quelli dei trasporti (ferrovie e autostrade), la sanità, le opere in dipendenza di calamità naturali. Inoltre, il recente pacchetto per i mondiali del 1990. Dovrebbe essere prossima l'approvazione in via definitiva della legge per il « Piano parcheggi »⁷; varie iniziative, legislative e amministrative e a livello assai diverso di concretezza, riguardano i progetti di riqualificazione del territorio con la creazione di centri terziari e direzionali (Roma, Napoli, Milano, Firenze, Bari). Forte è l'esigenza e la spinta per l'ammodernamento e la realizzazione di centri fieristico-congressuali (vedi i finanziamenti per l'Ente EUR a Roma, il progetto del Portello a Milano, il disegno di legge all'esame del Comitato ristretto della Commissione industria della Camera) nonché di centri agro-alimentari all'ingrosso e commerciali, finanziati dalla legge finanziaria per il 1986 ma ancora da attivare, per i nuovi interventi, in base alla recente direttiva del Ministro per l'industria⁸.

In buona sostanza sembra si possa affermare che l'introduzione con

⁷ In data successiva a quella della stesura della presente relazione è stata approvata la L. 24 marzo 1989 n. 122, *Disposizioni in materia di parcheggi, programma triennale per le aree urbane maggiormente popolate, nonché modificazioni ad alcune norme del testo unico sulla disciplina della circolazione stradale, approvato con D.P.R. 15 giugno 1959 n. 393.*

⁸ I dati e le stime contenute in questo paragrafo sono ricavati da XXI *Rapporto CEN-SIS/1987 sulla situazione sociale del paese*, cap. IV, pp. 683 e ss.

la legge n. 468 del 1978 di una nuova sensibilità ai problemi di tesoreria abbia ridotto a poco il significato di leggi e programmi pluriennali di spesa la cui « competenza » deve essere tradotta, con le singole leggi finanziarie, in interventi « per cassa » di per sé sempre insufficienti al finanziamento di un grande programma infrastrutturale⁹.

- Il *trend* positivo degli investimenti nelle infrastrutture c'è, dunque, e costituisce l'inizio di una inversione di tendenza.

Esso è però modesto e contraddittorio rispetto alle esigenze che si dovrebbero affrontare e tanto più fonte di rammarico in quanto la modestia degli incrementi sembra dipendere o essere giustificata dall'irrisolto problema della capacità di spesa dell'Amministrazione.

Cercando di formulare un giudizio, sia pure approssimativo, sui diversi settori di spesa, vediamo che forti sono ancora i settori tradizionali (strade e ferrovie), emblematici dell'arretratezza cui si è già accennato e alla quale si cerca di far fronte con un contestuale sforzo verso settori più innovativi e il tentativo di un'impostazione organica programmata, almeno di settore. Forte è anche la spesa per le zone colpite da calamità naturale, dove la fase di ricostruzione è anche l'occasione per realizzare un'infrastrutturazione che colmi arretratezze e promuova sviluppo¹⁰.

Questo quadro eterogeneo di indicazioni è espressione di una fase di trapasso dal vecchio al nuovo e di uno sforzo gigantesco che il Paese è chiamato ad affrontare.

3. Caratteri della moderna infrastruttura

La modernità di una politica infrastrutturale oggi si esprime nell'aspetto dimensionale - la grandezza - e nell'aspetto qualitativo - la complessità di una moderna infrastruttura. La scala dei servizi che l'infrastruttura deve rendere è infatti ormai la scala non locale ma di zone geografiche, regionali, nazionali, internazionali.

Si può ritenere che l'elemento puramente quantitativo e quello

⁹ Cfr. nuovamente il Convegno, *cit.*

¹⁰ La stessa logica è stata seguita, secondo gli osservatori più attenti per l'intervento straordinario nel Mezzogiorno, dove, per fronteggiare l'emergenza del provvedere a fabbisogni infrastrutturali via via più drammatici, si è ricorso alle procedure eccezionali della Protezione civile. Cfr., per una posizione critica tale supplenza, M. ANNESI, *Intervento straordinario e grandi infrastrutture: la supplenza della protezione civile*, in *Riv. giur. Mezzogiorno*, II, 1988, p. 73 e ss.

qualitativo dell'infrastruttura, in realtà, si fondano l'uno con l'altro: la grande infrastruttura infatti è opera complessa, oltre e più che nel momento ideativo e realizzativo, per la varietà delle valutazioni che presuppone e per gli effetti profondi che produce sul territorio e nell'ambiente economico e sociale¹¹.

La politica infrastrutturale di un paese industrializzato si esprime perciò soprattutto attraverso la realizzazione di grandi infrastrutture.

Non si può certo dire che debbano marcare le « piccole infrastrutture »: mai che rappresentano il momento ordinario dell'intervento dello Stato in questo settore, che rispondono più ai « bisogni » che alla promozione di sviluppo. Ma se le stesse « piccole infrastrutture » sono inserite in un complesso organico e omogeneo di intervento talché, alla fine, l'infrastrutturazione non sia rappresentata dal singolo intervento né dalla semplice somma di essi bensì da un « sistema » diffuso sul territorio; ecco allora che anche in questo caso ci troviamo di fronte ad una grande opera di infrastrutturazione dove non si è in presenza della realizzazione di un elevato numero di interventi ma di un sistema infrastrutturale, cioè, in definitiva, di un fatto unitario e organico.

La grandezza naturale di una politica moderna di infrastrutturazione nasce dalle esigenze economiche e sociali di un paese progredito, cui si accennava all'inizio, in una parola dall'alto livello delle richieste da parte della collettività in generale.

- E' interessante rilevare che, sul piano giuridico, vi è un'arretratezza dell'ordinamento, che solo conosce o dà rilievo sostanziale alla singola opera pubblica sia che si tratti di una fontana o della piccola stazione dei carabinieri in un paesino di campagna, o invece dell'autostrada del Sole, del ponte sullo Stretto di Messina, del piano per gli edifici postali. La stessa naturale distinzione tra opere di competenza regionale e opere di competenza statale non è tanto ispirata da un giudizio di valore sulle opere di rispettiva competenza quanto da una suddivisione di compiti e funzioni, pur essendo logico che le opere statali siano qualificate da un

¹¹ Per l'approfondimento delle tematiche relative agli interessi diffusi connessi alla realizzazione di opere infrastrutturali, v. G. TORREGROSSA, *La tutela dell'ambiente dagli interessi diffusi al danno ambientale*, in *Cons. Stato* 1988, p. 629 e ss. e n. 3, p. 631 e ss. Per alcuni specifici aspetti, cfr. F. BASSANINI, *Questioni interpretative della legge n. 431 del 1985 (c.d. Legge Galasso) dopo la scadenza del 31 dicembre 1988*, e L. BIGLIAZZI GERI, *A proposito di danno ambientale ex art. 18 L. 8 luglio 1986 n. 349 e di responsabilità civile*, *Pol. dir.*, rispettivamente p. 245 e ss. e 253 e ss.

interesse che trascende quello locale per assumerne uno di livello superiore e generale, trascinandosi così appresso, eventualmente, anche una dimensionalità superiore. Sul piano normativa, l'uniformità di disciplina delle opere è pressoché assoluta e, se differenza c'è, è solo per agevolare la realizzazione dell'opera statale in presenza di un contrario orientamento regionale, ma sempre in posizione dialettica con quest'ultimo e perciò, in concreto, con molte difficoltà.

Ora, certamente inviolabili sono le competenze regionali; e vero è anche che tanto più un'infrastruttura è vasta e complessa, tanto più la sua realizzazione deve essere profondamente valutata, attentamente concepita, bene attuata. Ma non si può non convenire che sia necessario anche assicurate, pur con ogni opportuna circospezione, la prevalenza di interessi generali e strategici del paese e la più efficace realizzazione degli strumenti idonei a soddisfarli: nel nostro caso, le infrastrutture.

L'ordinamento sta iniziando, con il suo fisiologico ma eccessivo ritardo, a prendere atto di questa esigenza in vari disegni di legge in cui s'è fatto riferimento alla nozione di opera di interesse nazionale¹², alla quale applicare una serie di norme per concentrare e concertare poteri e funzioni amministrative. Lo scopo è di consentire le necessarie comparazioni di interessi e l'individuazione di funzioni e responsabilità, così da agevolare l'efficienza nella fase della decisione e della attuazione.

4. La grande infrastruttura europea

Mentre la normativa italiana non conosce una definizione di grande infrastruttura e di un suo trattamento separato, le Comunità europee hanno individuato nelle grandi infrastrutture di interesse europeo un potente fattore di integrazione dei mercati e uno strumento per il progresso tecnologico delle imprese europee che possono concorrere alla realizzazione di grandi progetti.

L'ottica della Commissione, nei numerosi documenti e proposte di decisioni al Consiglio, mette in evidenza come gli organismi comunitari (tra cui particolare menzione andrebbe fatta per la BEI) abbiano individuato il completamento delle infrastrutturazioni europee come problema di integrazione delle regioni periferiche nel mercato unifi-

¹² V. intervento di S. CASSESE al Convegno *La spesa pubblica per le grandi opere tra vincoli e procedure*, organizzato dall'IGI, Roma, 30 giugno 1988.

cato. Inoltre, è stato con chiarezza individuato nel profilo finanziario e nella gestione finanziaria delle operazioni, per necessità estesa anche alla valutazione dei costi delle utilizzazioni delle infrastrutture, uno dei momenti cardine delle decisioni europee.

I grandi progetti europei sono, in gran parte, noti: progetti per le telecomunicazioni; progetti per l'ambiente; progetti transnazionali per le infrastrutture di trasporto; treni ad alta velocità; tunnel alpini; tunnel della Manica; collegamento scandinavo strada-treno; eccetera.

L'interesse dell'approccio comunitario sta nella riflessione strategica che è stata compiuta per differenziare le grandi opere da progetti di rilevanza nazionale che possono avere procedure tradizionali di scelta dei concorrenti e finanziamenti a carico di singoli paesi. Dall'insieme di proposte di nuovi regolamenti e decisioni comunitarie¹³ sembra delinearsi una disciplina eccezionale per opere di rilievo e di complessità eccezionale.

Si riconosce la natura di grande infrastruttura all'opera che si differenzia dai progetti normali per una serie di caratteristiche che impongono tempi di realizzazione molto lunghi. Tali caratteristiche sono individuabili in estrema sintesi, nelle seguenti:

- a) una lunga fase di maturazione dei progetti (spesso dai 10 ai 20 anni) dovuta al fatto che per regola una grande infrastruttura non può avere un unico promotore sufficientemente solido sul piano finanziario e dotato di tutte le competenze, amministrative e tecniche;
- b) la necessità, comunque, di articolare l'intervento intorno a una presenza pubblica, sempre indispensabile, anche se limitata all'espletamento delle sole formalità amministrative come l'attribuzione di concessioni o diritti di riscossione dei pedaggi: in altri termini, imprescindibili di una « regia » pubblica di grandi operazioni infrastrutturali;
- c) un'economia specifica che tenga conto dei rischi rilevanti sia per la lunghezza delle fasi di realizzazione che per la durata di vita, l'interazione quindi i periodi di ammortamento delle grandi infrastrutture: in altri termini la grande infrastruttura è un'impresa d'alto rischio, la cui redditività è spesso difficile da valutare e quindi sempre rimandata alla fase utilizzazione.

¹³ Cfr. Commissione Europea, *Proposta modificata di decisione del Consiglio relativa al finanziamento di grandi infrastrutture di interesse europeo*, in *Gazzetta ufficiale delle Comunità europee*, del 12 febbraio 1988. Peraltro, sulle forme di autoprotezionismo governativo nel settore degli appalti pubblici, cfr. rapporto di P. CECCHINI, *La sfida del 1992 - Una grande scommessa per l'Europa*, Piacenza, 1988, p. 48 e ss.

L'attenzione europea è, quindi, strettamente correlata ad un aspetto importantissimo, da noi purtroppo sottovalutato, delle grandi infrastrutture: la gestione finanziaria delle opere, attraverso l'uso di diversi modelli, talvolta combinati tra loro; finanziamenti con prestiti bancari rimborsabili con le entrate del progetto; finanziamenti con emissioni di obbligazioni garantite dallo Stato e finanziamenti statali puri e semplici¹⁴.

I fattori per la valutazione e la comparazione delle opere di grande interesse europeo divengono, perciò, molteplici e di auspicabile esempio anche come metodo per le valutazioni di opere nazionali di assoluto rilievo.

Stabilire l'opportunità di un intervento comunitario comporta una dichiarazione di « progetto di utilità europea »¹⁵, che si basa su analisi degli effetti dell'opera sulla situazione del mercato del lavoro della CEE, sulla sua idoneità ad integrare zone periferiche dell'area europea con il centro del sistema, sulla capacità di « spendere » su determinate opere un processo di rinnovamento tecnologico dell'impresa. In definitiva, una verifica della stessa politica industriale europea nel settore delle costruzioni¹⁶.

5. I due nodi cruciali: la progettazione e la gestione

L'attuale legislazione non solo ancora ignora le grandi infrastrutture, al di là delle recenti e ancora da verificare innovazioni cui si accennava, ma è per molti aspetti tale da ostacolarle perché ispirata da concezioni e da esigenze opposte a quelle attuali.

¹⁴ Per una esposizione generale di questo tema, cfr. P. K. NEVITT, *Project financing*, Laterza 1988, Quaderno n. 15 della *Rivista Milanese di economia*, a cura della Cassa di Risparmio delle Province Lombarde. Un profilo di notevole interesse può essere rappresentato dalla proposta di legge sulla società di investimento immobiliare, presentata dal senatore E. BERLANDA e già approvata al Senato (*Atti Camera dei deputati* n. 3264 del 13 ottobre 1988). Per alcune osservazioni critiche sulla attuale stesura di tale proposta, cfr. la relazione del Presidente dell'Ance, R. PISA al Convegno *La finanza per i grandi interventi di ristrutturazione urbana*, tenutosi a Roma il 23 maggio 1989, organizzato dall'Ance, dall'Arel, e dal San Paolo di Torino.

¹⁵ V. Commissione Europea, *Proposta*, cit.

¹⁶ Per alcune interessanti osservazioni che, peraltro, meriterebbero un'attenta analisi, anche critica, v. la decisione della Commissione delle Comunità europee del 24 ottobre 1988, relativa ad una procedura di applicazione dell'art. 85 del Trattato CEE, in *Gazzetta Ufficiale delle Comunità europee* del 17 novembre 1987 dall'Eurotunnel e in subordine di esenzione per due accordi stipulati tra *Channel Tunnel Group Ltd* (CTG) e *Trans Manche SA* (FM), concernente un contratto di costruzione e un contratto di direzione dei lavori per la costruzione del tunnel ferroviario sotto il Canale della Manica.

Nel nostro ordinamento gli aspetti critici nodali riguardanti le infrastrutture sono due: la ideazione e la progettazione dell'infrastruttura; la sua gestione.

- Anzitutto la disciplina dei contratti dello Stato, e quindi anche degli affidamenti della progettazione delle opere pubbliche, resta ancora, come nell'ottocento, inserita nel contesto delle antiquate norme di contabilità generale dello Stato. Ogni attività contrattuale viene così riguardata come un momento di spesa del pubblico denaro, e in funzione quindi di controllo puntuale e burocratico di essa. Soprattutto per la progettazione degli interventi pesa l'armamentario classico della contabilità di Stato, con la distinzione tra competenza e cassa e le ben note « fasi » rigide del procedimento di impegno, liquidazione, ordinazione e pagamento delle somme, sono parzialmente innovate con la L. n. 468 del 5 agosto 1978 e le conseguenti forme di « progettazione finanziaria » pluriennale delle amministrazioni statali, tramite le cosiddette « leggi finanziarie ».

Tutto questo conferisce alla progettazione delle opere pubbliche, specie se complesse, una totale staticità, in quanto la valutazioni devono essere compiute all'interno di un procedimento amministrativo che ancora si conclude con atti deliberativi da sottoporre a pareri-controllo, giuridici e tecnici, che hanno ad oggetto la legittimità amministrativa di un provvedimento e non la qualità di un processo progettuale complesso¹⁷.

La seconda annotazione critica è che l'intero apparato delle leggi sui la-

¹⁷ Cfr., da ultimo, su di un piano più generale, F. CAVAZZUTI, *La Regola e l'Arbitrio*, Bologna, 1988, p. 24, dove afferma che: « Invero, da quando l'intervento pubblico nell'economia ha raggiunto dimensioni così rilevanti (come mostrano i dati di bilancio per l'Italia) è apparsa anche evidente l'inadeguatezza dell'apparato amministrativo dello Stato a gestire le nuove funzioni che richiedono « flessibilità » e capacità di adattarsi a situazioni assai mutevoli nel tempo e nello spazio. Infatti, il passaggio da uno Stato « autoritativo » ad uno Stato che gestisce in prima persona molti servizi (Sanità, Istruzione, Previdenza, ecc.) ha anche, purtroppo, mantenuto l'impianto amministrativo introdotto in Italia nel corso dell'altro secolo con le prime leggi di unificazione amministrativa dello Stato. Dunque uno « Stato » concepito per svolgere ben poche funzioni (un poco di esercito, un poco di giustizia e di scuole. ecc.) si è trovato negli ultimi decenni a « gestire » con le stesse regole amministrative (tra cui quelle dell'assenza di « responsabilità » dei dirigenti e di « trasparenza » delle procedure) funzioni a cui non è assolutamente preparato ». Per una sintesi del nostro sistema, cfr. M.S. GIANNINI, *Op. ult. cit.*, p. 81 e ss. Una valutazione storica della trasformazione strutturale dello stato sociale e dell'amministrazione per servizi, nella evoluzione della amministrazione di garanzia è presente in B. SORDI, *Tra Weimar e Vienna, Amministrazione pubblica e teoria giuridica nel primo dopoguerra*, Milano, 1988, p. 213 e ss.

vori pubblici è orientato prevalentemente alla costruzione dell'opera, con una regolamentazione di dettaglio delle modalità di esecuzione dei lavori.

Fondamento della disciplina è infatti tuttora quello della scelta, mediante procedure formalizzate di gare, di un contraente idoneo e del pagamento della sua attività con risorse pubbliche, che giustificano l'ingerenza del committente nell'attività esecutiva dell'appaltatore. Restano così in secondo piano tutti gli aspetti, antecedenti e successivi alla costruzione dell'opera, che sono viceversa, soprattutto nelle realizzazioni di grandi infrastrutture, più rilevanti rispetto al mero processo esecutivo. Di qui, le difficoltà (di cultura e di sensibilità giuridica) a comprendere il peso delle fase progettuale e delle competenze gestionali di processi realizzativi complessi¹⁸: e ciò anche con riferimento a strumenti come la concessione di progettazione e costruzione delineata nella legge n. 80 del 17 febbraio 1987, che potrebbero risultare innovativi¹⁹.

Il terzo vincolo, di ordine generale, è quasi un corollario dei primi due: poiché la disciplina della fase progettuale delle opere è regolata dalla normativa generale dei lavori pubblici, anche la progettazione, come tutto il processo realizzativo, resta concepita come fatto strumentale all'acquisizione del « bene pubblico » che, previo collaudo positivo, lo Stato ha inteso procurarsi con l'attività contrattuale. Restano fuori da questa concezione gli aspetti gestionali di una moderna realizzazione di opere, specie se tecnologicamente avanzate: primi, fra tutti, gli aspetti attinenti alla gestione finanziaria per l'esecuzione di grandi progetti, in ordine alla quale si è di recente, anche in Italia, dimostrata la necessità di superare gli schemi pubblicistici, per coinvolgere anche forme di finanziamento private o alternative²⁰.

Su un diverso piano, l'importanza preminente data al fatto costruttivo non consente di apprezzare appieno il servizio funzionale implicito

¹⁸ Per una disamina approfondita nel quadro legislativo e per una prospettiva innovativa, si veda la relazione di G. TORREGROSSA al Convegno *La concessione autostradale nel sistema generale della concessione*, organizzato dall'AISCAT, Roma, 18 novembre 1986, in *questa Rassegna* 1986, p. 1591.

¹⁹ Su questa normativa e sui suoi limiti, cfr. *Le concessioni per l'esecuzione di opere pubbliche e i consorzi d'impresa*, a cura di A. CANCRINI, P. CARBONE, A. CARULLO, M. CIANI, P.M. PIACENTINI, P. PISELLI, R. RAMETTA, *Commento alla L. 17 febbraio 1987 n. 80*, coordinata da P.M. PIACENTINI, in *I Quaderni del Cerisop*, Rimini, 1987, e sui problemi di compatibilità con la normativa CEE e per la sintesi a p. 306-7.

²⁰ J. P. PAUWELS, *Nouvelles Techniques de financement des entreprises et services publics*, in *Revue de la Banque* 1987, p. 33.

nella progettazione di un'opera e le nuove esigenze che quest'ultima sul piano qualitativo e su quello tecnologico, deve soddisfare. Si pensi fra gli altri aspetti, all'emergere di più chiare attese da parte dell'utenza delle grandi opere pubbliche, e principalmente di quelle « a rete » e « sistemi- che ». E' evidente come la nuova qualità di progettazioni debba avere particolarmente presenti le finalità che le opere devono soddisfare, cioè la fruizione collettiva di quel determinato bene.

- La gestione della infrastruttura è il problema fondamentale che oggi si pone, ed è logico: si tratta della fase funzionale dell'infrastruttura, quella per la quale l'opera è stata realizzata. E' la fase in cui l'infrastruttura deve fornire il servizio, quella che la pone di fronte alla domanda e al giudizio degli utenti.

Solo qualche accenno a cose ben note su questo argomento: la gestione dei servizi pubblici, quelli forniti dall'infrastruttura, è oggi drammaticamente in crisi, e già la presentazione di questo Seminario ne individua sinteticamente o ne presuppone alcuni elementi problematici.

L'argomento è, come ognuno può comprendere, di enorme vastità, coinvolgendo profili di indirizzo politico, sociali, giuridico-amministrativi, sindacali, economici, tecnologici, organizzativi e altri ancora.

L'esecuzione di grandi infrastrutture, per l'impatto violento che hanno sul territorio e quindi sulla vita delle collettività locali, tra l'altro per il grande volume di utenti che esse richiamano, sposta completamente l'accento della valutazione politica e amministrativa di opportunità da un mero esame della convenienza contabile e, per l'appunto, amministrativa ad un'analisi molto più articolata di fabbisogni, qualità e risposte ad esigenze collettive.

Spostate l'accento dalla realizzazione alla gestione vuol dire non soltanto riconoscere un peso reale agli elementi più difficili per giustificare « il successo » di una grande infrastrutturazione, vuol dire anche riconoscere i diritti di un'utenza delle opere che sempre più si organizza attraverso forme di rappresentanza di interessi diffusi e il cui primario obiettivo è mantenere alle grandi opere realizzate profili di qualità d'uso comparabili con gli *standard* europei riconosciuti.

Grandi infrastrutturazioni di rete, come l'esempio autostradale italiano dimostra, si reggono proprio su questi principi: una gestione finalizzata non soltanto all'« esercizio » - come si suol dire - della rete, attraverso l'esazione di pedaggi che coprono costi d'ammortamento e di manutenzione, ma alla « umanizzazione » del servizio che la grande infrastruttu-

razione può dare agli utilizzatori della rete autostradale stessa.

Di qui l'attenzione per servizi nuovi, che le tecnologie possono offrire e che gli utenti possono trovare ormai necessari, per lo sviluppo economico e sociale delle loro stesse attività; ovvero la spinta alla continua innovazione tecnologica per rendere più accettabili, nella gestione ordinaria dell'opera, certi inevitabili impatti sull'ambiente circostante.

Oggi possiamo solo cercare di mettere in luce le nuove linee di tendenza che dovrebbero assumere più efficaci modelli di gestione delle grandi infrastrutture, soffermandoci su alcuni elementi relativi alle proposte già attuali di una partecipazione più estesa di forze imprenditoriali alla gestione dei servizi pubblici.

E' innanzitutto da ripetere e sottolineare che oggi non si tratta più di assicurare servizi primari ma di rispondere alle domande di alto livello e nuove di una società ricca ed evoluta²¹: non è solo che l'apparato pubblico non è in grado di erogare efficacemente i servizi; è che esso prescinde completamente dall'evoluzione della domanda, per non parlare di una sua ipotetica capacità di sollecitazione di una domanda di servizi nuovi o più vari. Esso si trova infatti, in una situazione di rigidità e staticità che è esattamente agli antipodi delle caratteristiche della domanda. Esso tende ad essere monosettoriale, là dove oggi l'esigenza più forte è quella della interrelazione fra servizi diversi o interconnessi o, comunque, di servizi arricchiti da un complesso di prestazioni collaterali: viaggiare in autostrada non significa solo disporre di un percorso veloce; significa anche poter fruire di servizi efficienti attinenti, per esempio, alla sicurezza, lo svago e il ristoro, le indicazioni turistiche, il pagamento semplificato delle tariffe ivi compreso il pagamento elettronico senza arresto del veicolo ed il dialogo strada-veicolo²².

Dovrebbe poi consentire un'immediata comunicabilità o interconnessione con gli altri sistemi di trasporto. Come recentemente è stato detto con chiarezza, il problema fondamentale del settore ferroviario non è quello di costruire nuove tratte ferroviarie, che pure c'è, ma so-

²¹ Per una rapida rassegna dei nuovi confini della tutela degli utenti dei servizi pubblici si vedano gli Atti del Colloquio *Les Entreprises Publiques et l'usager* tenutosi ad Atene nel 1985 e i cui atti sono stati pubblicati a cura dell'*Institut International des Sciences Administratives*, Bruxelles 1985.

²² CEE - *Progetto Drive*; nel suo ambito *Progetto Vita-Tardis* a cura delle Associazioni Europee di autostrade a pedaggio.

prattutto quello dello sfruttamento più intelligente e razionale della rete esistente rispetto alle richieste del mercato, di fronte a potenzialità del sistema che sono ancora e incredibilmente non espresse.

In definitiva, una moderna politica di gestione delle infrastrutture e dei servizi relativi passa attraverso una strategia non di progetti singoli ma complessivi, che sappia cogliere e valorizzare le interrelazioni tra i vari comparti, non solo elevando così il livello qualitativo del servizio ma anche cogliendo la possibilità di notevoli economie.

6. Esempi attuali di gestione: a) i depuratori e l'approvvigionamento delle acque

Sappiamo come, tranne poche eccezioni, ci troviamo assai lontani da questi modelli di gestione. Peggio, in alcuni casi le deficienze di gestione sono tali da vanificare completamente la capacità di erogazione del servizio e ciò tende a verificarsi soprattutto nei settori di intervento più innovativi e tecnicamente più complessi. È il caso dei depuratori: nel Mezzogiorno, secondo dati, da ritenersi cauti, diffusi dall'Agenzia, ci sono più di mille depuratori ma ne funzionano solo seicento.

Esempio emblematico e attuale di disfunzionalità è il sistema di approvvigionamento dell'acqua, in cui, più che produrre un servizio, c'è la mera e burocratica erogazione materiale del bene.

In Italia l'acqua è distribuita da cinquemila esercizi pubblici e privati, attraverso una rete di centocinquantamila chilometri di acquedotti, cinquantamila dei quali andrebbero sostituiti con una spesa di 5.000 miliardi. Le perdite sotterranee vanno dal 25 al 40 per cento delle risorse idriche. Quasi il 50 per cento degli italiani riceve l'acqua saltuariamente, pur essendo noi modesti consumatori dell'ormai prezioso liquido. Sarebbe necessaria una gestione unitaria dell'intero ciclo delle acque (acquedotti, depuratori, fogne), con l'effettuazione dei riciclaggi. Il prezzo delle tariffe è mediamente un quarto di quelle europee. Un aumento del 30 per cento delle tariffe sarebbe pari a circa 15.000 lire annue: un onere aggiuntivo minimo per le famiglie ma di assoluta necessità, che tuttavia, a quanto pare, è impossibile ottenere²³.

²³ Dati ricavati dal *Rapporto CENSIS*, cit. Per una recente ricostruzione unitaria dei vari problemi, v. V. CAPORALE, *Strumenti giuridici a sostegno delle nuove politiche per il Bacino del Po*, pubblicato sulla Rivista *Confronti*, 1989, edita a cura della Regione Lombardia e, ivi, ampia bibliografia.

7. b) i musei

Dall'acqua ai musei, per i quali pone, nonostante la straordinaria ricchezza che la storia ci ha consegnato, siamo ancora lontani da modelli ormai consueti in altri paesi.

La versione moderna del museo come contenitore di opere d'arte muta radicalmente: esso si inserisce come elemento vivo all'interno della realtà urbana, contenendo nella tua struttura ristoranti, librerie specializzate, negozi, *nursery*, sale di lettura, biblioteche, centri didattici, teatri, sale per concerti e conferenze.

Prende sempre più piede la concezione del museo come spazio da vivere, dove si possano trascorrere intere giornate, alternando cultura ed apprendimento a momenti di svago. Grandi spazi, strutture adeguate alle tecnologie moderne e sofisticate sembrano costituire l'esempio dei musei del 2000.

In Francia la realizzazione di un edificio come il Beauborg ha cambiato completamente la versione tradizionale del museo: non più solo « catalizzatore della memoria collettiva, un bellissimo fossile del tempo passato », bensì un edificio polivalente, nel quale il visitatore diventa un attivo partecipante.

Se questo è il panorama europeo, la situazione italiana è ben diversa.

Nel vasto e attuale settore dei beni culturali, forse i musei costituiscono il campo dove la cultura italiana dimostrò la maggiore disattenzione e disinteresse²⁴. Invano infatti si cercano interventi significativi negli ultimi vent'anni: a parte alcune, e spesso assai discusse, ristrutturazioni di vecchi contenitori, gli ultimi « nuovi musei » risalgono ai primi anni quaranta.

In Italia esistono 1.404 musei. Di questi, la maggior parte è stata istituita dopo la seconda guerra mondiale ma è ospitata in strutture assai antiche. Il grado di obsolescenza delle strutture museali è testimoniato dal dato relativo all'anno di costruzione degli edifici: solo il 24,9 per cento è stato costruito dopo il 1900, mentre quasi il 60 per cento risale addirittura ad epoche precedenti il XIX secolo.

Si tratta per lo più di palazzi, conventi, monasteri, castelli ed altri edifici storici destinati successivamente a museo: solo il 10,1 per cento ha una sede destinata fin dall'origine a museo. Dal dopoguerra ad oggi sono stati realizzati *ex novo* solamente 80 musei, per una media

²⁴ Sul più generale tema della categoria di beni culturali « dai profili indefiniti », cfr. M. ANIS, *Beni culturali e città d'arte*, in *Pol. dir.*, p. 525 e ivi ampia e ragionata bibliografia.

di quattro all'anno.

Nel nostro paese la concezione ottocentesca del museo come contenitore « passivo » di opere d'arte non accenna a spegnersi, anzi viene accentuata e continuano a mancare servizi di ristoro sale di lettura, librerie, biblioteche, ed ogni forma di struttura ricreativa²⁵.

8. Alcune attuali connotazioni nei trasporti

Alcuni spunti sul tema trasporti:

- In sostanza, la domanda di mobilità in uno scenario di evoluzione continua in termini quantitativi e trova la sua attuazione secondo una logica « selettiva », dove l'elemento prioritario sembra essere costituito dalla rapidità del servizio e dal livello qualitativo delle modalità di trasferimento in termini di funzionalità ed efficienza.
- Il meccanismo di valutazione per la scelta del mezzo di trasporto sulla lunga distanza non può essere ricondotto a parametri generali di arbitraggio, ma si basa piuttosto sul microdecisionismo personale.
- La mobilità delle merci e la fluidità degli scambi e dell'erogazione dei servizi distributivi risentono di una molteplicità di fattori fortemente condizionanti, come:
 - l'inadeguatezza generale delle infrastrutture stradali rispetto ai crescenti volumi di traffico su gomma;
 - l'inadeguatezza delle infrastrutture stradali in termini di servizi avanzati ed integrati (informazioni a bordo, identificazione automatica del veicolo, ecc.);
 - l'esasperazione delle difficoltà di scambio nelle grandi aree metropolitane, dove il problema del traffico è ormai giunto oltre la soglia dei valori critici;
 - le difficoltà organizzative da parte delle aziende erogatrici di servizi distributivi e « a rete »;
 - la carenza di servizi, di strutture ausiliarie per il trasporto pesante, i gravi problemi e l'insoddisfazione generale della categoria degli autotrasportatori;
 - la pressoché totale assenza di una « cultura industriale » del trasporto merci in ambito urbano, che resta ancorato al principio della « fatica » e del rapporto personale e « fiduciario »;

²⁵ Dati ricavati dal *Rapporto CENSIS*, cit.

- il prevalere del principio della « consegna ad ogni costo » piuttosto che della « consegna intelligente », ciò che limita fortemente la produttività e l'efficienza dei servizi e che contribuisce a creare ulteriori fenomeni di congestione e di disagio nel traffico urbano.
- Il problema della sosta costituisce un fattore penalizzante anche per il settore della distribuzione dei servizi a rete di « pubblica utilità ». In tal senso il caso di Roma è particolarmente significativo: si è giunti a stimare in circa 14.000 ore di sosta giornaliera il tempo di « occupazione » di suolo - per lo più in aree non adibite a tale scopo - da parte delle aziende Sip ed Enel. In tutte le grandi aree metropolitane è stato possibile rilevare come le aziende erogatrici di servizi risentano della variabile « traffico » a tal punto da condizionare e modificare in conseguenza della congestione veicolare i propri meccanismi organizzativi e le modalità di « pronto intervento ». Parallelamente a ciò, l'incremento diffuso del tasso di terziarizzazione degli spazi, soprattutto nelle zone di più difficile accesso come il centro storico e il semicentro, richiede un numero sempre più elevato di interventi di modernizzazione tecnologica e adeguamento degli impianti: in sostanza rispetto a 15 anni fa, il tempo che intercorre tra la richiesta di intervento da parte dell'utenza e l'effettiva erogazione del servizio si è enormemente dilatato, raggiungendo attualmente nelle maggiori città tempi medi di intervento pari a 30 ore per un servizio Sip e a 150 ore per un servizio erogato dall'Enel²⁶.

9. Infrastrutture e gestione imprenditoriale

In definitiva è l'elemento « immateriale », attinente, con effetto determinante, alla fase della gestione che oggi influisce sulla qualità del servizio e che non trova risposta nelle capacità operative e gestionali dell'amministrazione. La disfunzione dipende in parte dalla immutabile rigidità organizzativa dell'amministrazione stessa e poi dallo sviluppo della presenza diretta dello Stato in una serie sempre più ampia di attività, cui era difficile o forse impossibile far fronte efficacemente, ma che ormai è costituita da un affollamento di soggetti, norme e attività che a tutto tendono tranne che a rendere efficace il servizio.

- La strada di una partecipazione dei privati alla gestione delle in-

²⁶ Dati ricavati dal *Rapporto CENSIS*, cit.

infrastrutture è un fenomeno antico (ferrovie, innanzitutto) e può essere attuata in forme e secondo livelli diversi²⁷.

Occorre sottolineare e tener presente che oggi l'assetto istituzionale e politico, la strumentazione giuridica disponibile consentono forme di gestione imprenditoriale di servizi pubblici che assicurano effettivamente e in concreto non solo un'opportuna coniugazione tra capacità gestionale e privatistica e interesse pubblico ma anche, e in particolare, forme di controllo e di indirizzo del privato gestore che possono escludere o bloccare, per esempio, tentazioni di profitto esagerate.

Il vero profilo problematico, comune del resto al settore imprenditoriale *tout-court*, è quello di imporre un'effettiva responsabilità del gestore, intesa nel senso strettamente tecnico-giuridico: il rischio di errori ed inefficienze deve correre a carico del privato gestore, e non sulla collettività, come avvenuto anche in un non lontano passato.

La gestione privatistica dei servizi pubblici non consente solo di affrontare in chiave di efficienza imprenditoriale la fase della gestione del servizio: si riflette direttamente sul versante, altrettanto critico, dei tempi e dei costi delle infrastrutture e del loro finanziamento²⁸. Il coinvolgimento delle forze imprenditoriali, infatti, può avvenire fin nelle fasi della ideazione e della realizzazione dell'infrastruttura, affidata anche in gestione. L'imprenditore, così, essendo chiamato a partecipare al rischio con proprio capitale, che verrà recuperato e remunerato attraverso la gestione, avrà tutto l'interesse alla massima riduzione dei costi e dei tempi di costruzione perché tanto più questi saranno ridotti e migliore sarà tecnicamente la realizzazione dell'infrastruttura, tanto prima potrà recuperare e remunerare il capitale investito.

²⁷ Per una ricostruzione storica ed amministrativa della evoluzione dello strumento della concessione di costruzione e gestione di infrastrutture si veda S. CASSESE, *Concessione di opere pubbliche e partecipazioni statali*, in *La formazione dello Stato amministrativo*, Milano 1974, pag. 277 e ss. Per una ricostruzione dei limiti e dei vincoli in particolari situazioni normative, C.G. LORASCHI, *L'impresa pubblica: il caso delle Ferrovie dello Stato*, Milano 1984, p. 401 e ss.

²⁸ Per un approfondimento di questo aspetto, cfr. P. K. NEVITT, *Project financing*, cit. Per una tematica, discussa ma attuale, cfr. G. MORBIDELLI, *Realizzazione di opere pubbliche tramite contratto di leasing finanziario: profili procedurali*, in *Riv. trim. app.*, 1988, p. 9.

4.

Opere transnazionali ed inquadramento comunitario*

SOMMARIO: 1. Premessa: l'interesse nazionale nel sistema delle opere pubbliche. - 2. Rilevanza nell'assetto comunitario di infrastrutture nazionali considerate « strategiche » e reperimento delle risorse finanziarie. - 3. La concezione tradizionale rappresentata dal ricorso allo strumento della c.d. « impresa internazionale ». - 4. Orientamenti comunitari: società transnazionali e progetti autostradali. - 5. Giurisprudenza della Corte di Giustizia di condanna di uno Stato membro per non « aver applicato i pedaggi esclusivamente al fine di coprire i costi connessi alla costruzione, all'esercizio ed allo sviluppo dell'autostrada ».

1. Premessa: l'interesse nazionale nel sistema delle opere pubbliche

L'art. 1 della legge 21 dicembre 2001, n. 453 « in materia di infrastrutture ed insediamenti strategici » rimette al Governo (art. 1) – nel rispetto delle attribuzioni costituzionali delle regioni - il compito di « individuare le infrastrutture pubbliche e private e gli insediamenti produttivi *strategici e di preminente interesse nazionale* » (comma primo); nello stesso contesto si ha cura di precisare che l'inserimento nel programma di « infrastrutture strategiche non comprese nel Piano generale dei Trasporti costituisce automatica integrazione dello stesso ».

La qualificazione di un'infrastruttura in termini di « interesse na-

* Da AA.VV. (a cura di S. Scotti Camuzzi) *Il project financing come strumento di realizzazione di opere pubbliche*, (Atti del Convegno presso la Banca di Roma del 19 novembre 2001) Editore Giuffrè, Milano, 2002, 79-92.

zionale » corrisponde, nella storia del nostro ordinamento dei lavori pubblici, alla mutevolezza di contenuti assunta da questa nozione nell'evoluzione del sistema e alla pluralità di criteri, a volte anche eterogenei, utilizzati dal legislatore per identificare le opere pubbliche ricondotte in questa categoria.

La varietà di contenuti riconducibili a questo tipo di interesse è¹ rappresentata dalla sua rilevanza quale momento esponenziale di una valutazione dell'intervento infrastrutturale nel suo complesso, inteso quale opera idonea a modificare le strutture di intere regioni e condizione di espansione dell'attività economica². Ma l'eterogeneità delle situazioni ricondotte dal legislatore speciale nell'ambito della formula « interesse nazionale » è rappresentata dalla sua utilizzazione nelle più diverse fattispecie sia per identificare una singola grande opera, ricca di ricadute sul territorio, sia per connotare l'identità di un programma unitario di realizzazione di una serie di interventi.

Si ricordi, ad esempio, il richiamo al preminente interesse nazionale che ha caratterizzato la realizzazione di un programma straordinario di edilizia residenziale nella legge 14 maggio 1981, n. 219 dopo il sisma dell'Irpinia e nella legge 29 maggio 1989, n. 121 per la realizzazione delle infrastrutture connesse ai campionati mondiali di calcio del 1990.

In un'apparente continuità temporale si parla, ancora, di interesse a rilevanza nazionale nella legge 7 dicembre 1971, n. 1158 relativa al collegamento stabile tra Sicilia e continente, al fine di « soddisfare specificamente bisogni di interesse generale [...] » (direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri del 23 gennaio 1978) rappresentati dall'obiettivo della « continuità territoriale all'interno dello Stato » e nella legge 23 maggio 1997, n. 135 contenente disposizioni urgenti per favorire l'occupazione che ha istituito la figura del commissario per riavviare e gestire « opere e lavori ai quali lo Stato contribuiscedi rilevante interesse nazionale.. », disposizione quest'ultima richiamata ora anche nella l. 443/01 (*sub lett. c*) dell'art. 1).

In questo quadro, ricco di una variegata - anche se non sempre coerente - utilizzazione legislativa della nozione di interesse nazionale,

¹ Una ricognizione dei diversi significati è in A. PIZZORUSSO, *Interesse pubblico e interessi pubblici*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1972, p. 57.

² Così G. TORREGROSSA, *La concessione autostradale nel sistema generale della concessione*, in *Arch. giur. oo. pp.*, 1986, p. 1591 ed ora M.A. VENCHI CARNEVALE, *Diritto pubblico dell'economia*, 1999, p. 190.

la nuova normativa deve essere interpretata in funzione delle modifiche apportate all'ordinamento dalla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3 che ha innovato l'art. 117 Cost. considerando, fra l'altro, materia di legislazione concorrente tra Stato e regioni i « ...rapporti con l'Unione europea delle regioni...; (le) grandi reti di trasporto... ».

Il coordinamento appare ancor più urgente nell'incertezza di cosa si debba oggi intendere per « strategico » e di « interesse nazionale » sia per i dubbi formulati sulla legittimità di una competenza programmatica ma strettamente vincolante³, sia per le diverse interpretazioni sulla attuale vigenza, e in quale contesto, della nozione di interesse nazionale⁴ recuperata nel settore delle opere pubbliche con il richiamo all'unità giuridica ed economica, presupposto dei poteri sostitutivi del Governo nel nuovo testo dell'art. 120 Cost.⁵.

Ancor più indispensabile appare questo coordinamento in presenza del ricorrente richiamo alla tutela di un interesse a carattere nazionale che ha caratterizzato il processo di decentramento attuato in applicazione della legge 15 marzo 1997, n. 59.

Nella disciplina del c.d. federalismo amministrativo, disegnata dalla recente legislazione sulla pubblica amministrazione, all'esclusione dall'ambito della delega in tema di federalismo fiscale degli interventi per i quali « sussista un rilevante interesse nazionale » (art. 10 della legge 13 maggio 1999, n. 133) corrisponde, sotto il profilo della rilevanza territoriale, l'esclusione dalle competenze regionali delle funzioni relative alla « programmazione, progettazione, esecuzione e manutenzione di grandi reti infrastrutturali dichiarate di interesse nazionale » (art. 1, quarto comma, lett. b) l. 15 marzo 1997, n. 59 e art.

³ Sul punto v. la relazione di G.F. FERRARI, *Il project financing: i principi e le procedure, i vincoli e le libertà nel diritto pubblico, nella vecchia e nella nuova normativa*, Supra, p. 55 ss.

⁴ In senso favorevole A. BARBERA, *Chi è il custode dell'interesse nazionale?*, in *Quad. cost.*, 2001, p. 345 e R. TOSI, *A proposito dell'interesse nazionale*, ivi, 2002, p. 86 ma nella considerazione che la determinazione degli interessi nazionali « non può che configurarsi come il frutto di una collaborazione tra organi politici statali e giudice costituzionale ». In senso critico B. CARAVITA, *La costituzione dopo la riforma del Titolo V*, Torino, 2002, p. 36 Per il settore che ci interessa v. ampiamente C. ROSSANO, *I lavori pubblici nel quadro della legge costituzionale n. 3 del 2001*, Relazione al Convegno dell'IGI del 31 gennaio 2002, dedicato al tema « La nuova costituzione e i lavori pubblici », p. 8 del dattiloscritto.

⁵ In tal senso l'intervento di F. CINTIOLI, al Convegno dell'IGI, ora citato, ripreso successivamente in *Unità giuridica ed economica o interesse nazionale?*, in *Quad. cost.*, 2002, p. 89.

93, lett. c), ma v. anche art. 18, lett. u) del d.lgs. 31 marzo 1998, n. 112), dove l'interesse nazionale appare criterio di identificazione di una categoria unitaria di opere per le quali è lo Stato a dover provvedere all'intero ciclo della realizzazione dell'opera pubblica.

In relazione alla rilevanza territoriale delle funzioni e dei compiti conferiti in tema di trasporto alle regioni e agli enti locali, i servizi pubblici di trasporto di interesse nazionale sono identificati (art. 3, d.lgs. 19 novembre 1997, n. 422; art. 104, lett. b), d.lgs. 112/98) nelle linee di trasporto che collegano « più di due regioni » o, con riferimento al trasporto ferroviario, con l'individuazione dei servizi di trasporto nazionale « di percorrenza medio-lunga caratterizzati da elevati standard qualitativi », con una commistione di criteri dei quali non è facile comprendere l'attinenza⁶.

Sempre nell'ambito del rapporto Stato-collettività territoriali si colloca il riconoscimento del rilievo nazionale della « identificazione delle linee fondamentali dell'assetto del territorio nazionale » in tema di territorio ed urbanistica (art. 52 d.lgs. 112/98 e art. 59 per i « programmi di edilizia residenziale pubblica » aventi interesse a livello nazionale), della tutela dell'ambiente (artt. 60, 71, 77, 80 e così via), delle risorse idriche e della difesa del suolo (art. 88), della protezione civile (art. 107), per concludere - nella contrapposizione tra lo Stato « unico soggetto di sovranità e gli altri enti territoriali, a priori confinati nell'ambito della semplice autonomia »⁷ al fine di evitare il pericolo di un « grave pregiudizio agli interessi nazionali » (art. 5 d.lgs. 31 marzo 1998 n. 112) conseguente all'inattività delle regioni e degli enti locali - con la nomina di un commissario per l'esercizio dei poteri sostitutivi, o in caso di assoluta urgenza con un intervento della Presidenza del Consiglio, del tutto innovativo per un ordinamento ispirato alla separazione dei livelli istituzionali⁸.

Preso atto della nuova conformazione che viene assumendo nel nostro ordinamento l'indicazione legislativa di situazioni di interesse nazionale va ora considerato, nell'ambito della disciplina comunitaria, il criterio positivo di riferimento per la realizzazione delle c.d. opere transnazionali.

⁶ C. GALLUCCI, in *Lo stato autonomista*, volume collettaneo a cura di G. Falcon, Bologna, 1998, sub art. 104, p. 352.

⁷ G. FALCON, *Lo Stato autonomista*, in *op. cit.*, p. X.

⁸ M. CAMMELLI, in *Lo Stato autonomista*, *op. cit.*, p. 33 che traeva conferma da questa disposizione per concludere « l'attuazione della legge 59/1997 non solo non può prescindere ma, anzi, impone la riforma della vigente Carta costituzionale ».

2. Rilevanza nell'assetto comunitario di infrastrutture nazionali considerate « strategiche » e reperimento delle risorse finanziarie

Nell'evoluzione della disciplina comunitaria, a seguito delle innovazioni apportate prima dal Trattato di Maastricht poi dal Trattato di Amsterdam, non si può trascurare una considerazione unitaria delle infrastrutture nazionali, intese come componenti a livello europeo di un regime comunitario dei trasporti dove emerge, con un'attualità sempre più incisiva, l'esigenza di un coordinamento in sede europea fra le singole politiche nazionali al fine di pervenire a livello di sistema ad un riequilibrio delle modalità di trasporto con l'eliminazione nelle reti infrastrutturali di vincoli che riflettono nelle zone di frontiera concezioni di stampo nazionale.

L'attuale fase del processo di integrazione economica internazionale, che accentua nell'area comunitaria i problemi di compatibilità giuridica di uno spazio senza frontiere⁹ con i vincoli che si frappongono alla progressiva trasformazione di infrastrutture concepite su base nazionale, sottolinea la necessità di un intervento comunitario nella disciplina delle reti transeuropee che, oltre ad integrare i sistemi di trasporto, possa anche correggere la situazione di squilibrio nella ripartizione modale del traffico.

Basti ricordare che la Commissione considera la politica delle reti (Primo rapporto sulla coesione economica e sociale, Bruxelles, 1997, p. 75) non solo « rilevante per la competitività dell'economia europea nel suo complesso » ma tale da ripercuotersi « sull'aspetto geografico della produzione e quindi sulla coesione che è stata sempre più inglobata tra i loro obiettivi ».

La disciplina degli art. 154-156 (già art. 129 lett. *b, c, d*) del Trattato di Amsterdam rappresenta un momento di razionalizzazione del sistema dei trasporti riconoscendo in sede di formazione della politica comunitaria alla sola Comunità la legittimazione a stabilire (art. 155) gli « orientamenti che contemplino gli obiettivi, le priorità e le linee principali delle azioni previste nel settore delle reti transeuropee »¹⁰ per evitare che il

⁹ Nella letteratura più recente v. per tutti, con la consueta chiarezza di analisi, N. IRTI, *Norma e luoghi. Problemi di geo-diritto*, Roma-Bari, 2001, p. 35 sgg.

¹⁰ Su questo tema che caratterizza le linee di sviluppo di una politica europea cfr. nell'ambito dei contributi al Convegno dedicato a « L'Europa delle reti » tenuto a

ricorso da parte degli Stati membri a finalità di carattere particolare vada a detrimento dell'obiettivo dell'interconnessione e dell'interoperabilità, proprio delle « reti transeuropee nei settori delle infrastrutture dei trasporti, delle telecomunicazioni e dell'energia» (art. 154).

Coerentemente con questo indirizzo la decisione del 23 luglio 1996, n. 1692/96/Cee sugli orientamenti comunitari per lo sviluppo della rete transeuropea dei trasporti ha precisato (art. 1, comma secondo), che questi orientamenti « costituiscono un quadro generale di riferimento a incoraggiare le azioni degli stati membri e, se del caso, della Comunità per l'attuazione di progetti di interesse comune volti a garantire la coerenza, l'interconnessione e l'interoperabilità della rete transeuropea dei trasporti nonché l'accesso alla rete » stessa.

Va sottolineata la precisazione che « questi progetti costituiscono un obiettivo comune, la cui realizzazione dipende dal loro grado di maturità e dalla disponibilità di risorse finanziarie, fatto salvo l'impegno finanziario di uno stato membro o della Comunità. *Gli orientamenti sono altresì volti a facilitare l'impegno del settore privato*».

Nell'individuare gli orientamenti che costituiscono il presupposto del finanziamento¹¹ vanno ricercati « progetti di interesse comune » (art. 155), sostenuti dagli stati membri e incentivati dalla Comunità sia « mediante studi di fattibilità, garanzie di prestito o abbuoni di interesse » sia con un contributo « al finanziamento negli stati membri, mediante il Fondo di coesione [...], di progetti specifici nel settore delle infrastrutture di trasporto ». La Comunità deve tener conto, nell'individuazione di questi progetti « in particolare della necessità di collegare alle regioni centrali [...] le regioni insulari, prive di sbocchi al mare e periferiche » e, nell'appoggiare i progetti di interesse comune la, loro « *potenziale validità economica* ».

Se per politica industriale si intende l'insieme delle misure adottate per influenzare i comportamenti delle imprese e le strutture dei mercati, si potrebbe riconoscere efficacia generale all'interpretazione dell'espressione « potenziale validità economica » resa dalla decisione

Firenze l'11 febbraio 2000, in particolare per il profilo che qui interessa, le relazioni di S. AMOROSINO, *Gli indirizzi dell'Unione europea per l'organizzazione del territorio comune e le funzioni statali e regionali-locali*, pubblicata in *Dir. un. Eur.*, 2001, p. 383; di E. CANNIZZARO, *Regole di concorrenza e reti transeuropee: riflessioni sul problema della coerenza fra politiche comunitarie*, ivi, p. 392; F. DONATI, *Le reti per il trasporto e la distribuzione dell'energia elettrica e del gas naturale*, ivi specie p. 467 e le osservazioni conclusive di A. TIZZANO, *Cooperazione rafforzata e flessibilità*, ivi, p. 460.

¹¹ A. PREDIERI, *Gli orientamenti sulle reti transeuropee*, in *Dir. un. eur.*, 1997, p. 590.

del Parlamento europeo e dal Consiglio del 5 giugno 1996 n. 1255/96 CE nel settore dell'energia.

In questa occasione è stato riconosciuto (decimo « considerando ») la pluralità di aspetti contenuti nella formula della « validità economica » valutandola, nella riorganizzazione dello spazio europeo, in un'accezione più generale comprensiva delle diverse componenti che ne identificano il contenuto.

Si è così specificato, tenendo conto dei fattori economici, sociali e tecnici che « il concetto di validità implica, al di là della redditività finanziaria dei progetti, anche altri elementi, quali l'affidabilità e la sicurezza dell'approvvigionamento energetico, il rafforzamento della coesione economica e sociale e la protezione dell'ambiente nella Comunità ».

Ove si ritenesse di condividere nel metodo questa ricostruzione, trasferendola da un singolo settore a livello di sistema, si presenterebbero nel settore delle infrastrutture transnazionali nuovi orizzonti di impegno anche a livello propositivo per la possibilità di finanziamento di progetti che gli Stati membri si limitino a « sostenere » ai sensi dell'art. 155 del Trattato¹², qualificandosi il sistema a rete come il momento di pianificazione, sviluppo e costituzione dei collegamenti, oltre che di integrazione delle tradizionali divisioni territoriali, statali e amministrative a carattere nazionale. È ad esempio quanto è avvenuto nella delibera del Consiglio del 5 giugno 1996, n. 1254/96 CE sulle reti di elettricità per il progetto di comune interesse tra Austria e Italia per il « rafforzamento dei collegamenti tra il nord dell'Italia e la rete austriaca » e « lo sviluppo dei collegamenti sugli assi est-ovest nel nord del paese, nonché sull'asse nord-sud »¹³ dove la dimensione europea dell'intervento qualifica, in applicazione del principio di sussidiarietà, la maggiore efficacia dell'azione comunitaria rispetto a quella di uno o più Stati.

Nella stessa prospettiva sembra indirizzarsi da ultimo, per il settore delle infrastrutture, il recente Libro Bianco della Commissione (COM 2001, XXX) che sotto il titolo « Completamento dei varchi alpini » giudica « indispensabile disporre di un'alternativa ai valichi stradali alpini [...] per evitare che le regioni interessate, in primo luogo la Regione Rhône-Alpe ed il Piemonte, vedano compromessa la propria competitività economica (parte seconda, D, sub 1).

¹² Così A. TIZZANO, *Il Trattato di Amsterdam*, Padova, 1998, p. 98.

¹³ Sul punto, ampiamente, A. PREDIERI, *op. ult. cit.*, p. 615.

3. La concezione tradizionale rappresentata dal ricorso allo strumento della c.d. « impresa internazionale »

Il sistema che, fino ad oggi, ha permesso la realizzazione delle infrastrutture di collegamento internazionale è rappresentato, nello schema dell'accordo interstatale per realizzare finalità di cooperazione economica, dall'impegno degli Stati contraenti di costituire organismi di diritto privato nazionali nella forma di società per azioni.

Basti ricordare l'iter procedimentale, articolato nelle fasi della Convenzione internazionale, della legge di ratifica, della costituzione della società concessionaria, che ha trovato applicazione nei Trafori del Monte Bianco, del Gran San Bernardo, del Frejus.

In questi casi la società concessionaria è stata considerata dalla dottrina internazional-privatistica un esempio di società transnazionale in quanto « la convenzione internazionale organizza la cooperazione in un quadro normativo complesso, nel quale figurano obblighi ed attività degli Stati quali soggetti internazionali, ed obblighi ed attività degli stessi come soggetti interni partecipanti all'impresa » regolata dal rispettivo diritto nazionale¹⁴, rappresentando la costituzione della società l'ipotesi più semplice di impresa internazionale nel diritto interno¹⁵.

Occorre ora riconsiderare questa prassi in aderenza alla più recente disciplina comunitaria che nell'attuale fase di razionalizzazione del sistema dei trasporti riconosce alla sola Comunità, come si è avuto occasione di ricordare, al fine di contenere la ricerca di finalità nazionali a carattere particolare, il potere di stabilire « un insieme di orientamenti [per] gli obiettivi, le priorità e le linee principali delle azioni comunitarie previste nei settori delle reti transeuropee »(art. 155 del Trattato), al fine di identificare, nel quadro di una validità economica complessiva, progetti di interesse comune e finanziamenti comunitari¹⁶.

¹⁴ T. BALLARINO, *Manuale di diritto internazionale privato*, Padova, 1999, p. 570; L. MARI, *Le imprese internazionali*, Milano, 1983, p. 36 sgg.

¹⁵ B. CONFORTI, *Le imprese internazionali*, in *Riv. dir. intern. priv. proc.*, 1970, p. 233 e, in un quadro più ampio G.L. TOSATO, *Sulla nozione di impresa comune nel diritto internazionale*, in *Riv. dir. intem.*, 1967, p. 643.

¹⁶ F. POCAR, *Commentario breve ai Trattati della Comunità e dell'Unione Europea*, Padova, 2001, p. 622; J.-A. VINOIS, *Les réseaux transeuropéens: une nouvelle dimension donnée au Marché unique*, *Rev. mar. un. eur.*, 1993, p. 106.

4. Orientamenti comunitari: società transnazionali e progetti autostradali

Una linea d'evoluzione del regime tradizionale può essere rappresentata, da un lato, dalla creazione di società transnazionali in grado di « gerer des réseaux transeuropéens dans des conditions de coûts plus favorable qu'aujourd'hui »¹⁷ e dall'altro dalla correzione di alcuni dei limiti e delle difficoltà, a volte contingenti ma sempre ostative, che si frappongono ad un corretto ricorso alla tecnica della finanza di progetto per la realizzazione di una infrastruttura autostradale a carattere transnazionale¹⁸.

L'esistenza per le opere autostradali dei tradizionali limiti rappresentati dalla richiesta di elevata intensità di capitale, dal differimento nel tempo della redditività dell'investimento, dall'esistenza di rischi non mitigabili (« rischio traffico ») ed infine dalla difficoltà di influenzare il fattore *tariffa di pedaggio*, condizioni tutte che rendono particolarmente complesso il ricorso alla tecnica della finanza di progetto¹⁹ richiede una particolare attenzione nell'esame di quest'ultimo profilo, tenendo anche presente il conflitto interpretativo, proprio della nostra esperienza, sulla natura giuridica del pedaggio.

Come è noto, ad una ricostruzione del pedaggio da parte della giurisprudenza, anche se non recente, in termini di *tassa*²⁰ (Cass. 23 gennaio 1975, n. 260, in *Riv. giur. circ. tras.*, 1976, p. 94), in grado quindi di riflettersi sulla sua configurabilità di elemento concorrente a realizzare un'ipotesi di finanza di progetto, si contrappone una qualificazione in termini di prezzo che considera il pedaggio corrispettivo di una prestazione contrattuale tra utente e gestore dell'autostrada²¹.

¹⁷ J. A. VINOIS, *op. cit.*, 106.

¹⁸ Per una recente analisi dei fattori di incertezza che incidono sul costo dell'investimento e sulla determinazione dei flussi di cassa M.G. CAROLI, *La finanza di progetto nella strategia di sviluppo competitivo del territorio*, relazione al convegno presso la Luiss del 12 ottobre 2001, p. 12 del dattiloscritto.

¹⁹ Condizioni ampiamente illustrate nella relazione di V. GAMBERALE dedicata a « Il project financing nelle opere autostradali », al Convegno Luiss del 12 ottobre cit.

²⁰ Cass. 23 gennaio 1975, n. 260, in *Riv. giur. circ. tras.*, 1976, p. 94; ma v. in senso critico G. MANGIONE, *Il « pedaggio » autostradale: tassa o prezzo*, in *Temi*, 1971, p. 111; P. GELATO, *Contrattualità del rapporto tra gerente di autostrada e utente*, in *Foro pad.*, 1988, I, p. 370; S. SALARDI, *Osservazioni sulla natura giuridica del rapporto intercorrente tra utente autostradale e gestore concessionario*, in *Il diritto dei tras.*, 1989, II, p. 216.

²¹ Per un inquadramento dei termini del problema PG. ALBERTI, *Il pedaggio autostradale tra autorità e contrattazione*, Milano, 1989, p. 56 sgg.

A ravvivare questo dibattito, stancamente riproposto nel tempo, un significativo contributo in favore della tesi contrattuale può ora essere fornito dalla più recente giurisprudenza della Corte di Giustizia che ha ravvisato nella messa a disposizione di un'infrastruttura stradale contro il pagamento di un pedaggio una prestazione di servizi ai sensi dell'art. 2, punto uno della sesta direttiva Iva. Attività questa esente (art. 4, n. 5) solo se, e nella misura in cui, sia svolta da enti di diritto pubblico nella loro veste di autorità pubbliche (Corte di giustizia 12 settembre 2000, C-276/97 Commissione c. Francia in *Raccolta* I, 6251; 18 gennaio 2001, C-83/99, Commissione c. Spagna *ibidem*, I, 445).

Ne consegue che l'esenzione non si applica alle attività del settore autostradale esercitate da operatori privati, come è stato riconosciuto, da ultimo, nei confronti della Spagna (v. par. 13 della sentenza del 18 gennaio 2001, cit.), non solo perché per la stessa giurisprudenza il regime di esenzione va interpretato in modo restrittivo, ma anche perché non rileverebbe, anche se il punto meriterebbe un autonomo approfondimento, il richiamo alle distorsioni alla concorrenza derivanti dal mancato assoggettamento ad iva dei pedaggi autostradali da parte di altri Stati²².

Il riconoscimento dell'esistenza nelle concessioni di costruzione e gestione del carattere, essenziale per il diritto comunitario, dell'attività d'impresa collegata al diritto di gestire l'opera e nella conseguente assunzione del rischio economico da parte del concessionario²³ non solo ne contrappone ruolo e figura rispetto al contraente generale²⁴ ma implica una serie di conseguenze in ordine ai problemi posti da una successiva determinazione della tariffa di pedaggio che non rispetti le condizioni di equilibrio alla base dell'operazione di *project financing* o che non provveda, in tal caso, ad una valutazione sostitutiva in grado di consentire la permanenza di queste stesse condizioni.

Anche se alla tesi che ha ravvisato nella concessione di costruzione e gestione per le autostrade l'applicazione in Italia *ante litteram* del

²² P. PISTONE, *Rassegna critica della giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia di imposta sul valore aggiunto* (gennaio 2000-luglio 2001), in *Riv. dir. trib.*, 2001, p. 152.

²³ A. BARONE-V. BASSI, *La comunicazione interpretativa sulle concessioni nel diritto comunitario: spunti ricostruttivi*, in *Foro it.*, 2000, IV, c. 394.

²⁴ Ricostruisce ora i caratteri strutturali e funzionali del nuovo istituto P. SALVATORE, *La nuova figura del general contractor* al Convegno dell'IGI del 22 aprile dedicato alla recente innovazione legislativa.

project financing, sia pure, almeno per il passato, con la garanzia dello Stato²⁵ si è opposta una ricostruzione che si limita a riconoscere l'esistenza in questo caso « di un ottimo esempio di debito pubblico finalizzato alla realizzazione di un grande progetto di investimento »²⁶, è indubbio che, fra gli elementi alla base del piano economico finanziario, la determinazione della tariffa di pedaggio, se non sfugge alla capacità di previsione del promotore o del concessionario, sfugge ad una sua possibilità di determinarne concretamente l'applicazione.

In presenza di questa circostanza, tale da condizionare in un suo elemento fondamentale la concreta applicabilità della finanza di progetto, escludendo o più precisamente riducendo concretamente la possibilità di ricorrere alla tecnica della cartolarizzazione per « crediti futuri, individuabili in blocco » (art. 1 legge 30 aprile 1999, n. 130)²⁷, intesi come « crediti non ancora esistenti, in quanto generabili nel normale esercizio dell'attività del cedente »²⁸ si tratta, nel rapporto interstatale e nella sua traduzione in termini comunitari, di identificare forme suppletive o di garanzia in grado di rispondere all'esigenza di certezza richiesta dal mercato dei capitali, tenendo anche conto delle difficoltà incontrate, nell'attuazione delle politiche di privatizzazione e di liberalizzazione da modelli elaborati in sede teorica e della necessità di prendere atto sia «

²⁵ S. SCOTTI CAMUZZI, *Il project financing nel settore pubblico*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2002, p. 5.

²⁶ F. FONTANA, S. SANDRI, M.G. CAROLI, *Il project financing nelle strategie di sviluppo dell'impresa e del territorio*, Roma, 2001, p. 9.

²⁷ Osserva da ultimo G. FAUCEGLIA, *La cartolarizzazione dei crediti: commento alla legge n. 130 del 1999*, Torino, 2002, p. 54 che « la massa di crediti generabili, a dispetto dei crediti futuri che la compongono, sembra essere attuale già al momento della stipulazione dell'accordo ed è rappresentativa della futura liquidità che l'operazione di cartolarizzazione permette di « scambiare » con quella attuale, rilevando correttamente in relazione alla tesi che la circostanza aleatoria della venuta in esistenza del singolo credito futuro sarebbe « circostanza aleatoria (che) non sembra rendere necessariamente aleatorio il contratto », che in tal modo « si finisce per sovrapporre impropriamente il concetto di aleatorietà come causa del contratto, sullo scambio corrispettivo inerente alla cessione anche di crediti futuri ».

²⁸ Indicativa di una ricostruzione intesa alla garanzia effettiva dei partecipanti dell'operazione è la precisazione contenuta nel decreto del Ministro del Tesoro del 4 aprile 2001 (G.U. 18 aprile 2001, n. 99) per cui è credito individuabile in blocco « l'insieme di crediti pecuniari individuabili sulla base di crediti predeterminati e tali da assicurare l'omogeneità giuridico-finanziaria degli stessi » (art. 2, n. 2, lett. g) individuando al contempo (lett. h) come crediti futuri « i crediti non ancora esistenti, in quanto generabili nel normale esercizio dell'attività del cedente ».

della limitata liberalizzabilità - se non a lungo termine - del settore e di « consolidare » prorogandole le singole concessioni²⁹.

Questa possibilità a sua volta può essere integrata, come è stato anche fatto in passato, a fronte di un'applicazione solo parziale dell'adeguamento tariffario rispetto ai termini inizialmente stabiliti, con « il rimborso [...] dei relativi minori introiti da pedaggio » (art. 12, secondo comma legge 12 agosto 1982, n. 531 per il regime della Tangenziale di Napoli).

Alla problematica di carattere generale ora prospettata va aggiunta l'incidenza, nella determinazione delle tariffe e dei pedaggi per opere di carattere transnazionale, di politiche di settore degli Stati membri.

Di regola la determinazione della tariffa di pedaggio è fissata, nella disciplina delle opere transnazionali ricordate in precedenza, « di comune accordo dai Governi su parere della Commissione intergovernativa » (v. per tutte l'art. 11 legge 18 dicembre 1972, n. 878 per il Traforo del Frejus) in funzione « degli oneri delle concessionarie », in una prospettiva rispettosa dei criteri informativi della tutela della partecipazione del capitale, pubblico o privato, al finanziamento dell'opera.

Questa stessa prospettiva che, correttamente utilizzata, è momento essenziale per la costruzione di una finanza di progetto tramite lo strumento della concessione-contratto, mentre trova conferma nel principio che i « pedaggi medi ponderati sono in funzione dei costi di costruzione, esercizio e sviluppo della rete di infrastrutture » (art. 7, punto nove della direttiva 1999/62 del 17 giugno 1999) può, ad esempio, essere alterata nella sua attuazione da una politica di uno Stato nazionale che applichi in modo non coordinato con la metodologia dell'adeguamento del livello iniziale della tariffa³⁰, la facoltà riconosciuta dalla normativa comunitaria ai singoli Stati membri di introdurre « diritti regolatori specificamente destinati a combattere le situazioni di congestione del traffico circoscritto a determinati luoghi e momenti » (art. 9, comma primo, lett. c della direttiva 1999/62).

Mutamenti nei criteri di determinazione del pedaggio o anche una sua eventuale destinazione a fini diversi che nell'ambito di una politica nazionale non tenga conto, in modo coordinato, degli interessi di tutti i soggetti al rispetto delle condizioni che ne hanno caratterizzato la partecipazione al

²⁹ A. AMOROSINO, *Poteri amministrativi e intraprese finanziarie*, Torino, 1999, p. 196.

³⁰ Sul necessario rispetto di questo canone v. da ultimo la determinazione dell'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici del 18 luglio 2000.

progetto dell'opera transnazionale, mettono a rischio la stessa credibilità del piano economico-finanziario alla base della concessione. Di estrema attualità è quanto potrebbe avvenire, come sembra di comprendere da recenti dichiarazioni di esponenti del governo francese (per tutti l'intervento del Ministro Gayssot del 15 maggio 2001 cui la stampa transalpina ha dato ampio risalto) riprese, da ultimo, nel *Financial Times* del 12 novembre che sotto il titolo « Alpine tunnel project begins to take shape » ricorda « France also suggests raising cash from other roads and tunnels linking the two countries in order to finance the project », intese a destinare parte dell'ammontare dei pedaggi di un'opera transnazionale autostradale « au paiement du tunnel ferroviaire marchandises sous la Chartreuse », in un'ottica diversa rispetto a quella seguita dal nostro legislatore.

Basti pensare nella nostra esperienza alla disciplina dell'art. 55 (comma tredici) della l. 27 dicembre 1997, n. 449 (legge finanziaria del 1997) che, nel rispetto delle condizioni che avevano reso possibile la realizzazione e la gestione di una infrastruttura autostradale di rilevanza nazionale ed internazionale, ha autorizzato la società autostradale del Brennero ad « accantonare, in base al proprio *piano finanziario ed economico*, una quota, anche prevalente, dei proventi in un fondo destinato al rinnovo dell'infrastruttura ferroviaria attraverso il Brennero ed alla realizzazione della relativa galleria ».

A fronte di questa problematica rappresentativa delle diverse reazioni delle singole realtà nazionali ai problemi del trasporto e dell'infrastrutturazione che ne caratterizza l'evoluzione, appaiono non prive di rilievo le corrispondenti vicende nazionali della privatizzazione delle partecipazioni pubbliche nel settore autostradale.

La procedura di privatizzazione sostanzialmente completata nella nostra esperienza, è annunciata, ma con un esperimento solo parziale, per la primavera del 2002 in Francia nel regime dell'*ordonnance* del 28 marzo 2001 (significative sono le anticipazioni in *Le monde* del 18 ottobre u. s. « La privatisation des Autoroutes du Sud, une nouvelle cagnotte »), sì che se le iniziative di utilizzazione del pedaggio autostradale a fini di versi da quelli iniziali dovessero trovare luogo sarebbe necessario un intervento comunitario sia per correggere le conseguenze di differenti regimi nazionali di proprietà (v. da ultimo per la Francia il progetto di legge n. 3357 sulla sicurezza delle infrastrutture e dei sistemi di trasporto) sia per contemperare le esigenze dei soggetti economici che concorrono ad un progetto di co-

struzione e gestione di un'opera transnazionale con la tutela di un interesse pubblico (interesse economico generale) in funzione dei principi informativi della disciplina delle reti transeuropee.

Se un primo spunto in questa direzione - ma forse più di uno spunto - è fornito sempre dalla direttiva del 17 giugno 1999, quando all'art. 8 (comma primo) nel prevedere la cooperazione degli Stati membri ai fini dell'introduzione di un sistema comune di diritti d'utenza stabilisce che questi stessi Stati « *associano strettamente la Commissione alla preparazione di detto sistema, nonché al suo successivo funzionamento e le sue eventuali modifiche* », una conferma dell'attualità del problema e dei delicati risvolti che presenta è fornito, ancora una volta, dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia.

5. Giurisprudenza della Corte di Giustizia di condanna di uno Stato membro per non « aver applicato i pedaggi esclusivamente al fine di coprire i costi connessi alla costruzione, all'esercizio ed allo sviluppo dell'autostrada »

La recente decisione della Corte di Giustizia del 26 settembre 2000 (causa C-205/98) condannando per inadempimento della normativa comunitaria la Repubblica d'Austria, ha affermato il principio dell'illegittimità di pedaggi non destinati « esclusivamente al fine di coprire i costi connessi alla costruzione, all'esercizio ed allo sviluppo dell'autostrada del Brennero... ». Il regime previsto dalla normativa nazionale contrastava ad avviso della Corte, con il principio fissato dall'art. 7, lett. h) della direttiva comunitaria del 25 ottobre 1993 (93/89 CEE) ora sostituita dalla più volte citata direttiva 62/99 per il quale il mantenimento o l'introduzione di pedaggi o diritti d'utenza è condizionato alla circostanza che le rispettive « aliquote [...] sono connesse ai costi di costruzione, esercizio e sviluppo della rete d'infrastrutture di cui trattasi ».

L'argomento addotto dal governo austriaco che la mancata proporzionalità nell'aumento del pedaggio a questi parametri sarebbe stato giustificato da « ragioni di politica della circolazione e dell'ambiente » (ivi, *sub. par.* 136) è stato censurato dalla Corte nell'ottica di proibire « differenze tariffarie fondate, direttamente o indirettamente, sulla nazionalità dei trasportatori o sull'origine o sulla destinazione del trasporto nell'ambito [...] della fissazione delle aliquote di pe-

daggio » (Corte di Giustizia cit. *sub* par. 99).

In applicazione del principio che obiettivi di politica economica generale di uno Stato membro non giustificano « l'esistenza di una riserva generale in favore dei legislatori nazionali per situazioni eccezionali, al di fuori delle specifiche previsioni del Trattato » e delle direttive corrispondenti (giurisprudenza costante nel c.d. filone « Karella »³¹ confermata da ultimo nella decisione del 12 marzo 1996 C-44/93), ma devono essere sempre giustificati da « motivi imperativi di interesse pubblico, [...] idonei a garantire il conseguimento dello scopo perseguito e non andare oltre quanto necessario per il raggiungimento di questo » (da ultimo Corte di Giustizia 9 marzo 1999 C-212/97 nel caso « Centros »), la Corte ha affermato che ogni deroga alla regola della commisurazione dei pedaggi ai costi reali è rimessa al legislatore comunitario, unico soggetto legittimato ad « autorizzare in futuro una presa in considerazione dei costi esterni per la valutazione delle tariffe, salvo creare in particolare distorsioni della concorrenza inaccettabili, che la direttiva mira, appunto ad eliminare » (*ivi*, *sub* par. 120).

Dunque è solo nell'obiettivo equilibrio tra scelte di politica economica del singolo Stato nazionale e rispetto delle regole che presiedono alla procedura di finanziamento di un'opera pubblica transnazionale che va ricercata la linea di confine al potere di incidere nel corso del periodo di gestione dell'opera sui criteri di fissazione del livello dei pedaggi alla base del piano economico-finanziario.

³¹ Corte di Giustizia del 30 maggio 1991, cause riunite 19/90 e 20/90, in *Società*, 1991, p. 1620.

Elenco completo delle pubblicazioni

- *In tema di costituzionalità dello «sganciamento»*, nota a Corte cost. 26 gennaio 1960, n. 1, in *Riv. dir. comm.*, 1960, II, p. 161 e ss.
- *Sulla legittimazione a proporre l'azione di annullamento e di nullità avverso una delibera assembleare della società per azioni*, nota a App. Milano 12 aprile 1960, in *Riv. dir. comm.*, 1960, II, p. 295 e ss.
- *Il fallimento dell'impresa e il rapporto di lavoro subordinato*, in *Mass. giur. lav.*, 1961, p. 373 e ss.
- *Tribunale del fallimento e accertamento di crediti di lavoro*, nota a App. Napoli, 12 dicembre 1961, in *Mass. giur. lav.*, 1962, p. 361 e ss.
- *In tema di amministratore di società per azioni, direttore generale della stessa società*, nota a Cass. 5 luglio 1962, n. 1727, in *Mass. giur. lav.*, 1963, p. 391 e ss.
- *Trasferimento d'azienda e rapporto di lavoro*, in *Mass. giur. lav.*, 1964, p. 87 e ss. e p. 184 e ss.
- *Prospettive attuali della riforma delle società per azioni*, in *Quad. scienze sociali*, 1964, p. 227 e ss.
- *Socio di società di persone e rapporto di lavoro*, nota a Cass. 17 luglio 1964, n. 1945, in *Mass. giur. lav.*, 1965, p. 10 e ss.
- *Società a «garanzia limitata» e imposta sulle società*, nota a C. centrale, 17 gennaio 1964, n. 63384, in *Riv. dir. fin.*, 1966, II, p. 44 e ss.
- *Reintegrazione del capitale sociale o presunzione di mutuo?* in *Riv. dir. fin.*, 1967, I, p. 67 e ss.
- *Rapporto sociale, rapporto di lavoro subordinato e reddito sociale*, in *Riv. dir. fin.*, 1968, I, p. 75 e ss. e p. 286 e ss.
- *Art. 86 t.u. 29 gennaio 1958, n. 645 e c. d. negozi «in frode al fisco»*, in *Riv. dir. fin.*, 1968, I, p. 452 e ss.
- *Limitazione della responsabilità e impresa individuale a responsabilità limitata*, in *Riv. dir. comm.*, 1969, I, p. 320 e ss.
- *Controllo giudiziario sull'amministrazione delle società di capitali e «Anstalt» del Liechtenstein*, nota a Trib. Roma, 19 giugno 1968, in *Giur. merito*, 1969, I, p. 573 e ss.
- *Rappresentazione dell'opera cinematografica e sua diffusione televisiva*, nota

- a P. Roma, 2 dicembre 1967, in *Dir. radiodiffusioni*, 1969, p. 129 e ss.
- *Community antenna television system (cosiddetto Catv system) e tutela delle diffusionsi televisive*, (a proposito di una decisione della suprema corte degli Stati Uniti), in *Dir. radiodiffusioni*, 1969, p. 335 e ss.
 - *I negozi in frode alla legge fiscale*, in *Dir. e prat. trib.*, 1970, I, p. 505 e ss.
 - *In tema di frode alla legge tributaria (a proposito di un recente libro)*, in *Riv. dir. fin.*, 1970, I, p. 454 e ss.
 - *Opificio industriale e impresa di radiodiffusioni*, nota a Trib. Roma, 9 luglio 1969, in *Dir. e prat. trib.*, 1971, II, p. 120 e ss.
 - *Prestazione lavorativa del socio accomandante e reddito imponibile*, nota a C. centrale 13 maggio 1970, n. 5044, in *Dir. e prat. trib.*, 1971, II, p. 1231 e ss.
 - *Cable television e diritti d'autore*, in *Dir. rad. telec.*, 1972, p. 235 e ss.
 - *Limiti statutari al trasferimento delle azioni ed ammissione dei titoli in Borsa*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1972, I, p. 51 e ss.
 - *Diffusione televisiva di manifestazioni sportive e diritti erariali sugli spettacoli*, nota a Cass. 6 ottobre 1972, n. 2851, in *Dir. e prat. trib.*, 1973, II, p. 1109 e ss.
 - *Registrazione televisiva e telefilm: spunti per una ricerca*, in *Dir. rad. telec.*, 1973, p. 220 e ss.
 - *Poste a memoria, principio di verità e di chiarezza e conto profitti e perdite*, nota a Trib. Roma, 17 gennaio 1973, in *Giur. merito*, 1973, I, p. 510 e ss.
 - *Limiti statutari al trasferimento delle azioni ed ammissione dei titoli in borsa*, in *Studi in memoria di D. Pettiti*, Milano, 1973.
 - *Opera dell'ingegno, personaggi di fantasia e trasmissioni radiofoniche (da «Topo gigio» a «Scarpantibus»)*, nota a P. Roma, 15 gennaio 1973, in *Giur. merito*, 1973, I, p. 376 e ss.
 - *Società tra professionisti: temi e prospettive per una indagine*, in *Riv. società*, 1974, p. 993 e ss.
 - *Le società tra professionisti al vaglio della corte costituzionale*, nota a P. Genova, 11 luglio 1973, in *Giur. comm.*, 1974, II, p. 443 e ss.
 - *Accordi internazionali di coproduzione cinematografica e normativa nazionale in Temi*, 1975, p. 183 e ss.
 - *Società tra professionisti e società di progettazione industriale?*, nota a Corte cost. 22 gennaio 1976, n. 17, in *Giur. comm.*, 1976, II, p. 143 e ss.
 - *Le partecipazioni statali nel 1978: vicende e problemi ovvero forma e realtà*, in *Dir. italiani*, 1978, p. 175 e ss.
 - *Anstalt, società unipersonali e vicende giurisprudenziali dell'art. 2362 c.c.*, in *Giur. comm.*, 1979, I, p. 20 e ss.
 - *Società a partecipazione pubblica e politica del diritto (ovvero giudice, impresa pubblica e bilanci)*, in *Giur. comm.* 1981, I, p. 307 e ss.
 - *Legislazione di emergenza e vincoli sull'attività di impresa nella realizzazione di opere pubbliche*, *Arch. giur. OO.PP.*, 1985, p. 1671 e ss.
 - *Esecuzione di opere pubbliche, procedure di spesa e tutela dei valori ambientali*, *Arch. giur. OO.PP.*, 1986, p. 1621 e ss.

- *Le grandi infrastrutture*, in *Arch. giur. OO.PP.*, 1988, p. 495 e ss.
- *Interventi infrastrutturali e gestione dei servizi*, in *Riv. intern. sc. soc.*, 1989, p. 560 e ss.
- *Il disegno di legge sulla riforma dei servizi idrici: profili rilevanti per una gestione industriale della risorsa acqua*, in *Arch. giur. OO.PP.*, 1990, p. 1355 e ss.
- *Diritto all'ambiente e diritto allo sviluppo*, in *Arch. giur. OO.PP.*, 1992, p. 1857 e ss.
- *Libertà di iniziativa economica e tutela dell'ambiente (L'attività d'impresa tra controllo sociale e mercato)*, Milano, 1996.
- *Ambiente e territorio (il futuro dei servizi integrati per le concessioni autostradali)*, Milano, 1999 (in collaborazione con M. VIRANO).
- *Le società di interesse nazionale*, Milano, 2002.
- *Opere transnazionali ed inquadramento comunitario*, in AA.VV. (a cura di S. Scotti Camuzzi) *Il project financing come strumento di realizzazione di opere pubbliche*, (Atti del Convegno, Roma, 19 novembre 2001), Milano, 2002, p. 79 e ss.
- *L'arbitrato nelle società*, in *Con. Stato*, 2004, II, p. 709 e ss.
- *Principio di «precauzione» e responsabilità d'impresa: rischio tecnologico e attività pericolosa «per sua natura». Prime riflessioni su un tema di ricerca*, in *Contratto e Impresa-Europa*, 2005, p. 21 e ss.
- *La responsabilità patrimoniale dei soci*, in AA.VV. (a cura di A. NIGRO), *Libertà e responsabilità nel nuovo diritto societario*, Atti del Convegno, Roma 23/24.4.2004, Milano, 2006, p. 147 e ss.
- *Dalla golden share alla poison pill: evoluzione o involuzione del sistema? Da una prima lettura del 381°-384° comma dell'art. 1 l. 23 dicembre 2005, n. 266 in Giur. comm.*, 2006, I, p. 383 e ss.
- *La «saga» della golden share tra libertà di movimento di capitali e libertà di stabilimento*, in *Giur. comm.*, 2007, I, p. 302 e ss.
- *Società di diritto speciale ed esercizio di funzioni pubbliche*, in *Studi in onore di Vincenzo Caianiello*, Napoli, 2008, p. 651 e ss.
- *«Patto di stabilità» e legge finanziaria 2007: riorganizzazione della Pubblica Amministrazione e istituti di diritto privato*, in *Studi in onore di Nicolò Lipari*, Tomo II, Milano, 2008, p. 2647 e ss.
- *Le società di diritto speciale*, Torino, 2009.
- *La riforma dell'art. 2449 c.c. e le società con partecipazione degli enti pubblici locali*, in *Studi in onore di F. di Sabato*, Napoli, 2009, Vol. IV, Tomo II, p. 345 e ss.
- *Riorganizzazione della pubblica amministrazione e istituti di diritto privato*, in *Contratto e impresa*, 2010, p. 237 e ss.
- *Investimenti di «fondi sovrani» e tutela degli «interessi nazionali». Spunti dalla giurisprudenza della corte di giustizia in tema di «interesse generale» e di limiti alla libertà di movimento dei capitali e di stabilimento: a volte «non è tutto oro quel che luccica»*, in *Dir. banc.*, 2010, I, p. 27 e ss.
- *Ancora della Rai : «così com'è oggi, è un centauro con una natura in parte umana e in parte equina....»*, in *Giur. cost.*, 2010, p. 4085 e ss.
- *Commento Artt. 2449-2451*, in *Commentario Romano al nuovo diritto delle*

- società diretto da F. D'Alessandro*, Vol. II, Tomo II, Padova, 2011, p. 1091 e ss.
- *Riorganizzazione legislativa delle fondazioni nel settore lirico -sinfonico e qualificazione pubblicistica. Verso una tecnica legislativa delle privatizzazioni non più affidata alla sola «magia delle parole»?», nota a Corte cost. 2 aprile 2011, n. 153, in Giur. cost., 2011, p. 3252 e ss.*
 - *Responsabilità dei gestori per inadeguatezza dell'organizzazione*, in AA.VV (a cura di A.R. ADIUTORI), *Governo dell'impresa e responsabilità dei gestori*, – *Giornata di studio in ricordo di Salvatore Pescatore*, Roma, 15 maggio 2009. Atti, Milano, 2012, p. 21 e ss.
 - *Abusi di mercato e confisca obbligatoria degli «strumenti finanziari movimentati» (art. 187 sexies d.leg. 24 febbraio 1998 n. 58): inammissibilità della questione di legittimità costituzionale per mancata graduazione della sanzione, il cui accoglimento realizzerebbe una «novità di sistema», nota a Corte cost. 15 novembre 2012, n. 252, in Giur. cost., 2012, p. 4072 e ss.*
 - *Legislazione regionale in favore di imprese «vittime di reati di mafia e di criminalità organizzata»: legittimità di contributi finanziari ma violazione delle regole della concorrenza in caso di affidamenti «in via prioritaria» di contratti di cottimo fiduciario*, nota a Corte cost. 7 novembre 2013, n. 259, in Giur. cost., 2013, p. 4270 e ss.
 - *Alberto Asquini commissario straordinario IRI e Sergio Paronetto, responsabile della sede di Roma. Dal trasferimento dell'IRI a Milano (9 ottobre - 12 novembre 1943) alla critica della «socializzazione delle imprese» (d.leg. 12 febbraio 1944 n. 251)*, in *Riv. dir. comm.*, 2013, I, p. 1 e ss.
 - *Tutela della salute, tutela dell'ambiente ed evoluzione della governance nelle imprese di interesse strategico nazionale (il caso «Ilva»); un'applicazione dell'art. 41 cost. per uno «statuto d'impresa», in Riv. dir. comm.*, 2014, I, p. 183 e ss.
 - *Considerazioni a margine della nuova riforma della giustizia sportiva*, in *Gazzetta forense*, 2014, fasc. 6, p. 16 e ss.
 - *Commento artt. 2449-2451*, in AA.VV (a cura di D.U. SANTOSUOSSO), *Delle società – Dell'azienda – Della concorrenza*, in *Commentario del Codice Civile* diretto da E. GABRIELLI, Milano, 2015, p. 1514 e ss.

COLLANA MATERIALI E DOCUMENTI

Per informazioni sui precedenti volumi in collana, consultare il sito:
www.editricesapienza.it

20. Riflessioni sulla crisi libica del 2011
Guerra, economia e migrazioni
a cura di Luca Micheletta
21. Fondamenti della geografia economica
Basi teoriche e metodologiche per lo studio dei sistemi territoriali
Attilio Celant
22. Diritto e sistema democratico
Hayek e Kelsen a confronto
Giovanna Petrocco
23. Responsabilità degli enti da reato e mercati emergenti
a cura di Antonio Fiorella e Anna Salvina Valenzano
24. Integratori nello sport e nelle normali attività: le evidenze e la sorveglianza
Luigi Bellante, Piero Chiappini, Paolo Onorati
25. Museo di Merceologia, Sapienza Università di Roma. Collezioni - Catalogo ragionato dei reperti / Museum of Commodity Science, Sapienza University of Rome. Collections - Catalogue Raisonné of the exhibits
Małgorzata Binińska, Patrizia Falconi, Raffaella Preti
26. Politiche urbane per Roma
Le sfide di una Capitale debole
a cura di Ernesto d'Albergo e Daniela De Leo
27. Crescita economica, disuguaglianze e peso della malattia
Cristiana Abbafati
28. Alvaro e la Grande Guerra
Stratigrafia di «Vent'anni»
Aldo Maria Morace
29. Legionellosi. Cos'è e come difendersi
Quaderno informativo N. 20
Leandro Casini, Lucia Marinelli, Sabina Sernia, Emiliano Rapiti, Rocco Federico Perciavalle, Maria De Giusti
30. Il Palazzo del Verginese
Una *Delizia* Estense nascosta
Michele Russo

31. La Scarzuola tra idea e costruzione
Rappresentazione e analisi di un simbolo tramutato in pietra
Alfonso Ippolito
32. In-fertilità. Un approccio multidisciplinare
Atti del I Convegno nazionale - Roma, 5-6 maggio 2017
a cura di Michela Di Trani e Anna la Mesa
33. L'evoluzione dell'energia nucleare da fissione nel XX secolo
Luciano Sani
34. Struttura urbana e terziario alle imprese
Giorgio Alleva e Attilio Celant
35. Human mobility, health inequity and needs
The experience through the Emergency Departments of the metropolitan
area of Rome (EMAHM)
*a cura di Giuliano Bertazzoni, Corrado De Vito, Silvia Iorio, Armando
Montanari*
36. Per un lessico della paura in Europa
Spunti per una riflessione
a cura di Fabiana Ambrosi, Carolina Antonucci, Ida Xoxa
37. Impresa, società e poteri pubblici
Una perenne "voglia" di Stato?
Scritti di Felice Emilio Santonastaso

Questo volume raccoglie alcuni degli “scritti minori” di Felice Emilio Santonastaso, i quali coprono un arco di quasi cinquant’anni di studi, tutti dedicati, pur nella molteplicità delle aree tematiche (il “sistema” delle partecipazioni statali, le società di diritto speciale o di diritto singolare, i poteri speciali, le opere pubbliche) al rapporto fra imprese e poteri pubblici.

Gli scritti raccolti sono riconducibili ad una “linea di pensiero che [...] mira a privilegiare interpretazioni ed applicazioni degli istituti e delle norme che assicurino – nelle singole ‘porzioni’ di attività economica considerate – il più soddisfacente, o, se si preferisce, il meno insoddisfacente, punto di equilibrio fra interessi privati ed interessi pubblici”, come ricostruisce Alessandro Nigro nella presentazione del volume.

L’iniziativa della raccolta di alcuni scritti di Felice Emilio Santonastaso è di un gruppo di professori o ex professori della Facoltà di Economia della Sapienza Università di Roma.

Felice Emilio Santonastaso (1935-2014), giurista, dapprima professore associato e poi professore ordinario nella Facoltà di Economia della Sapienza Università di Roma, è stato direttore del Dipartimento di Diritto ed Economia delle Attività Produttive della medesima Facoltà. Ha ricoperto importanti e delicati incarichi nel mondo delle partecipazioni statali.

ISBN 978-88-9377-082-8



9 788893 770828

