

RIVISTA ITALIANA  
PER LE  
SCIENZE GIURIDICHE

Fondata da Francesco Schupfer e Guido Fusinato

SOTTO GLI AUSPICI DELLA FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA  
DELLA SAPIENZA - UNIVERSITÀ DI ROMA

DIRETTORE  
Mario Caravale

nuova serie

7  

---

2016



JOVENE EDITORE

## INCONTRI DI STUDIO

Interventi al Seminario della Facoltà di Giurisprudenza su

*Pubblico e privato nell'esperienza giuridica*

28 ottobre 2016

# Pubblico e privato: le tendenze di lungo periodo e la recente disciplina in materia di società partecipate dai pubblici poteri

---

Angelo Lalli

SOMMARIO: 1. Diritto privato e diritto pubblico: polisemie, interdipendenze e la irriducibile specificità dell'autonomia privata dei privati rispetto all'autonomia privata dell'amministrazione. – 2. L'“amministrativizzazione” del diritto privato in funzione di tutela dei soggetti deboli e di contrasto al potere privato e la “privatizzazione” del diritto pubblico come strumento per migliorare l'efficacia e favorire una maggiore democraticità dell'azione amministrativa. – 3. La disciplina posta dal d.lgs. n. 175 del 2016 nel solco del diritto privato speciale dell'amministrazione tra eterogeneità delle tipologie societarie e degli obiettivi dell'intervento pubblico sul mercato.

## 1. *Diritto privato e diritto pubblico: polisemie, interdipendenze e la irriducibile specificità dell'autonomia privata dei privati rispetto all'autonomia privata dell'amministrazione*

Lo studio del rapporto tra diritto pubblico, e in particolare tra il diritto amministrativo, e il diritto privato costituisce una chiave di lettura privilegiata per valutare le tendenze di lungo periodo degli ordinamenti giuridici in una prospettiva sia storica sia comparatistica.

In prima approssimazione si può convenire che con l'espressione diritto privato si indichi quel complesso di regole, istituti e concetti elaborati nel corso di più di due millenni dal pensiero giuridico di tradizione romanistica e connotati dal fatto di costituire il quadro delle garanzie offerte dagli ordinamenti giuridici agli individui al fine di realizzare la propria volontà, cristallizzandola in atti giuridicamente rilevanti e vincolanti.

Il diritto privato, secondo questa sintetica definizione, offre agli individui gli strumenti per autoregolare i propri interessi, di rilievo patrimoniale e non, nell'ambito di una sfera di libertà a essi riconosciuta. Storicamente poi la lunga e ricca elaborazione di pensiero che nei secoli ha costruito il diritto come ambito definito del sapere, a partire dalla seminale esperienza romanistica, è stata in grado di definire sul piano tecnico un sofisticato armamentario concettuale che

resta punto di riferimento per ogni altro settore dell'esperienza giuridica e ciò vale per tutte le aree culturali che a quella originaria e fondante esperienza si riferiscono. Emergono, dunque, due caratteri essenziali che denotano il diritto privato: esso è espressione della garanzia giuridica della libera volontà degli individui nella misura di volta in volta riconosciuta nei vari contesti storici e geografici; è anche, allo stesso tempo, un insieme di tecniche, nozioni, strumenti concettuali e linguaggi idonei a costituire un ambito autonomo della conoscenza nel novero delle scienze umane e sociali.

Il diritto pubblico appare tributario del diritto privato sul piano della tecnica. Esso è definibile come quel campo dell'esperienza giuridica il cui oggetto è la conoscenza razionale delle regole proprie di chi è titolare del potere di decidere per gli altri ovvero per la collettività. Il diritto amministrativo si inserisce in questo campo dell'esperienza giuridica avendo come ambito ciò che, in via convenzionale, conosciamo come pubblica amministrazione o, secondo altra accezione, come pubblico potere.

Lungo il crinale del rapporto diritto privato e diritto pubblico sono state evidenziate le distinzioni tra le grandi tradizioni giuridiche del *common law* e del *civil law*. Nella prima il diritto privato è stato inteso come diritto comune di tutti i soggetti dell'ordinamento, anche dei titolari di poteri pubblici, e come la tecnica prevalente per disciplinare ogni tipo di interesse privato e pubblico; nella seconda, la separazione tra diritto privato e diritto pubblico è apparsa più netta, essendo anzi stata affermata una tendenziale opposizione tra i due ambiti disciplinari.

Per lungo tempo si è ritenuto, secondo una vulgata che si fa risalire all'autorità di Albert V. Dicey, che negli ordinamenti di *common law* addirittura non sarebbe esistito un diritto dell'amministrazione così come esiste negli ordinamenti continentali; il diritto amministrativo di questi ordinamenti era visto come una delle espressioni più tipiche del dispotismo degli Stati continentali in netta contrapposizione al liberalismo proprio dell'Inghilterra che sarebbe stato garantito dal diritto comune ovvero dal diritto privato, per il quale il rispetto della *rule of law*, del *due process of law* e dell'autorità dei giudici comuni si imponevano allo stesso modo per i sudditi, così come per il re: in questa visione il diritto privato come diritto comune assorbe ed esaurisce la stessa esperienza giuridica.

La non corrispondenza di questa schematizzazione, frutto di un'ideologia, piuttosto che di un'analisi del diritto positivo, è ormai un risultato acquisito su cui non si può che rinviare agli studi che l'hanno meglio definita<sup>1</sup> e che hanno chiaramente dimostrato che, quanto meno a partire dal XIX secolo nel Regno Unito e, probabilmente ancor prima, negli Stati Uniti<sup>2</sup>, per esigenze connesse all'evoluzione della società si forma un *corpus* di regole distinte dal diritto privato-comune la cui osservanza è posta in essere e controllata da autorità pubbliche diverse dai giudici comuni e che esprimono valori spesso contrastanti con quelli tradizionali del *common law*.

Tuttavia, pur nella innegabile differenziazione dei percorsi storici di sviluppo del diritto pubblico e del diritto amministrativo nei diversi contesti geografici, un dato comune sembra emergere: il diritto privato, da un lato, è espressione dell'idea che gli individui possano regolare in modo autonomo i propri interessi e, dall'altro, offre nozioni, concetti e un linguaggio che non solo sono funzionali al predetto scopo ma che, per la loro compiutezza tecnica, costituiscono il punto di riferimento per l'elaborazione dello strumentario concettuale anche degli altri ambiti dell'esperienza giuridica e, segnatamente, del diritto pubblico in generale e del diritto amministrativo in particolare.

Si è visto che il diritto amministrativo nasce in contrapposizione al diritto privato e come ambito che, in prima battuta, si presenta speciale, anche se la specialità è variamente interpretata dal pensiero giuridico: è stato così in Inghilterra, negli Stati Uniti, in Francia, in Germania e in Italia.

Tuttavia, la forza della perfezione concettuale raggiunta dal diritto privato si impone anche negli altri settori perché fornisce un linguaggio formalizzato idoneo a organizzare razionalmente la conoscenza giuridica dei fenomeni. In altri termini, gli strumenti concettuali del diritto privato hanno costituito la base per elaborare anche quelli del diritto pubblico e amministrativo, nonostante la progressiva e sempre più intensa elaborazione di istituti speciali nell'ambito delle esperienze di diritto amministrativo, spesso sostenuta da un

<sup>1</sup> S. CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo*, Scientifica Einaudi, 1989, 40 e ss.; M. D'ALBERTI, *Diritto amministrativo comparato*, Mulino, Bologna, 1992, 63 e ss.

<sup>2</sup> JERRY MASHAW, *Creating the Administrative Constitution: The Lost 100 Years of American Administrative Law*, Yale University Press, New Haven & London, 2012.

precisa ideologia politica come accadde per l'Italia con la scuola orlandiana. Solo per fare alcuni esempi di istituti centrali che originano nel campo del diritto privato e poi sono adattati alle esigenze del diritto amministrativo, si possono citare: la nozione di proprietà pubblica, che poggia dogmaticamente su quella di proprietà privata<sup>3</sup>; la nozione di obbligazione e in genere la teoria delle situazioni giuridiche soggettive; l'istituto del contratto e la teoria del negozio che ha fornito in origine argomenti per elaborare la nozione di provvedimento, pur essendo poi superata; la responsabilità e i criteri di imputazione degli atti; la nozioni di capacità giuridica; la concezione dell'effetto giuridico; la rappresentanza da cui poi si è distinta la diversa nozione di organo; le categorie di invalidità degli atti; la nozione di patrimonio. Riguardo l'istituto delle società dopo una fase iniziale nella quale sono prevalsi appalti pubblicistici, il tema è stato attratto al d. commercial che è la sede naturale oggi. Non va poi dimenticato il principio ermeneutico di carattere generale per il quale la disciplina privatistica costituisce tutt'ora il contesto normativo generale cui si fa riferimento in caso di assenza di una specifica regolamentazione derogatoria di natura pubblicistica.

La constatazione in base alla quale l'elemento tecnico accomuna i due ambiti disciplinari, nel senso che il diritto privato si pone come la grammatica generale del diritto, induce a ricercare un più definito criterio discriminatorio tra i due settori conoscitivi dell'esperienza giuridica.

Sulla base del nostro diritto positivo, di rilievo anche costituzionale, è da ritenere che questa differenza possa essere individuata nell'oggetto dei due ambiti disciplinari e nei principi di fondo che ne costituiscono il nucleo valoriale proprio.

Il diritto privato si caratterizza per essere il diritto degli individui e delle formazioni sociali<sup>4</sup>, naturalmente destinato a dare sanzione giuridica alla libertà di autodeterminazione degli stessi. Il diritto pubblico e quello amministrativo hanno a oggetto l'attività dei soggetti investiti del compito di regolare gli interessi della generalità. In particolare al diritto amministrativo spetta disciplinare l'atti-

<sup>3</sup> A cominciare da S. ROMANO, *Principi di diritto amministrativo italiano*, Milano, 1906, 423 e ss.

<sup>4</sup> P. RESCIGNO, *Manuale del diritto privato italiano*, Jovene, Napoli, 1987, 28 e ss. e 45 e ss.

vità dei pubblici poteri per il perseguimento concreto di interessi pubblici, secondo la nozione descrittiva comunemente accolta; esso pertanto raccoglie le regole, i principi e i fatti organizzativi destinati a finalizzare l'attività dei pubblici poteri al raggiungimento degli obiettivi di interesse generale. Il diritto amministrativo non garantisce situazioni di libertà in senso proprio dell'amministrazione, ma istituisce, legittima, conforma e funzionalizza un suo ambito di autonomia.

L'autonomia dell'amministrazione, che trova fondamento nella Costituzione e nelle leggi, non si confonde con la libertà garantita ai privati, né con le loro autonomie che di quelle libertà sono un'espressione giuridicamente significativa. L'autonomia privata dei privati, infatti, in virtù della garanzia ad essa offerta dalla Costituzione, dai principi generali di diritto europei e interni, può essere dalla legge, ed eventualmente in via subordinata dalla stessa amministrazione nel rispetto dei principi generali richiamati, regolata, ma mai funzionalizzata. Con riferimento specifico alla disciplina dei soggetti privati, esistono nel nostro ordinamento costituzionale, infatti, limiti alla pubblicizzazione del relativo regime e alla possibilità per il legislatore di definirne l'organizzazione interna e gli scopi<sup>5</sup>.

Le autonomie dell'amministrazione, invece, secondo una classica impostazione ancora attuale, indicano gli spazi di valutazione soggettiva necessari per poter apprezzare le concrete situazioni, non tutte prevedibili in astratto e in generale dalla legge, al fine di massimizzare l'interesse pubblico. Nell'esercizio del potere pubblico in senso tradizionale ovvero il potere unilaterale, autoritativo e tipico, questo ambito di autonomia dell'amministrazione prende il nome di discrezionalità e l'attività giuridica posta in essere nel suo esercizio ha i connotati della funzione. Quando l'amministrazione esercita le proprie competenze applicando gli strumenti del diritto privato non può, secondo quanto qui si ritiene, dirsi che stia esercitando autonomia privata in senso proprio. Anche quando utilizza strumenti privatistici, l'attività amministrativa, infatti, è sempre funzionalizzata<sup>6</sup> e

<sup>5</sup> Sul punto sono emblematiche le notissime sentenze della Corte costituzionale, sulle IPAB, del 7 aprile 1988, n.396 e sulle fondazioni di origine bancaria, del 29 settembre 2003, n. 301.

<sup>6</sup> In questo senso V. CERULLI IRELLI, *Amministrazione pubblica e diritto privato*, Giappichelli, Torino, 2011, 10 e ss.

ciò basta per distinguere nettamente l'autonomia privata dei privati dall'autonomia privata dell'amministrazione. Si può aggiungere che a questo risultato ha contribuito di recente in modo determinante il diritto dell'Unione europea che, in materia di contratti pubblici passivi, ha esteso e reso assai più incisiva la disciplina di evidenza pubblica o, meglio si direbbe, di rilievo pubblico che condiziona ormai non solo la fase di scelta del contraente, ma, in certi casi, anche la fase esecutiva, ad esempio quando sia annullata in giudizio l'aggiudicazione<sup>7</sup>.

In conclusione, si ritiene che altro sia l'autonomia privata dei privati, altro l'autonomia privata dei poteri pubblici<sup>8</sup>. Non solo, la sostanziale differenza delle due situazioni giuridiche consente al principio della funzionalizzazione dell'attività amministrativa, che ha fondamento costituzionale, di legittimare e orientare forme di controllo pervasivo anche quando il diritto positivo attribuisca ai poteri pubblici ampi margini per avvalersi degli strumenti privatistici<sup>9</sup>.

Tenendo presente l'irriducibilità delle due tipologie di autonomia privata, passiamo a descrivere gli andamenti di fondo che hanno caratterizzato nella più recente evoluzione gli equilibri interni al diritto privato e al diritto amministrativo per collocare, infine, l'esame della disciplina delle società pubbliche posta dal d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175.

<sup>7</sup> Ci si riferisce ai penetranti poteri del giudice amministrativo di valutare e decidere in merito alla sorte del contratto *medio tempore* stipulato con l'aggiudicatario, la cui aggiudicazione sia annullata quando egli abbia già iniziato l'esecuzione del contratto. In tali evenienze, la fase pubblicistica si estende fino quasi ad annullare quella privatistica dell'esecuzione sia per i profili gestionali del contratto sia per i profili di giurisdizione che passa al giudice amministrativo (cfr. artt. 120 e ss. del d.lgs. 2 luglio 2010, n.104 e ss.mm. e ii.).

<sup>8</sup> Come è noto, l'opinione secondo cui l'autonomia privata appartiene anche all'ente pubblico autoritativo se la si concepisce come distinta dalla libertà di iniziativa economica e come "*una posizione del soggetto nell'ordinamento, derivante dalle norme fondamentali sulla plurisoggettività e sulle normazioni proprie degli ordinamenti generali statali moderni per cui al soggetto è attribuito un potere di autonormazione per la regolazione dei propri interessi, condizionato alle norme imperative dell'ordinamento*" poggia sull'autorità di M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1993, 60.

<sup>9</sup> La stessa lettera della legge (art. 1, comma 1-*bis*, legge n. 241 del 1990) indica che l'amministrazione agisce secondo le norme di diritto privato, ma non certo afferma che esercita autonomia privata.



2. *L'“amministrativizzazione” del diritto privato in funzione di tutela dei soggetti deboli e di contrasto al potere privato e la “privatizzazione” del diritto pubblico come strumento per migliorare l'efficacia e favorire una maggiore democraticità dell'azione amministrativa*

Fermo restano quanto da ultimo osservato, occorre mettere in evidenza una tendenza recente.

È stato significativamente affermato<sup>10</sup> che oggi il vero diritto privato sarebbe il diritto amministrativo inteso come diritto dell'intera società (e non soltanto, come da tradizione, il diritto della pubblica amministrazione). L'affermazione poggia sulla considerazione che le discipline amministrative appaiono sempre più estese a ogni aspetto della vita dei singoli e delle collettività; molta parte della disciplina amministrativa delle attività private viene elaborata a seguito di procedimenti partecipati nei quali si realizza un confronto cooperativo tra i titolari di interessi privati e i portatori di quelli pubblici, secondo un movimento ascenzionale dalla società verso lo Stato; il diritto amministrativo tende sempre più a originarsi dal basso così come, storicamente nella tradizione di origine romanistica, è stato elaborato il diritto privato a seguito dell'opera di sistemazione e razionalizzazione svolta dai giureconsulti delle esigenze e degli interessi manifestati dalla società e non tanto come un'imposizione dall'alto e dall'esterno. Il fenomeno si spiegherebbe con la circostanza che negli ultimi due secoli ai pubblici poteri si è richiesto sempre di più: in particolare è stata sempre più marcata la domanda di vigilanza e di protezione su tutto e su tutti.

Tali considerazioni individuano un andamento tipico dei nostri tempi. Si pensi, per fare qualche esempio, alle disposizioni inderogabili e ai meccanismi di sostituzione automatica di clausole contrattuali apposte dalle parti in contrasto con norme inderogabili nei già previsti nel codice civile del 1942 e sempre più frequentemente nelle leggi speciali dell'epoca repubblicana che disciplinano relazioni privatistiche; ai diversi statuti proprietari riferiti alle distinte categorie di beni che possono prevedere una sorta di co-disponibilità tra privato proprietario e amministrazione pubblica sul medesimo; alle discipline delle società commerciali, della crisi di impresa, delle attività

<sup>10</sup> S. CASSESE, L. TORCHIA, *“Diritto amministrativo. Una conversazione”*, Mulino, Bologna, 2014, 37 e ss.

di intermediazione finanziaria, sempre più caratterizzate da ibridazioni pubblicistiche. In tali contesti normativi si pongono, in nome dell'interesse generale, non solo i classici limiti esterni all'autonomia privata dei privati, quali la liceità, l'ordine pubblico e il buon costume, ma si consente una serie ampia ingerenze nell'attività, in principio, privata da parte di organi pubblici di regolazione e controllo che limitano in modo penetrante quella generale autonomia che, va ribadito, nel nostro ordinamento è comunque espressione di una libertà garantita ai privati.

Particolarmente significativa in questo senso è l'esperienza della regolazione posta in essere dalle autorità indipendenti<sup>11</sup>: soggetti pubblici istituiti a presidio di interessi generali quali l'apertura dei mercati e il mantenimento in essi di una concorrenza effettiva, il pluralismo dell'informazione, la correttezza e la trasparenza nelle relazioni finanziarie, la tutela del consumatore. L'attività di disciplina posta in essere da tali poteri pubblici opera ridefinendo in concreto i limiti delle autonomie negoziali nei vari settori: a volte mediante discipline che operano *ex ante* e delineano il quadro del diritto oggettivo integrando la disciplina legislativa, a volte mediante interventi di repressione *ex post* a carattere provvedimentoale volti a sanzionare i comportamenti ritenuti illeciti alla stregua di clausole generali che le autorità stesse hanno il compito di applicare. Secondo tale nuovo modello di funzione amministrativa, svincolata dall'indirizzo politico, le regole generali e tradizionali del contratto sono derogate, a volte sospese, altre volte meglio specificate. In certi mercati, la stessa libertà di elaborare modelli contrattuali è sottoposta alla previa autorizzazione dell'autorità di settore che, in altri casi, ne definisce previamente gli schemi. È così, ad esempio, nei mercati dell'energia elettrica e del gas sia nei rapporti tra professionisti e consumatori, sia nei rapporti tra imprenditori che hanno diverso potere di mercato.

Si supera il classico modello civilistico che vedeva le parti disporre liberamente dei propri interessi su un piano di assoluta parità ed eventualmente il giudice intervenire per dirimere la controversia, senza mai ingerirsi nelle scelte di convenienza cristallizzate nel rego-

<sup>11</sup> In una prospettiva attenta all'incidenza di quest'attività di regolazione sulle autonomie dei privati si v. E. DEL PRATO, *Autorità indipendenti, norme imperative e diritto dei contratti*, in *Riv. di dir. priv.*, 3/2001, 515 e ss.; G. GITTI (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti. La metamorfosi del contratto*, Mulino, Bologna, 2006.

lamento contrattuale. Le regole – generali e particolari – poste dalle autorità che sovrintendono ai vari mercati definiscono veri e propri *status* peculiari degli operatori privati. Ne è esempio chiarificatore l'insieme di regole che limitano la capacità degli investitori non professionali di essere parti di determinate categorie di negozi di intermediazione finanziaria, con ciò incidendosi sulla loro stessa capacità giuridica, solo in astratto ormai da ritenere generale.

Altra manifestazione tipica di questa tendenza è rappresentata dalla tutela amministrativa dei consumatori affidata in linea generale all'Autorità garante della concorrenza e del mercato e, a date condizioni ed entro certi limiti, alle Autorità di regolazione di settore<sup>12</sup>. In applicazione delle discipline in materia di pratiche commerciali scorrette e di clausole vessatorie, si è istituita una specifica funzione amministrativa tutoria di determinate categorie di soggetti privati ritenute deboli nella loro attività negoziale con altri soggetti privati ritenuti in posizioni di forza sul mercato.

La stessa disciplina civilistica in materia di clausole vessatorie stabilita dagli articoli 33 e 34 del d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206 (Codice del consumo) attribuisce al giudice civile compiti inconsueti di tutela che si realizzano mediante un controllo intrinseco sull'equilibrio giuridico dei contratti<sup>13</sup> che solo labilmente si distingue dalla valutazione della convenienza economica dell'affare<sup>14</sup> e, in ogni caso, va molto oltre il controllo sulla meritevolezza degli interessi perseguiti dalle parti, condotto alla stregua del tradizionale canone di cui all'art. 1322, comma 2, c.c. Ancora, le nullità di protezione poste a tutela degli interessi di una sola parte, sul presupposto della sua debolezza, alterano la natura stessa del vizio dell'atto nella sua concezione originaria che lo inquadra come causa d'invalidità strutturale del negozio<sup>15</sup>.

<sup>12</sup> Art. 66 d.lgs. n. 205 del 2006.

<sup>13</sup> Art. 33 del d.lgs. 206 del 2005 “*Nel contratto concluso tra il consumatore ed il professionista si considerano vessatorie le clausole che, malgrado la buona fede, determinano a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto*”.

<sup>14</sup> Nonostante la legge escluda la vessatorietà della clausola per ragioni attinenti alla determinazione dell'oggetto del contratto, all'adeguatezza del corrispettivo dei beni e dei servizi e nei casi di negoziazione individuale, invero rara nella prassi. Cfr. art. 34 del d.lgs. 206 del 2005.

<sup>15</sup> Su questi aspetti G. ALPA, A. CATRICALÀ, *Diritto dei consumatori*, Mulino, Bologna, 2016.

L'insieme di tali elementi segna un'alterazione profonda degli equilibri interni del diritto privato che non appare più l'espressione tipica di una disciplina che regola i rapporti tra soggetti in principio considerati uguali e sullo stesso piano, ma si presenta come un ambito nel quale le leggi speciali, ormai superando la centralità del codice<sup>16</sup>, tendono a far riemergere un diritto privato degli *status*: il consumatore, il professionista, l'investitore, l'impresa dei mercati regolati. E la definizione di questi *status* è sempre più spesso affidata all'opera normativa e provvedimentale di autorità amministrative che agiscono in funzione tutoria dell'autonomia privata dei privati, la quale perde quella originaria purezza concettuale di essere l'espressione non mediata della libertà delle persone di autoregolare i propri interessi.

Specularmente a questo fenomeno che riguarda il diritto privato, deve essere ricordata la tendenza sempre più marcata all'uso da parte della pubblica amministrazione di modelli consensuali anche nel momento in cui esercita un potere pubblico nella sua accezione tradizionale di attività unilaterale, autoritativa e tipica. Come anticipato, da sempre la pubblica amministrazione si avvale degli strumenti del diritto privato come i contratti, le obbligazioni, i diritti reali, le società, seppure seguendo discipline speciali che al fondo escludono, per le ragioni indicate, che l'amministrazione possa essere considerata titolare di autonomia privata nella medesima accezione propria dell'autonomia che spetta ai privati. Il diverso fenomeno cui si allude indica la tendenza a conferire peculiare rilevanza al consenso dei soggetti privati con i quali l'amministrazione entra in contatto nell'esercizio delle proprie competenze, superando la tradizionale prospettiva della teoria non negoziale del provvedimento amministrativo<sup>17</sup>.

A titolo di esempio possono citarsi gli accordi elaborati dalle varie legislazioni, statali e regionali, che disciplinano l'assetto del territorio e, in particolare, la pianificazione urbanistica. Le c.c.d.d. convenzioni urbanistiche sono oggi pacificamente ricondotte dalla giurisprudenza al novero degli accordi amministrativi di cui al modello descritto dall'art. 11 della legge n. 241 del 1990. A tali accordi si ap-

<sup>16</sup> N. IRTI, *L'età della decodificazione*, Giuffrè, Milano, 1999.

<sup>17</sup> F.G. SCOCA, *La teoria del provvedimento dalla sua formazione alla legge sul procedimento*, in *Dir. amm.*, 1995, 1 e ss.

plicano, ad esempio, le regole della responsabilità contrattuale anche nei confronti della stessa parte pubblica che non adempia ai propri obblighi da essi derivanti<sup>18</sup>.

Altre fattispecie che segnalano la rinnovata rilevanza del consenso dei privati a fronte dell'esercizio di funzioni autoritative di controllo sono le c.c.d.d. decisioni con impegni che possono essere adottate da alcune autorità di controllo dei mercati nei confronti di imprese incolpate di essere responsabili della presunta violazione delle regole di concorrenza o delle altre regole di settore<sup>19</sup>. In tali ipotesi, la fattispecie prevede che l'accertamento avviato dall'autorità in merito alla responsabilità dell'impresa possa arrestarsi qualora l'impresa stessa offra di porre in essere comportamenti che dalla autorità stessa siano ritenuti idonei a superare nei fatti le criticità indicate nell'atto di avvio del procedimento. In altri termini, l'impresa sottoposta a procedimento, esercitando essa sì la propria libera autonomia, può offrire di compiere alcune attività sul mercato che, a giudizio dell'autorità, possono essere considerate idonee a superare le problematiche ipotizzate e con ciò evita l'accertamento dell'illecito a suo carico. In queste evenienze, il consenso del privato costituisce il presupposto giuridico affinché l'amministrazione possa adottare il provvedimento di accoglimento degli impegni che li rende vincolanti e determina l'arresto dell'istruttoria. Spettano all'amministrazione la valutazione di mera idoneità tecnica degli impegni presentati a risolvere il problema prefigurato nell'atto di avvio, sia una ponderazione, di natura più schiettamente discrezionale, in merito all'opportunità nei vari casi concreti di scegliere tra l'interruzione della procedura o la sua prosecuzione in vista della migliore tutela dell'interesse pubblico. Se la valutazione tecnica e la ponderazione discrezionale hanno esito positivo, l'amministrazione adotta un provvedimento autoritativo<sup>20</sup> che rende gli impegni, liberamente offerti dalla parte, obbligatori per quest'ultima e interrompe la procedura nei suoi confronti.

<sup>18</sup> Cfr. CdS, 14 aprile 2016, V, n. 1491.

<sup>19</sup> Art. 15-*bis* della legge n. 287 del 1990 e 14-*bis* del decreto-legge 4 luglio 2006, n. 223, convertito dalla legge 4 agosto 2006, n. 248.

<sup>20</sup> In questo senso è la ricostruzione dell'istituto analogo disciplinato con riferimento ai poteri della Commissione europea nell'ambito di applicazione delle regole di concorrenza: cfr. Tribunale di I grado, sentenza dell'11 luglio 2007, causa T-170/06, *Alrosa/Commissione*, in *Racc.*, 2007.

Il pregnante rilievo del consenso nella fattispecie si mostra in tutta evidenza nel fatto che l'entità del sacrificio che l'impresa decide di assumere è ritenuto frutto di una sua libera scelta al punto che tale circostanza dispensa l'autorità dal rispetto rigoroso del principio di proporzionalità. La valutazione dell'autorità, infatti, sarà legittima solo se si limita ad accertare l'idoneità sul piano tecnico delle misure proposte a risolvere il problema ipotizzato, ma non dovrà estendersi anche alla ricerca di misure meno afflittive e ugualmente efficaci; ricerca, invece, necessaria laddove l'autorità intenda esercitare i propri poteri tipicamente autoritativi volti ad accertare l'illecito, a imporre le previste sanzioni e a ingiungere di porre in essere comportamenti ripristinatori dell'ordine giuridico violato<sup>21</sup>.

Dunque, la decisione di accettazione degli impegni solo apparentemente ha struttura schiettamente contrattuale<sup>22</sup> e più propriamente si lascia inquadrare come atto complesso nel quale coesistono, senza confondersi, l'esercizio dell'autonoma e libera scelta dell'impresa e la valutazione dell'autorità e dove proprio la presenza del consenso del privato<sup>23</sup> modifica i criteri di esercizio del potere autoritativo, limitando l'applicazione del principio di proporzionalità.

Ancora, l'elemento del consenso assume una sua peculiare pregnanza nei procedimenti di regolazione delle autorità indipendenti attraverso forme di partecipazione procedimentale alla fase istruttoria degli stessi da parte dei soggetti che saranno i destinatari della disciplina emananda con i provvedimenti a carattere generale. La partecipazione dei privati incide diversamente a seconda delle procedure e il consenso dei destinatari della regolazione può avere rilievo indiretto, attraverso gli apporti istruttori che possono indirizzare la

<sup>21</sup> Così esplicitamente la Corte di giustizia dell'Unione europea, 29 giugno 2010, C-441/07 P, 48, 49, 50, pronunciata su appello della sentenza c.d. Alrosa del Tribunale di Primo grado citata.

<sup>22</sup> Vi sono autori che invece inquadrano l'istituto nella figura dell'accordo integrativo o sostitutivo di provvedimento di cui all'art. 11 della legge 7 agosto 1990, n. 241, come M. LIBERTINI, *La decisione di chiusura dei procedimenti per illeciti antitrust a seguito di impegni delle imprese interessate (art. 14-ter, legge 10 ottobre 1990, n. 287)*, in *Il Giornale di diritto amministrativo*, 2006, n. 12.

<sup>23</sup> Cfr. Corte di giustizia, C-441/07 P, cit., 48: "*Le imprese che propongono impegni in base all'art. 9 del regolamento n. 1/2003 accettano coscientemente che le loro concessioni possano eccedere quanto potrebbe imporre loro la Commissione stessa in una decisione che essa dovesse adottare conformemente all'art. 7 di tale regolamento a seguito di un'inchiesta approfondita*".

decisione finale in un senso piuttosto che in un altro, o diretto come nelle esperienze di c.d. regolazione negoziata, ad esempio disciplinata negli Stati Uniti dal *Negotiated Rulemaking act del 1990*<sup>24</sup>.

Queste nuove multiformi esperienze del diritto amministrativo, prefigurate già in passato dalla dottrina<sup>25</sup>, tendono ad aumentare.

In conclusione, il diritto privato ha mutuato alcuni strumenti di natura amministrativa, conosce la presenza sempre più pervasiva della regolazione amministrativa sia in funzione di supporto e tutela delle autonomie private, quando queste siano espressione della situazione fattuale di categorie di soggetti ritenuti deboli oppure, all'opposto, in funzione di limite dell'autonomia privata quando questa trasmodi in esercizio di potere privato abusivo. D'altro canto, il diritto amministrativo attinge sempre più agli strumenti privatistici e, in particolar modo, dà sempre maggior rilievo al consenso dei privati interessati dall'azione amministrativa autoritativa. In ogni caso, però va sottolineato che l'accentuato rilievo del consenso nel diritto amministrativo non consente di considerare le varie fattispecie segnalate espressione di autonomia privata della pubblica amministrazione.

Ne risulta, in definitiva, un quadro nel quale l'amministrazione, oltre ad agire secondo il tradizionale schema pubblicistico autoritativo, adotta sempre più modelli nei quali il consenso dei privati ha un ruolo importante; inoltre, applica, da sempre, gli strumenti propri del diritto privato, ma, per le ragioni dette, residua un'irriducibile differenza di fondo tra la nozione di autonomia privata dei privati e quella di autonomia privata dell'amministrazione.

### 3. *La disciplina posta dal d.lgs. n. 175 del 2016 nel solco del diritto privato speciale dell'amministrazione tra eterogeneità delle tipologie societarie e degli obiettivi dell'intervento pubblico sul mercato*

Ulteriore conferma dell'assunto conclusivo del precedente paragrafo emerge proprio dall'esame della disciplina recata dal d.lgs. n. 175 del 2016. È dichiarato<sup>26</sup> l'intento del legislatore governativo di

<sup>24</sup> Sul punto si v. M. RAMAJOLI, *Procedimento regolatorio e partecipazione*, in AA.VV. a cura di E. BRUTI LIBERATI e FILIPPO DONATI, *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, pag. 189 e ss.

<sup>25</sup> F. BENVENUTI, *Il nuovo cittadino. Tra libertà garantita e libertà attiva*, Marsilio, Venezia, 1994.

<sup>26</sup> Cfr. relazione AIR allo schema di decreto legislativo, reperibile sul sito [www.funzionepubblica.gov.it](http://www.funzionepubblica.gov.it).

promuovere, tramite la disciplina in esame, l'efficienza nella gestione amministrativa, l'eliminazione degli sprechi e una tendenziale riduzione della presenza del pubblico nel mercato a favore dei privati, attraverso una stringente funzionalizzazione dell'intervento diretto dei pubblici poteri rispetto al perseguimento dei propri scopi istituzionali e alla realizzazione di puntuali obiettivi di interesse generale. Si afferma esplicitamente che le disposizioni contenute nel decreto sono applicate "avendo riguardo all'efficiente gestione delle partecipazioni pubbliche, alla tutela e promozione della concorrenza e del mercato, nonché alla razionalizzazione e riduzione della spesa pubblica" (art. 1). Direttamente strumentali a tali obiettivi di politica legislativa sono: il divieto di costituire – e partecipare a – società aventi per oggetto la produzione di beni o servizi non strettamente necessari per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, alcune delle quali sono esemplificativamente indicate (art. 4); l'imposizione di puntuali oneri di motivazione analitica (art. 5) per la costituzione e la partecipazione a società che devono essere espressi in un atto deliberativo; la possibilità che l'atto deliberativo sia sindacato in sede giurisdizionale a istanza dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato o di qualunque soggetto terzo interessato, tra i quali si può pensare alle imprese operanti nel mercato nel quale sarà destinata a operare la società pubblica da costituire o già costituita e mantenuta nel controllo del soggetto pubblico; la circostanza che la mancanza o l'invalidità dell'atto deliberativo determina l'obbligo di porre in liquidazione la società o la partecipazione pubblica (art. 7); l'attività di razionalizzazione ordinaria (art. 20) e straordinaria (art. 24) imposta alle amministrazioni partecipanti volte ad alienare o mettere in liquidazione le società o le partecipazioni in società che non siano riconducibili ad alcuna delle fattispecie ammesse; la previsione di meccanismi di controllo e sanzione finalizzati alla garanzia dell'applicazione della disciplina da cui possono derivare anche ipotesi di responsabilità erariale – ad esempio nell'ipotesi di mantenimento di partecipazioni pubbliche in società aventi ad oggetto attività vietate – e il divieto per il socio pubblico di esercitare i diritti di azionista in caso di mancata adozione dell'atto ricognitivo delle partecipazioni volto a verificare quali partecipazioni possano essere mantenute e quale debbano essere alienate (artt. 5, 15 e 24).

La limitazione dell'intervento pubblico diretto sul mercato a quelle ipotesi nelle quali esso appaia assistito da giustificazioni fon-



date sui fallimenti del mercato, imposte dalle predette norme, subisce, tuttavia, numerose eccezioni.

Il decreto, infatti, non si applica alle cc.dd. società di diritto singolare e tra queste, alla luce dei lavori preparatori, vi sarebbe certamente la Cassa depositi e prestiti s.p.a e quindi è anche escluso l'universo di partecipazioni ad essa legata. Vi sono poi una serie di società nominativamente indicate escluse dall'ambito di applicazione (allegato a); infine, si prevede un singolare potere del Presidente del Consiglio dei Ministri di esentare specifiche società dall'obbligo del rispetto del vincolo di scopo (art. 4, comma 9). L'insieme di queste deroghe attenua fortemente l'efficacia razionalizzatrice dell'intervento normativo.

Nel merito la disciplina delle partecipazioni pubbliche è modulata secondo un progressivo allontanamento dalla disciplina posta dal "*codice civile e dalle norme generali di diritto privato*" (art. 1 comma 3), direttamente connesso alla misura della partecipazione e, dunque, alla qualità del controllo esercitato dal soggetto pubblico<sup>27</sup>. Sono enucleabili dalla normativa veri e propri nuovi tipi sociali. Secondo un ordine di crescente ingerenza delle regole pubblicistiche si identificano: le società quotate nei mercati regolamentati (è la tipologia la cui disciplina è più vicina a quella generale di diritto privato e, dunque, le incisioni pubblicistiche limitate al minimo<sup>28</sup>); le società a partecipazione pubblica incontrano una serie più elevata di regole e vincoli pubblicistici quali: la responsabilità erariale dei rappresentanti degli enti pubblici partecipanti che, nell'esercizio dei diritti di socio, abbiano recato danno al valore della partecipazione e degli amministratori e dipendenti delle società *in house*; ad essa si affianca la responsabilità di diritto comune che, invece, grava in capo ai componenti degli organi di amministrazione e controllo delle società meramente partecipate; la possibilità, in generale esclusa, di essere destinatarie di garanzie o trasferimenti pubblici volti al ripianamento delle perdite di esercizio nel caso in cui sia necessario salvaguardare la continuità del servizio pubblico o la realizzazione di investimenti, approvati dalle autorità di settore; si delinea poi la tipologia delle so-

<sup>27</sup> Così il CdS, Commissione speciale, nel parere del 21 aprile 2016 n. 968.

<sup>28</sup> Si tratta del controllo della Corte dei Conti tramite la partecipazione del magistrato agli organi amministrativi e di controllo e della disciplina della gestione delle partecipazioni pubbliche (art. 9 del d.lgs. n. 175 del 2016).

cietà a controllo pubblico, definite come quelle società nelle quali l'amministrazione eserciti un controllo, ai sensi dell'art. 2359 c.c., e, che include anche l'ipotesi in cui la proprietà pubblica del capitale azionario sia minoritaria, ma tale da poter attribuire comunque, in via di fatto, all'amministrazione la capacità di incidere in modo determinante sulle decisioni di gestione e strategiche. Quest'ultima è la tipologia che presenta i maggiori connotati pubblicistici, ampiamente derogatori del regime ordinario di diritto privato. È così con riferimento alle regole in materia: di organi amministrativi e di controllo, di requisiti dei titolari degli organi e dei relativi compensi, di inconfirabilità e incompatibilità; di legittimazione a presentare denuncia di gravi irregolarità al tribunale, indipendentemente dai limiti minimi di partecipazione prevista dall'art. 2409 c.c.; di gestione del personale; di responsabilità erariale (artt. 6, 11, 13, 16, 18, 19, 22, 25, 26). Inoltre, alle società a controllo pubblico si applica il diritto di accesso e le altre disposizioni della legge n. 241 del 1990 in base all'art. 29, limitatamente all'esercizio di funzioni amministrativa<sup>29</sup> e per il semplice fatto di essere controllate da amministrazioni pubbliche sono tenute all'applicazione del codice degli appalti in quanto considerate enti aggiudicatori<sup>30</sup>.

Infine, la disciplina delle società *in house* (art. 16), nell'ambito delle società a controllo pubblico, presenta ulteriori vincoli di natura pubblicistica relativi alla contabilità; al contenuto degli statuti; ai limiti e alle condizioni subordinatamente alle quali il fatturato può essere prodotto al di fuori dei compiti ad esse direttamente affidati dall'ente pubblico controllante; ai limiti per gli enti controllanti, nei cinque anni successivi alla dichiarazione di fallimento, di costituire nuove società o acquisire o mantenere partecipazioni in società, qualora le stesse gestiscano i medesimi servizi di quella dichiarata fallita.

La soggezione alle regole ordinarie della crisi di impresa (art. 14) delle società partecipate e, in genere, non solo di quelle controllate da poteri pubblici, si ritiene non consenta di far ritenere preva-

<sup>29</sup> La giurisprudenza ha interpretato in modo estensivo la nozione di funzione amministrativa al fine di ritenere applicabili ad esempio le norme in tema di accesso ai documenti anche nei confronti delle società pubbliche, con riferimento a Poste s.p.a si v. CdS, A.P., 28 giugno 2016, n. 13 - Pres. Virgilio, Est. De Michele.

<sup>30</sup> Si vedano i commi 1, lett. e), 2.2 e 1, lett. t) dell'art. 3 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50.

lente la disciplina privatistica, in quanto, in ogni caso, si prevedono rilevanti interferenze pubblicistiche relativamente all'obbligo di predisporre programmi di valutazione del rischio, alla possibilità di impedire il fallimento mediante trasferimenti pubblici straordinari alla società o per garantire la realizzazione degli investimenti programmati, o per salvaguardare la continuità del servizio.

Il disegno complessivo che emerge da questa legislazione delinea, da un lato, un regime peculiare ove, nell'ambito di applicazione del decreto, la disciplina ordinaria di diritto privato appare marginale. Nel contesto del decreto, si può affermare l'esistenza di un principio di tendenziale limitazione dell'intervento pubblico diretto nella forma dell'esercizio dell'attività societaria sul mercato e di incisiva conformazione pubblicistica del regime delle società partecipate. Conformazione tanto incisiva da far dubitare, al fondo, della ragione ultima della scelta di avvalersi dello strumento societario, quando poi la sua pratica applicazione impone il rispetto di regole analoghe a quelle che disciplinano l'ente pubblico. Dall'altro, come già notato, numerose sono le eccezioni all'ambito di applicazione del decreto.

Si conferma così la piena disponibilità da parte del legislatore della possibilità di funzionalizzare l'autonomia privata della pubblica amministrazione. Allo stesso tempo però si deve rilevare la non superata eterogeneità dei modelli societari pubblici previsti in generale dall'ordinamento attuale. Dalla visione del quadro normativo complessivo che regola le società pubbliche, oltre il d.lgs. n. 175 del 2016, deriva la sostanziale indeterminatezza delle stesse legittime finalità che i poteri pubblici in generale possono perseguire attraverso l'istituto societario, con le ulteriori conseguenze che gli stessi poteri si presentano sul mercato in forma societaria secondo regimi tra loro assai differenziati e per il perseguimento dei fini più disparati. Si pensi in questo senso all'ampiezza degli ambiti di azione della Cassa depositi e prestiti s.p.a, in genere delle società pubbliche quotate e alla esplicita finalità delle società immobiliari pubbliche di operare secondo criteri di mercato, art. 4, comma 3 del d.lgs. n. 175 del 2016.

In estrema sintesi, il d.lgs. n. 175 del 2016 consegue solo in parte l'intento di razionalizzare e ricondurre a un ordine coerente l'intervento pubblico in forma societaria. Residuano tutt'ora ampi margini di azione dei pubblici poteri sul mercato. Nei confronti di

questa importante ed estesa galassia di società pubbliche sostanzialmente tutte a diritto singolare, il principio di funzionalizzazione di tutta l'attività amministrativa, sopra richiamato, potrebbe legittimare ulteriori e perspicui interventi di razionalizzazione volti a chiarire le ragioni dell'azione pubblica sui mercati e ad affermare con maggiore nettezza i principi di responsabilità di questi enti nei confronti della collettività, ancora confusi.



# RIVISTA ITALIANA PER LE SCIENZE GIURIDICHE

Sotto gli auspici della Facoltà di Giurisprudenza della Sapienza Università di Roma

## Direzione e Redazione

### Direttore

Mario Caravale

### Direzione e redazione

Sapienza Università di Roma - Facoltà di Giurisprudenza - Presidenza - Piazzale Aldo Moro 5 - 00185 Roma RM

### Comitato direttivo

Paolo Ridola - Enrico del Prato - Valeria De Bonis - Luisa Avitabile - Nicola Boccella - Enzo Cannizzaro - Mario Caravale - Claudio Consolo - Andrea Di Porto - Antonio Fiorella - Laura Moscati - Cesare Pinelli - Leopoldo Tullio

### Comitato scientifico

Jean-Bernard Auby (Parigi) - Jurgen Basedow (Amburgo) - Luigi Capogrossi Colognesi (Roma) - Erhard Denninger (Francoforte) - Pierre-Marie Dupuy (Parigi) - Gianni Ferrara (Roma) - Yves Gaudemet (Parigi) - David Gerber (Chicago) - Peter Häberle (Bayreuth) - Erik Jayme (Heidelberg) - Natalino Irti (Roma) - Anne Lefebvre Teillard (Parigi) - Gilberto Lozzi (Roma) - Alessandro Pace (Roma) - Mattia Persiani (Roma) - Fabrizio Ramacci (Roma) - Jerome H. Reichman (Durham) - Pietro Rescigno (Roma) - Alberto Romano (Roma) - Gunther Teubner (Francoforte) - Michel Troper (Parigi) - Hans Ullrich (Monaco, Baviera)

### Redazione

Cesare Pinelli (redattore capo) - Nicola Cezzi - Fulvio Costantino

### Amministrazione

JOVENE EDITORE - Via Mezzocannone 109 - 80134 Napoli (NA) Italia

Tel. (+39) 081 552 10 19 - Fax (+39) 081 552 06 87 - website: [www.jovene.it](http://www.jovene.it)  
(<http://www.jovene.it>) - email: [info@jovene.it](mailto:info@jovene.it) (<mailto:info@jovene.it>)

**Abbonamento:** € 35,00

**Il pagamento va effettuato direttamente all'Editore:** a) con versamento sul c.c. bancario IBAN: IT62G0307502200CC8500241520 o sul c.c.p. 14015804, indicando chiaramente gli estremi dell'abbonamento; b) a ricezione fattura; c) on line collegandosi al sito dell'Editore: [www.jovene.it](http://www.jovene.it) (<http://www.jovene.it>).

Gli abbonamenti si intendono rinnovati per l'anno successivo se non disdetti con apposita segnalazione entro la scadenza.

Le comunicazioni in merito a mutamenti di indirizzo vanno segnalate all'Editore.

I contributi pubblicati in questa Rivista potranno essere riprodotti dall'Editore su altre proprie

pubblicazioni, in qualunque forma.

**Direttore responsabile**

Mario Caravale

**ISSN** 0390-6760

**Registrazione presso il Tribunale di Napoli n. 51 del 18 Giugno 2010.**

Stampato in Italia - Printed in Italy

**Contattaci: [risg@uniroma1.it](mailto:risg@uniroma1.it) (mailto:risg@uniroma1.it)**

---