

ANDREA MALTONI
Professore ordinario di Diritto Amministrativo
presso il Dipartimento di Economia e Management dell'Università di Ferrara
mltndr@unife.it

**CONDIZIONI CHE CONSENTONO DI 'EQUIPARARE'
UN'ORGANIZZAZIONE PRIVATA AD UNA
ORGANIZZAZIONE PUBBLICA NELL'ESERCIZIO DI
FUNZIONI AMMINISTRATIVE E CONDIZIONI ETERO-
IMPOSTE DA CUI CONSEGUONO EFFETTI
CONFORMATIVI DELL'ORGANIZZAZIONE DI ENTI
PRIVATI PER LA SALVAGUARDIA DI INTERESSI PUBBLICI
'ESSENZIALI'.**

**CONDITIONS ENABLING A PRIVATE ORGANIZATION TO BE
EQUATED WITH A PUBLIC ONE IN THE EXERCISE OF
ADMINISTRATIVE POWERS AND EXTERNALLY-ENFORCED
CONDITIONS THAT AFFECT THE ORGANIZATION OF PRIVATE
ENTITIES SAFEGUARDING ESSENTIAL PUBLIC INTERESTS.**

SINTESI

A partire dalla stagione delle privatizzazioni degli anni '90 in Italia, si è andata affermando una tendenza, che può essere denominata come "fuga" dalla organizzazione pubblica. A fronte di detta tendenza se n'è affermata un'altra, vale a dire quella alla graduale estensione della nozione di "soggetto pubblico" – alla quale possono ricondursi diversi enti privati – estensione che inizialmente si è avuta soprattutto in ragione del recepimento delle direttive eu-ropee in materia di appalti pubblici, che avevano introdotto la definizione di organismo di diritto pubblico. La menzionata estensione ha poi portato la giurisprudenza ad ampliare la nozione di atto amministrativo e, conseguentemente, ad estendere il sindacato giurisdizionale del giudice amministrativo. Successivamente, dette nozioni sono state ridefinite da interventi del legislatore. Da quel momento, nel nostro ordinamento giuridico, si è affermato un concetto allargato di autorità pubblica, le cui coordinate normative generali sono individuabili nell'art. 1, comma 1-ter, l. n. 241/1990 e nell'art. 7, comma 2 c.p.a. Pertanto, la nozione allargata di autorità pubblica non coincide con quella di pubblica amministrazione, in ragione del fatto che non può stabilirsi una necessaria corrispondenza tra la titolarità e/o l'esercizio di funzioni amministrative e l'esistenza di un'organizzazione pubblica. Una società di diritto privato, una fondazione costituita da una p.a. o società a partecipazione pubblica non sono infatti annoverabili tra le organizzazioni pubbliche, con la conseguenza che ad esse non risulta applicabile lo statuto giuridico proprio delle organizzazioni pubbliche. Il fatto che non trovi applicazione detto regime a tali organizzazioni, laddove alle stesse sia conferito l'esercizio di attività amministrative, deve considerarsi un indice della perdita di centralità delle organizzazioni pubbliche. Il tema della so-

stituzione di un'organizzazione pubblica con un'organizzazione privata nell'esercizio di poteri amministrativi discrezionali, da un lato pone la questione di quali siano le condizioni che rendono la prima equiparabile alla seconda, dall'altro ci induce a riflettere sulle condizioni che rendono non necessaria la creazione di un apparato amministrativo per l'esercizio di funzioni amministrative. In mancanza di limiti espliciti o impliciti alla possibilità di conferire a soggetti privati l'esercizio di poteri amministrativi anche discrezionali, le garanzie essenziali dei cittadini, che risultano connesse esclusivamente al regime giuridico del potere conferito, impediscono che si determini un affievolimento delle stesse. L'obbligo di mantenere inalterato il livello delle garanzie dei cittadini risulta in particolare desumibile dall'art. 1, comma 1-ter l. n. 241/90 e dall'art. 7, comma 2, c.p.a. Nei casi in cui ad un'organizzazione privata siano stati conferiti poteri amministrativi discrezionali – sulla base di un atto di conferimento – la stessa deve conformarsi alle direttive impartite dagli organi politici, al fine di assicurare, non soltanto nel momento iniziale (id est quando la funzione viene conferita) ma anche successivamente, la necessaria legittimazione democratica nell'esercizio di tali poteri da parte di tale organizzazione. Detta conformità individua dunque un'ulteriore condizione, che risulta essenziale al fine di assicurare un'effettiva equiparazione giuridica tra un apparato amministrativo e un'organizzazione privata nell'esercizio di poteri amministrativi discrezionali. Un fenomeno diverso da quello del conferimento a organizzazioni private di funzioni amministrative è costituito dalla parziale conformazione – eteroimposta – della struttura di organizzazioni private a fini di interesse generale. In base al d.l. n. 21/2012, conv. con mod. dalla l. n. 56/2012, il Governo, là dove ravvisi una situazione di minaccia di grave pregiudizio per gli interessi essenziali della difesa e della sicurezza nazionale, può esercitare golden power, imponendo specifiche condizioni e prescrizioni (si v. l'art. 1, comma 1, lett. a). In un importante caso di esercizio di golden power, il Governo ha imposto a TIM Spa e alle società dalla stessa controllate, di modificare in parte la sua governance e di creare una struttura organizzativa interna per la sicurezza, dotata di particolare autonomia, che deve svolgere, in modo indipendente, determinate attività a regime privatistico. Ciò ha condotto alla realizzazione di un'inedita collaborazione tra lo Stato e gli enti socio-tari privati, destinatari delle particolari prescrizioni e condizioni – operanti in certi settori considerati dalla legge di rilevanza strategica – nella cura di fondamentali interessi pubblici.

ABSTRACT

In the 1990s, when the Italian era of privatisations began, a trend, which could be named as an “escape” from the public organisation, was established. In the face of this trend another one has been established, namely the one to the gradual extension of the “public body” concept – to which could be re-conducted different private bodies – an extension that was initially established above all due to the transposition of European directives on public procurement, which had introduced the definition of body governed by public law. The extension referred to has led to case-law broadening the concept of administrative act and, consequently, to extend the scrutiny of the administrative judge. Later, those notions were re-defined by interventions of legislator. Since that time, in our legal system, an extended concept of public authority has been established, whose general legal coordinates can be identified in article 1, par. 1-ter of the law no. 241/1990 and article 7, par. 2 of the code of administrative process. Consequently, the extended concept of public authority

does not coincide with the one of public administration, on the grounds that it cannot establish a necessary correspondence between the ownership and/or the exercise of administrative functions and the existence of a public organization. A private-law company, a foundation that has been established by a public administration or companies with publicly-owned shareholdings must not be counted among the public organisations, with the consequence that the legal status, which is exactly the one of public organisations, is not applicable to them.

The fact that the mentioned legal regime is not applicable to those organisations, wherever it has awarded them the exercise of administrative functions, has to be considered as a sign of loss of central role of the public organisations. The topic of the replacement of a public organisation with a private organisation in the exercise of administrative discretionary powers, on one hand raises the question of what the conditions are that make the first one equated to the latter, on the other hand draws our attention to the conditions that make the establishment of an administrative apparatus for the exercise of administrative functions unnecessary. In the absence of explicit and implicit limits to the possibility of awarding private parties administrative and discretionary powers, the essential safeguards of the citizens, which are exclusively related to the legal regime of the awarded power, prevent them from being weakened. The obligation to maintain the same level of the citizens safeguards may in particular be inferred by article 1, par. 1-ter of law no. 241/90 and article 7, par. 2 of the code of administrative process. In cases in which administrative discretionary powers have been awarded to a private organisation - on the basis of an act of awarding - the same organisation must comply with directives issued by political bodies in order to ensure the required democratic legitimacy in the exercise of those powers by that organisation, not only initially (*id est*: when the function has to be awarded), but also at a later time. Such compliance identifies a further condition, that is essential to the scope of ensuring an effective juridical equivalence between an administrative apparatus and a private organisation in the exercise of administrative discretionary powers. A phenomenon other than the one of the awarding of administrative functions to private organisations, is represented by the partial conformation - external-enforced - of the organisational framework of private organisations for purposes of general interest. According to law decree no. 21/2012, converted into law no. 56/2012, the Government, wherever a threat of serious injury to the essential interests of the defence and national security is detected, may exercise golden powers, by imposing specific provisions or conditions (see article 1, par. 1, lett. a). In an important case where golden powers were exercised, the Government enforced the company TIM and the companies controlled by the latter, to modify its governance and set up an internal organisational structure for the safety, with special autonomy, which must carry out some activities under private law regime, independently. This has led to the implementation of an unprecedented collaboration between the State and private-law companies, targeted of specific provisions or conditions - operating in certain sectors considered strategically important by law - for the fulfilment of essential public interests.

PAROLE CHIAVE: privati, conferimento di poteri amministrativi discrezionali, autorità pubblica, equiparazione, golden power.

KEYWORDS: private entities, the award of administrative discretionary powers, public authority, legal equivalence, golden powers.

INDICE 1. Dalla rottura dell'unità amministrativa statale all'estensione della nozione di "soggetto pubblico". - 2. Il concetto allargato di autorità pubblica è riferibile anche a soggetti che non sono organizzazioni amministrative. - 3. Il regime amministrativo delle attività esercitate da soggetti privati qualificabili come autorità amministrative. - 4. Attività organizzativa di indirizzo ed azione amministrativa. - 5. Il conferimento ai privati di poteri discrezionali amministrativi e la loro sottoposizione all'indirizzo politico degli enti territoriali. - 6. Prescrizioni e condizioni imposte nell'esercizio di *golden power* che comportano effetti conformativi dell'organizzazione di enti societari privati.

1. Dalla rottura dell'unità amministrativa statale all'estensione della nozione di "soggetto pubblico".

Come è stato osservato dagli storici del diritto, tra la prima e la seconda guerra mondiale si assistette, in alcuni paesi europei, ad una frantumazione dell'amministrazione pubblica, che portò alla creazione di diverse strutture organizzative. L'amministrazione, dal punto di vista organizzativo, assunse una fisionomia proteiforme, nel senso che all'amministrazione autoritativa si affiancò l'amministrazione preposta all'erogazione di servizi ai cittadini, nonché quella imprenditoriale¹. Pertanto, *«la perdita di unità amministrativa e il diffondersi di morfologie organizzative»* costituì la diretta conseguenza della proliferazione degli statuti differenziati delle attività. Detta frantumazione portò inoltre al forte incremento degli interessi pubblici perseguiti e degli enti portatori dei medesimi².

Più precisamente, come è stato posto in rilievo in dottrina, in Italia già durante il periodo giolittiano si ebbe un'espansione della sfera pubblica, nella forma dell'amministrazione diretta, in quella degli enti pubblici e in quella delle aziende autonome; espansione che proseguì durante tutto il periodo fascista, in concomitanza con l'ampliamento degli interessi pubblici, e nel dopo guerra³ fin quasi alla stagione delle privatizzazioni.

Se dunque la frantumazione dell'unità amministrativa è da porre in relazione essenzialmente al fatto che lo Stato, per rispondere a determinati bisogni dei cittadini, ha ritenuto necessario assumere nuovi compiti pubblici, dando avvio ad un processo di entificazione, nonché di pubblicizzazione di alcuni enti privati (basti pensare al caso delle opere pie, a quello delle Casse di risparmio, a quello delle federazioni sportive), a partire dagli anni '70 del secolo scorso la sfera pubblica ha continuato ad espandersi più che altro nella variante organizzativa costituita dall'amministrazione diretta dello Stato e degli altri enti territoriali⁴.

Non sembra peraltro necessario soffermarsi su vicende normative ben note quali quelle che hanno contrassegnato la stagione delle privatizzazioni sia

¹ Sul punto si v. L. MANNORI, B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Laterza, Roma, 2001, p. 477.

² Cfr. L. MANNORI, B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, cit., pp. 482-483.

³ Su detti aspetti, con riferimento ai periodi storici indicati, in cui si è avuta una espansione della sfera pubblica, si v. G. ROSSI, *Gli enti pubblici*, Bologna, Il Mulino, 1991, spec. p. 45.

⁴ Si v. ancora G. ROSSI, *Gli enti pubblici*, cit., p. 58.

di enti pubblici economici che di enti pubblici non economici⁵.

Si può però osservare che, quasi per compensare detta “fuga” dall’organizzazione pubblica⁶, si è assistito ad un processo di graduale estensione della nozione di “soggetto pubblico” o di amministrazione in senso sostanziale – nel cui novero sono ormai compresi anche diversi enti di diritto privato – estensione che inizialmente si è avuta soprattutto in ragione del recepimento delle direttive europee in materia di appalti pubblici, che, com’è noto, hanno introdotto la definizione di organismo di diritto pubblico. Quest’ultima ha poi portato ad un ampliamento della nozione di atto amministrativo ad opera della giurisprudenza, a cui è corrisposta una simmetrica estensione del sindacato giurisdizionale del g.a.; successivamente, i contorni di dette nozioni sono stati precisati dal diritto positivo⁷.

Da ultimo, si può osservare come, nel nostro ordinamento giuridico, si sia affermato un concetto allargato di autorità pubblica/amministrativa⁸, le cui coordinate normative generali sono desumibili dall’art. 1, comma 1-ter, l. 7 agosto 1990⁹ e dall’art. 7, comma 2 c.p.a.¹⁰.

⁵ Per tutti i necessari riferimenti all’ampia letteratura che si è occupata del tema, sia consentito rinviare ad A. MALTONI, G. MATTIOLI, *Privatizzazioni*, in *Codice delle società a partecipazione pubblica*, a cura di G. Morbidelli, Giuffrè, Milano, 2018, pp. 568 ss.

⁶ Come sottolinea F. G. COCA, *Attività amministrativa*, in *Enc. dir., Aggiornamento*, VI, Milano, Giuffrè, 2002, p. 110, nota 169, detta fuga è anche da porre in relazione al fatto che le organizzazioni private sono in grado di assicurare una migliore efficienza e una maggiore efficacia nei modi di produzione rispetto alle organizzazioni pubbliche.

⁷ Per una ricostruzione di detti profili si può rinviare a quanto illustrato in A. MALTONI, *Il conferimento di potestà pubbliche ai privati*, Torino, 2005, spec. pp. 47 ss. Per una impostazione diametralmente opposta, che, tuttavia, a nostro avviso, non sembra tener conto che è sempre la legge ad investire direttamente o ad individuare gli atti (i.e. autorizzandone l’adozione) con cui effettuare il conferimento a privati dell’esercizio di una funzione amministrativa, a prescindere dal fatto che possano instaurarsi rapporti contrattuali privatistici tra diversi soggetti – come nel caso in cui un’impresa si rivolga ad una SOA ai fini dell’ottenimento dell’attestazione di qualificazione – si v. S. TORRICELLI, *I contratti tra privati con funzioni di amministrazione pubblica*, in *Amministrazione pubblica dei contratti*, a cura di D. Sorace, Napoli, Editoriale Scientifica, 2013, spec. pp. 282 ss. Parimenti ci sembra difficile negare che, alla luce nell’art. 1, comma 1-ter, l. n. 241/90 e dell’art. 7, comma 2 c.p.a., gli atti adottati dai privati esercenti funzioni amministrative siano a regime amministrativo ed in quanto tali siano sindacabili dal g.a.

⁸ Invero, anche in passato non si era mancato di rilevare come dovesse accogliersi un concetto ampio di autorità amministrativa, ovvero non coincidente con quello di pubblica amministrazione intesa come apparato pubblico, tenuto conto che determinati soggetti privati risultavano investiti dell’esercizio di attività pubbliche, estrinsecantesi nell’adozione di atti amministrativi, si v. al riguardo: A.M. SANDULLI, *I limiti di esistenza dell’atto amministrativo*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1949, I, 125 s., spec. p. 142.

⁹ A norma dell’art. 1, comma 1-ter, l. n. 241/1990, «I soggetti privati preposti all’esercizio di attività amministrative assicurano il rispetto dei principi di cui al comma 1, con un livello di garanzia non inferiore a quello cui sono tenute le pubbliche amministrazioni in forza delle disposizioni di cui alla presente legge».

¹⁰ A norma dell’art. 7, comma 2 c.p.a. «Per pubbliche amministrazioni, ai fini del presente codice, si intendono anche i soggetti ad esse equiparati o comunque tenuti al rispetto dei principi del procedimento amministrativo».

2. Il concetto allargato di autorità pubblica è riferibile anche a soggetti che non sono organizzazioni amministrative.

A detto concetto allargato di autorità pubblica, sia pure implicitamente, si è riferita, di recente, anche l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 9/2019¹¹, la quale ha sottolineato come il GSE rientri nel novero dei soggetti privati esercenti funzioni pubbliche, segnatamente funzioni di natura pubblicistica nel settore elettrico – ovvero attività di carattere regolamentare, di verifica e certificazione relativa al settore dell'energia elettrica – ed adotti provvedimenti amministrativi nei casi previsti dalla legge.

D'altra parte, da tempo si è evidenziato come nei casi di esercizio di pubbliche funzioni, ivi compresi quelli che in dottrina sono stati ascritti alla sottocategoria dei *munera* pubblici, allo svolgimento di attività di cura di interessi pubblici siano preposte figure soggettive, che - come è stato sottolineato - «non sono organicamente inserit[e] nell'apparato organizzativo dello Stato»¹².

Quest'ultima osservazione non può che indurre, mi pare, a constatare come detta nozione allargata di autorità pubblica non coincida con quella di pubblica amministrazione o di ente pubblico, proprio perché non appare predicabile alcuna necessaria correlazione tra la titolarità e/o l'esercizio della funzione amministrativa e la sussistenza di un'organizzazione pubblica. Si potrà infatti sostenere che alcuni soggetti privati sono tali solo formalmente (tesi invero che per alcuni profili appare discutibile), ma occorrerà riconoscere che, in ogni caso, una società di diritto privato, una fondazione costituita o partecipata da una p.a. non sono annoverabili tra le organizzazioni amministrative – diversa è evidentemente la situazione che si ha allorché la titolarità di un ufficio pubblico sia attribuita ad un ente di diritto privato¹³ – con la conseguenza che ad esse non trova applicazione lo statuto costituzionale¹⁴ e il regime proprio delle organizzazioni pubbliche¹⁵.

¹¹ Per un approfondito e ampio commento di tale pronunzia, si v. A. COLAVECCHIO, *Provvedimento amministrativo e atti di accertamento tecnico*, in *G.d.A.*, n. 1/2020, p. 90 ss.

¹² Si v. sul punto S. VALENTINI, *Precisazioni sul munus publicum*, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, Milano, 1988, III, pp. 969 ss., spec. p. 975, che, con riguardo a dette nozioni, richiama anche gli scritti di Zanobini, Miele e Giannini.

¹³ Su cui si v. *ex multis*: M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1988, spec. 267 s.; B. CAVALLO, *Teoria e prassi della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 2005, 174 s.; A. BARTOLINI, *Organo e ufficio*, in *I fondamenti dell'organizzazione amministrativa*, G. Morbidelli (a cura di), Roma, Dike Giuridica Editrice, 2010, spec. pp. 53 ss.

¹⁴ Per un riferimento a detto profilo si v.: I. PIAZZA, *L'organizzazione dei soggetti privati incaricati di pubbliche funzioni e i riflessi sul regime degli atti*, in *P.A.*, n. 1/2019, spec. p. 174.

¹⁵ Per tali ragioni non sembra condivisibile quell'impostazione che qualifica come organizzazioni pubbliche, in forma privatistica, associazioni, fondazioni e società di diritto privato, allorché le stesse siano «deputate all'esercizio di compiti di amministrazione pubblica», si v. sul punto: V. CERULLI IRELLI, *Amministrazione pubblica e diritto privato*, Torino, Giappichelli, 2011, spec. pp. 39 ss. Per quanto la locuzione organizzazione amministrativa abbia un carattere polisemico (su cui si v.: G. SCIULLO, *L'organizzazione amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2013, spec. pp. 1 ss.), dal punto di vista giuridico, ci pare, che assuma rilievo il fatto che la stessa si presenta come una «struttura differenziata nel seno della comunità giuridica e sociale», o meglio essa si può definire

Il fatto dunque che vi siano organizzazioni alle quali non trova applicazione detto statuto, là dove le stesse siano chiamate ad esercitare attività amministrative, costituisce un primo indice della perdita di centralità del ruolo della organizzazione amministrativa, quanto meno per come è stata tradizionalmente intesa.

Va peraltro osservato come nella manualistica corrente di diritto amministrativo si riscontri ancora la sottolineatura di una forte compenetrazione tra funzione e organizzazione¹⁶.

A ben vedere, la necessaria presenza, ai fini dell'esercizio di funzioni amministrative, di un apparato amministrativo non può che essere ridimensionata, dal momento che, come si è indicato, nel nostro ordinamento occorre fare riferimento ad una nozione allargata di autorità pubblica/amministrativa, ossia comprensiva anche di enti di diritto privato titolari *ex lege* o concessionari o delegatari di funzioni amministrative.

La perdita di centralità dell'organizzazione amministrativa non può che risultare correlata innanzitutto al fatto che deve comunque essere assicurata la conformità al principio di legalità. In altri termini, la sussistenza di un'organizzazione pubblica non appare più essenziale ai fini dell'esercizio di funzioni amministrative, quanto meno là dove non siano individuabili limiti al conferimento ad un ente privato di funzioni amministrative, che sia disposto direttamente *ex lege* ovvero sulla base di atti amministrativi previamente autorizzati dalla legge che ne individui i presupposti. È evidente che nelle ipotesi considerate, risultando i privati investiti dell'esercizio di attività provvedimentali, occorre garantire il rispetto del principio di legalità inteso in senso sostanziale. Da ciò consegue che «*le finalità, le procedure da seguire, l'oggetto, la forma, gli effetti del provvedimento*»¹⁷ debbano essere determinati dalla legge, senza che possa rilevare il fatto che sia un soggetto privato, invece di un'amministrazione, ad essere investito nell'esercizio di una potestà amministrativa.

come «*il complesso degli uffici, quali strumenti predisposti dall'ordinamento per la cura degli interessi generali di una comunità*» (si v. M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1966, spec. pp. 109 e 116 ss.). In detta prospettiva, non sembra allora che possa trascurarsi il fatto che, come si è chiarito nel testo, soltanto alle organizzazioni pubbliche trovano applicazioni determinate disposizioni costituzionali, nonché disposizioni di legge che vi danno attuazione, che delineano lo specifico regime delle stesse sul piano organizzativo. In altri termini, la qualificazione come amministrativa di una organizzazione comporta la sottoposizione ad uno specifico regime, che non è riferibile ad organizzazioni private, che tali rimangono quantunque siano poste sotto l'influenza dominante oppure costituiscano il prolungamento organizzativo di amministrazioni pubbliche.

¹⁶ Si v. ad esempio: M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2019, p. 106, il quale osserva che «*per funzioni amministrative si intendono i compiti che la legge individua come propri di un determinato apparato amministrativo in coerenza con la finalità ad esso affidata. L'apparato è tenuto ad esercitarle per la cura in concreto dell'interesse pubblico*».

¹⁷ Si v. sul punto: G. MORBIDELLI, *Legittimità e legalità nell'attività amministrativa (con particolare riguardo alla disciplina dell'abuso d'ufficio)*, in *Convivenza nella libertà. Scritti in onore di Giuseppe Abbamonte*, Napoli, Jovene, 1999, spec. p. 1022.

Inoltre, come si desume dal diritto positivo¹⁸, l'esercizio da parte dei privati di attività amministrative procedimentalizzate – che deve risultare sempre ancorato al rispetto di quella trama di principi che identifica lo statuto del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione – non può mai determinare un affievolimento del livello e della qualità delle garanzie riconosciute agli amministratori¹⁹.

Fermo restando dunque il necessario rispetto del principio di legalità in senso sostanziale, nonché di quei principi che assicurano una piena ed effettiva tutela delle situazioni soggettive degli amministratori, si può rilevare come sia l'applicazione (ovvero la sottrazione al rispetto) dei principi costituzionali in tema di organizzazione, desumibili *ex art.* 97, commi 2, 3 e 4 Cost. – ove, com'è noto, è contenuta una riserva di legge relativa – a segnare lo spartiacque tra ciò che è (e ciò che non è) qualificabile come organizzazione amministrativa.

Soltanto in un'organizzazione pubblica la legge deve anche occuparsi dell'organizzazione degli uffici, determinando le sfere di competenza, le attribuzioni e le responsabilità dei funzionari. Inoltre, soltanto in detto tipo di organizzazioni non è, di regola, possibile accedere agli uffici se non in base ad un pubblico concorso. Trovano peraltro applicazione agli apparati organizzativi qualificabili come amministrazioni pubbliche l'insieme delle norme che possono considerarsi svolgimento dei sopra indicati principi, ossia le norme relative all'organizzazione degli uffici ed ai rapporti di impiego²⁰, quelle riguardanti la gestione finanziaria e contabile, le disposizioni sui controlli²¹.

Con riferimento, invece, ad enti privati, deve rilevarsi come anche quando la loro struttura organizzativa risulta variamente conformata dalla legge – basti pensare alle società organismi di attestazione (SOA) – non si abbia mai la sottoposizione dei medesimi ai sopra indicati principi costituzionali e alle norme che vi hanno dato attuazione.

Per le indicate ragioni non sembra che possa accogliersi una diversa impostazione, secondo la quale, tenuto conto che il tratto caratterizzante la figura del *munus publicum* è da individuarsi nel fatto che «non vi sia, nell'apparato amministrativo l'elemento oggettivo costituito dalla presenza e dalla predisposizione delle funzioni», là dove si abbia la sostituzione di un apparato amministrativo nell'esercizio di funzioni «scompare l'esercizio "privato" delle stesse, perché la titolarità dell'ufficio,

¹⁸ Le disposizioni più rilevanti al riguardo come si è già evidenziato, sono costituite dall'art. 1, comma 1-ter, l. n. 241/90 e dall'art. 7 c.p.a.

¹⁹ Sul punto sia consentito rinviare ad A. MALTONI, *Esercizio privato di pubbliche funzioni*, in *Enc. giur.*, Annali I, Milano, Giuffrè, 2007, spec. pp. 591-592.

²⁰ Si v. Cass. civ., sez. un., ord. 12 dicembre 2019, n. 32608, in <http://www.cortedicassazione.it/corte-di-cassazione/it>, ove si sottolinea che con la trasformazione dell'ENPAM in fondazione di diritto privato il medesimo ente non può più essere compreso nel novero delle amministrazioni pubbliche di cui all'art. 1, comma 2, d.lgs. n. 165/2001, «con la conseguente giuridica impossibilità di considerarlo parte di un rapporto di pubblico impiego (Cass., sez. lav. 7 aprile 2008, n. 8986)».

²¹ Per tali considerazioni si v. per tutti: D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche. Una introduzione*, Bologna, Il Mulino, 2016, spec. p. 288.

l'elemento soggettivo dell'ufficio, è in ogni caso costituito da una persona ... in posizione di estraneità all'ufficio fino a quando non intervenga il raccordo costituito dalla titolarità»²². Più precisamente, non ci sembra possibile attribuire rilievo decisivo al fenomeno della sostituzione del privato all'ufficio pubblico, ovvero al fatto che esista un apparato amministrativo tenuto ad esercitare, di norma, le funzioni amministrative – si pensi, ad esempio, alle funzioni espropriative che possono essere in tutto o in parte delegate dalle amministrazioni comunali a privati affidatari di contratti di concessione (si v. l'art. 6, comma 8 d.P.R. n. 327/2001) – atteso che, anche in ipotesi di tal fatta, il regime dell'attività non muta come conseguenza del conferimento e l'organizzazione del soggetto privato è comunque sottratta all'applicazione dei principi costituzionali in tema di organizzazione, di cui all'art. 97, commi 2, 3 e 4 Cost. e delle disposizioni legislative che vi hanno dato attuazione.

3. Il regime amministrativo delle attività esercitate da soggetti privati qualificabili come autorità amministrative.

Se, dunque, è essenzialmente l'aspetto funzionale da considerare ai fini dell'equiparazione dei privati esercenti funzioni amministrative alle amministrazioni pubbliche, non possono considerarsi rispondenti alla realtà del diritto positivo le varie definizioni di organo indiretto e di *munus* pubblico, che furono coniate nel secolo passato da illustri maestri del diritto amministrativo; esse infatti non individuano l'*ubi consistam* dell'equiparazione dei privati esercenti attività amministrative alle p.a. – equiparazione a cui il diritto positivo connette determinati effetti giuridici²³ – nel fatto che il regime dell'attività non muta in ragione del conferimento.

In mancanza, poi, di limiti espliciti o impliciti alla possibilità di conferire a soggetti privati l'esercizio di funzioni anche discrezionali amministrative, le garanzie essenziali degli amministrati risultano connesse esclusivamente al regime proprio dell'attività conferita, il quale impedisce che si determini un affievolimento delle stesse. L'obbligo di mantenere inalterato il livello delle garanzie, desumibile *ex* art. 1, comma 1-*ter* l. n. 241/90 ed *ex* art. 7, comma 2, c.p.a., quand'anche possa comportare l'osservanza di determinati requisiti che richieda l'adozione di specifiche misure organizzative da parte dell'ente privato conferitario – come ad es. l'individuazione di un responsabile del procedimento o di un RUP – ovvero un adeguamento della sua struttura organizzativa al rispetto di disposizioni di principio della l. n. 241/90 attinenti al livello minimo essenziale delle garanzie procedurali, non trasforma detto ente in un'organizzazione pubblica.

Pertanto, ciò che impedisce che si determini un affievolimento delle garanzie dei cittadini è la proceduralizzazione dell'attività, derivante dalla sottoposizione della stessa a quella trama di principi che definisce lo statuto del

²² In questi termini: S. VALENTINI, *Precisazioni sul munus publicum*, *cit.* spec. p. 981.

²³ Si v. ancora l'art. 1, comma 1-*ter*, l. n. 241/90 e l'art. 7, comma 2 c.p.a.

cittadino con riguardo all'azione amministrativa²⁴. Come è stato infatti riconosciuto anche dai giudici di Palazzo Spada, «quando un ente viene dalla legge sottoposto a regole di diritto pubblico, quell'ente, limitatamente allo svolgimento di quell'attività proceduralizzata, diviene, di regola, "ente pubblico", a prescindere dalla sua veste formale», e lo diviene «non in maniera statica ed immutabile, ma dinamica e mutevole, perché dismette quella veste quando svolge altre attività non proceduralizzate»²⁵. In definitiva, la qualificazione di autorità amministrativa è certamente riferibile anche ad organizzazioni private, limitatamente allo svolgimento di determinate attività amministrative. Detta conclusione appare confermata anche dal fatto che i privati esercenti attività a regime amministrativo adottano atti amministrativi, pienamente sindacabili dal giudice amministrativo.

4. Attività organizzativa di indirizzo ed azione amministrativa.

Chiarito in quali termini appare configurabile, nell'ordinamento positivo, una nozione allargata di autorità pubblica/amministrativa, occorre chiedersi se vi sono funzioni amministrative, ed eventualmente quali, che debbono essere immancabilmente esercitate da organizzazioni pubbliche.

Prima di rispondere a tale quesito occorre evidenziare come le organizzazioni pubbliche necessarie, individuate come tali espressamente dalla Costituzione, sono gli Enti territoriali – qualificati anche come pubblici poteri – enti esponenziali tendenzialmente a fini generali, con riferimento ai quali tanto il principio di elettività degli organi di base, quanto le garanzie costituzionali in tema di autogoverno, di indirizzo politico, di autonomia normativa, organizzativa, finanziaria ecc., inducono a ritenere necessaria la presenza anche di un apparato amministrativo.

Pertanto, il fatto che le funzioni amministrative siano, per disposto costituzionale (art. 118, commi 1 e 2 Cost.), attribuite o conferite dalla legge allo Stato e agli altri enti territoriali, induce a considerare come l'esercizio delle stesse debba di regola avvenire mediante apparati amministrativi dei medesimi enti.

Con riguardo a tali enti pubblici, la presenza di una struttura organizzativa deve, a ben vedere, considerarsi essenziale al funzionamento degli organi politici, a cui spetta l'esercizio della funzione di indirizzo politico o politico-amministrativo²⁶. Si tratta dunque di apparati rivolti a rendere possibile lo svolgimento, da parte degli organi di indirizzo politico, delle funzioni loro assegnate nel perseguimento dei fini stabiliti dalla legge. Da questo punto di vista,

²⁴ Per ulteriori approfondimenti non può che rinviarsi ad A. MALTONI, *Il conferimento di potestà pubbliche ai privati*, cit., *passim*.

²⁵ Si v. Cons. Stato, sez. VI, 11 luglio 2016, n. 3042 e n. 3043, in <http://www.giustizia-amministrativa.it>.

²⁶ D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, cit. p. 24, distingue, all'interno dell'organizzazione amministrativa degli enti territoriali, gli apparati politici dagli apparati amministrativi. Detta distinzione però sembra più che altro riferibile a quella tra organi politici e organi amministrativi. Nella impostazione qui accolta, ci si intende invece riferire al fatto che per l'esercizio di funzioni di indirizzo politico deve pur sempre esservi un complesso di uffici, persone e mezzi materiali e dunque un apparato amministrativo di supporto agli organi politici.

sembra potersi condividere quell'insegnamento, che appare ancora attuale, secondo cui, dal momento che «l'organizzazione è "modellata" sugli interessi che deve curare», «il sistema degli interessi (dai più generali – e politici – a quelli settoriali e di raggio ancora più ristretto) ... esprime la sua massima ed immediata validità (vigenza) nel pretendere una "propria" organizzazione, un'organizzazione che sia idonea a concretarli e ad attuarli»²⁷. L'attività di organizzazione non è allora «un qualcosa di distaccato dall'azione ... ma qualcosa di appropriato all'azione, ai metodi ed ai fini di essa», con la conseguenza che la stessa può considerarsi «"un inizio" della stessa azione sostanziale» o meglio «un'attività di guida e di indirizzo di questa azione»²⁸. In definitiva, «il potere d'organizzazione è o puramente e semplicemente lo stesso potere d'indirizzo o una sua specificazione (...) o, al massimo, una figura di potere strutturalmente a se stante ma funzionalmente dipendente ed accessorio rispetto al potere di indirizzo»²⁹.

Detta concezione dell'attività di organizzazione rende evidente come la stessa risulti connaturata al potere di indirizzo politico o politico-amministrativo e dunque, in questi termini, appaia essenziale ed incredibile per i pubblici poteri.

Sembra in definitiva potersi individuare un nucleo minimo essenziale di organizzazione pubblica, che si ritiene abbia carattere indefettibile, in quanto per il suo tramite è destinata a concretarsi la funzione di indirizzo politico³⁰, preordinata ad orientare l'esercizio delle funzioni di amministrazione attiva³¹, a prescindere dalla natura del soggetto chiamato ad esercitarle.

5. Il conferimento ai privati di poteri discrezionali amministrativi e la loro sottoposizione all'indirizzo politico degli enti territoriali.

Il tema della sostituzione di un'organizzazione privata ad un'organizzazione amministrativa nell'esercizio di funzioni amministrative o dell'attribuzione *ex lege* in via esclusiva alla prima della titolarità delle stesse, tenuto conto di quanto si è sopra rilevato, impone di affrontare la questione delle condizioni che la rendono praticabile. A tal riguardo, oltre che con riferimento agli apparati amministrativi degli organi di ciascuna amministrazione a cui spetta l'esercizio di poteri autoritativi, la sostituzione di cui si è detto appare confi-

²⁷ Si v. M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, cit. pp. 117-118.

²⁸ In questi termini: M. NIGRO, *L'azione dei pubblici poteri*, in *Manuale di Diritto pubblico*, G. Amato e A. Barbera (a cura di), Bologna, Il Mulino, 1991, spec. p. 706.

²⁹ Si v. ancora M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, cit. p. 152.

³⁰ Sulla qualificazione come attività di indirizzo della funzione di organizzazione si v. anche A. MASSERA, *Contributo allo studio delle figure giuridiche soggettive nel diritto amministrativo*, I. Stato-persona e organo amministrativo. *Profili storico-dogmatici*, Milano, Giuffrè, 1986, spec. pp. 306 ss. Come sottolinea, inoltre, G. GUARINO, *Quale amministrazione? il diritto amministrativo degli anni '80*, Milano, Giuffrè, 1985, spec. p. 127, «l'organizzazione è composta mediante l'uso di poteri amministrativi e quindi con atti, ed opera avvalendosi di poteri amministrativi e creando atti».

³¹ Con riguardo a detta classificazione dell'attività si v. A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, I, Napoli, Jovene, 1989, p. 589.

gurabile con riguardo ad enti pubblici c.d. strumentali o ausiliari (ad es. enti pubblici non economici, agenzie, autorità d'ambito, ecc.) – il cui grado di dipendenza dagli enti territoriali appare piuttosto vario³² –, che risultano comunque sottoposti a poteri di indirizzo e di vigilanza da parte di questi ultimi. Con riferimento a tali ipotesi occorre chiedersi quando per l'esercizio di dette funzioni amministrative non sia necessaria la creazione di un apparato amministrativo.

Mi pare che fino ad ora sia mancata su questo profilo una riflessione in dottrina. Né, invero, si può ritenere che detta questione sia divenuta rilevante soltanto in seguito alla proliferazione delle ipotesi disciplinate dal diritto positivo di esercizio di funzioni amministrative da parte di enti societari, quali, ad esempio, ANAS Spa, di Rete ferroviaria italiana, della Acquedotto Pugliese S.p.A., di Invitalia Spa³³, del GSE S.p.A.

Si potrebbe semplicemente rispondere che rientra nella discrezionalità del legislatore stabilire quando l'esercizio della funzione amministrativa debba avvenire da parte di un apparato amministrativo e quando possa essere conferito ad un ente privato.

Ma se anche fosse possibile risolvere la questione in tali termini, non sembra che possa eludersi la questione se siano individuabili presupposti e condizioni che consentono di attribuire la funzione indifferentemente ad una organizzazione pubblica o ad una organizzazione privata.

Inoltre, il conferimento tanto all'una quanto all'altra organizzazione può garantire in termini equipollenti il soddisfacimento dell'interesse pubblico, alla cui cura risulta preordinato l'esercizio della funzione conferita? E se sì, detto risultato deve porsi in relazione al rispetto di determinate condizioni?

Negli enti pubblici strumentali l'ancoraggio al principio democratico è assicurato, com'è noto, dalla legittimazione di tale organizzazione pubblica allo svolgimento dell'attività amministrativa, che deriva dalla legge, la quale stabilisce anche che la nomina dei componenti gli organi di vertice di detti enti spetti al Governo, alle Giunte regionali, agli organi di governo degli enti locali, e li sottopone all'indirizzo politico o politico/amministrativo degli organi politici.

Il complesso delle garanzie che da tale legittimazione conseguono, che trae appunto fondamento nella legge, ci pare riferibile anche ad organizzazioni private investite dell'esercizio di un potere amministrativo, dal momento che anche in quest'ultimo caso non può che trovare applicazione il principio di legalità in senso sostanziale, il quale, come è stato chiarito dal giudice delle leggi, richiede non soltanto che il potere conferito «sia finalizzato dalla legge alla tutela di un bene o di un valore», ma altresì «che il suo esercizio sia determinato nel contenuto e nelle modalità, in modo da mantenere costantemente una, pur elastica, copertura legislativa dell'azione amministrativa»³⁴.

³² Per una classificazione degli enti pubblici e per l'individuazione di alcuni tratti comuni si v. G. PASTORI, *La pubblica amministrazione*, in *Manuale di Diritto pubblico*, cit. p. 545 ss.

³³ Si v. Cons. Stato, sez. VI, 22 maggio 2007, n. 2596, in *Foro amm./CDS*, 2007, 5, p. 1582; Cass. sez. un. 24 luglio 2007, n. 16297, in *Foro it.*, 2008, 4, I, p. 1192.

³⁴ Si v. Corte cost. sent. 115 del 2011, che richiama anche le sentt. nn. 32/2009 e

Peraltro, come sopra si è puntualizzato, la equiparabilità di un'organizzazione privata ad un'organizzazione pubblica – sempre che la presenza di quest'ultima non sia imposta come necessaria dal diritto europeo³⁵ – viene garantita anche in ragione del fatto che agli enti territoriali è comunque attribuito un potere di organizzazione/indirizzo, per il cui esercizio è richiesta la presenza di un apparato amministrativo, che risulta indefettibile anche nell'ipotesi di conferimento ai privati di funzioni amministrative.

Per altro verso, con riferimento alla scelta se conferire tali funzioni ad un'organizzazione pubblica ovvero ad un'organizzazione privata il legislatore potrà tener conto dei possibili vantaggi e svantaggi che l'una e l'altra possono assicurare. Al riguardo, si può osservare, in termini generali, che un'organizzazione privata offre una maggiore flessibilità sul piano organizzativo e di gestione del personale dipendente, basti considerare che non sono dalla stessa adottati atti di macro-organizzazione (*recte*: atti a regime amministrativo), di determinazione delle dotazioni organiche, nonché di programmazione delle assunzioni, né sono posti in essere procedimenti concorsuali per l'assunzione del personale.

La creazione di un'organizzazione pubblica strumentale, per converso, garantisce una maggiore stabilità organizzativa – come conseguenza del fatto che l'ente non dispone della propria esistenza³⁶ – e rende possibile l'esercizio di un più penetrante controllo sull'ente, in ragione dei poteri di nomina e di revoca dei componenti dell'organo di vertice attribuiti agli enti territoriali. In detta valutazione dovrebbe poi considerarsi anche la convenienza economica per l'ente politico che l'una e l'altra soluzione organizzativa comportano e i risultati ottenibili³⁷.

Muovendo da queste osservazioni di carattere generale alla più specifica valutazione delle condizioni che assicurano dal punto di vista funzionale la sopra indicata equiparabilità, deve ora considerarsi il diverso modo in cui si estrinseca il potere di organizzazione dei pubblici poteri in relazione al tipo di funzione amministrativa conferita alle organizzazioni private. A tal riguardo va osservato come, mentre nel caso in cui sia esercitata un'attività amministrativa vincolata o di tipo discrezionale-tecnico è da ritenere che sia sufficiente la sot-

307/2003.

³⁵ Si v. anche per un'esemplificazione di ipotesi in cui gli Stati membri sono tenuti a istituire apparati amministrativi in attuazione di normative europee, D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, cit., pp. 270-271.

³⁶ Come osserva G. GUARINO, *L'organizzazione pubblica*, I, Milano, Giuffrè, 1977, spec. pp. 315-316, «la persona giuridica pubblica è obbligata ad esistere fino a quando la legge, che l'ha creata o che ne disciplina l'ordinamento e l'attività, non sia modificata o abrogata da legge successiva».

³⁷ Quanto posto in rilievo da G. GUARINO, *op. ult. cit.*, p. 35, con riguardo alle ragioni che debbono presiedere alla decisione di costituire un apparato di amministrazione pubblica e, più precisamente, al fatto che il legislatore debba tener conto che «una organizzazione pubblica si giustifica solo se i risultati con essa conseguibili sono migliori di quelli che si avrebbero in sua assenza», ci pare che possa essere riferita, in ossequio al principio di buon andamento, anche all'opzione tra la costituzione di un'organizzazione pubblica e "l'utilizzazione" di un'organizzazione privata per l'esercizio di determinate funzioni amministrative.

toposizione di dette organizzazioni ad una vigilanza pubblica (ossia ad un'attività di verifica circa il rispetto della normativa primaria e secondaria, verifica eventualmente da condursi sia *ex ante*, ossia in relazione al possesso di determinati requisiti, sia *ex post* in ordine alla permanenza di questi ultimi³⁸), là dove la funzione abbia carattere discrezionale amministrativo non possa considerarsi sufficiente la sussistenza di un potere di vigilanza.

Ferma restando l'ammissibilità – non essendo individuabili limiti espliciti o impliciti desumibili dal diritto positivo – dell'investitura di soggetti privati nella titolarità/nell'esercizio anche di funzioni amministrative discrezionali³⁹, comunque diverse da quelle di indirizzo politico⁴⁰, occorre verificare a quali condizioni l'esercizio delle stesse possa considerarsi conforme al nostro sistema costituzionale.

Mi pare che nell'ipotesi in cui un'organizzazione privata sia investita dell'esercizio di funzioni amministrative discrezionali – sulla base di un atto di conferimento – il medesimo debba conformarsi agli indirizzi/direttive impartiti dagli organi politici. La sottoposizione a poteri di indirizzo politico, ove siano conferiti poteri discrezionali amministrativi, appare in particolare preordinata a garantire che l'esercizio dei medesimi sia indirizzato all'ottimale soddisfacimento dei fini pubblici perseguiti.

Nelle ipotesi in cui il privato si trovi ad essere investito dell'esercizio di funzioni amministrative discrezionali, in base ad un atto di delega amministrativa (l'esempio più significativo, sopra richiamato, è costituito dalla delega di funzioni espropriative) o in virtù di un atto di concessione di un ente territoriale, è evidente che l'ente delegante o concedente, in virtù del rapporto di sostituzione che si realizza, mantiene un potere di indirizzo/direttiva, nonché di controllo e potrà sempre procedere alla revoca dell'attività conferita.

Nei casi, invece, in cui il conferimento di dette potestà amministrative avvenga *ex lege*, non è detto che la legge attribuisca ad un ente politico un potere di indirizzo o direttiva. Quest'ultimo deve però considerarsi essenziale allorché la funzione conferita abbia carattere discrezionale amministrativo. Più precisamente, occorre assicurare la sottoposizione di organizzazioni private esercenti funzioni amministrative, attribuite *ex lege*, al principio di legalità, inteso non soltanto nell'accezione di garanzia delle situazioni soggettive degli amministrati, ma anche nell'accezione di indirizzo, che, com'è noto, funge da fattore di legittimazione democratica dell'attività amministrativa. In detta prospettiva, l'esercizio del potere discrezionale conferito non soltanto deve risultare conforme agli atti di indirizzo/direzione impartiti da determinati organi di enti politici, ma occorre anche prevedere che, in caso di inosservanza dei medesimi,

³⁸ Sia consentito rinviare ad A. MALTONI, *Il conferimento di potestà pubbliche ai privati*, Torino, 2005, p. 407.

³⁹ Sia consentito rinviare ad A. MALTONI, *Esercizio privato di pubbliche funzioni*, cit., p. 586.

⁴⁰ Si v. per tale rilievo C. MARZUOLI, *Note in punto di vizi dell'atto "amministrativo" del soggetto privato*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, vol. I, Napoli, 2011, p. 542, nota 63, che esclude la possibilità di conferire tali funzioni in ragione del fatto che la legittimazione di tipo politico-rappresentativo non ha equipollenti.

possano o debbano essere comminate sanzioni nei confronti degli amministratori dell'ente privato o debbano essere adottati atti che incidano sull'investitura del medesimo ente nell'esercizio della funzione.

Allorquando, invece, la p.a. conferisca all'organizzazione privata detta potestà con un atto di delega o di concessione, la sanzione può consistere nella revoca del conferimento effettuato o nella dichiarazione di decadenza dalla concessione⁴¹.

Con le eccezioni di cui si è detto *supra*, detta sottoposizione al potere di indirizzo politico di funzioni discrezionali amministrative, attribuite *ex lege* o conferite da una p.a., costituisce una garanzia essenziale, essendo rivolta ad assicurare non soltanto nel momento iniziale (*i.e.* quello in cui la funzione è conferita), ma anche successivamente la necessaria legittimazione democratica nell'esercizio di tali funzioni da parte di soggetti privati, che, in alcuni casi, incide in senso sfavorevole (come nel caso in cui siano esercitati poteri espropriativi) su situazioni soggettive degli amministrati. Detta sottoposizione realizza dunque un'ulteriore condizione, che, per le ragioni indicate, risulta essenziale al fine di assicurare un'effettiva equiparazione tra un apparato amministrativo e un'organizzazione privata nell'esercizio di funzioni amministrative aventi il carattere indicato.

Tale conclusione appare avvalorata anche sulla base di un'ulteriore considerazione che attiene, più in generale, alla sussistenza di un potere di indirizzo/direttiva esercitabile nei confronti di tutti gli enti strumentali⁴². Com'è noto, un potere di indirizzo è attribuito agli organi consiliari degli enti locali in base all'art. 42, comma 2, d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267 (T.u.e.l.); in particolare, mentre alla lett g) di tale norma si stabilisce che le aziende pubbliche e gli enti dipendenti, sovvenzionati o sottoposti a vigilanza di enti locali sono tenuti ad osservare gli indirizzi impartiti, alla lett. m) si prevede che detto potere sia esercitato con riguardo alla «nomina e [al]la designazione dei rappresentanti del comune presso enti, aziende ed istituzioni, nonché [alla] nomina dei rappresentanti del consiglio presso enti, aziende ed istituzioni ad esso espressamente riservata dalla legge». Quest'ultima disposizione è poi completata dall'art. 50, comma 8, d.lgs. n. 267/2000, ove si

⁴¹ In dottrina si tende ad escludere che il potere di decadenza costituisca espressione del potere di autotutela, in quanto l'amministrazione, a fronte di infrazioni gravi e reiterate agli obblighi scaturenti dal contratto accessivo alla concessione, adotta un provvedimento che ha carattere sostanzialmente sanzionatorio, si v. G. SANTANIELLO, voce *Decadenza (dir. amm.)*, in *Enc. Dir.*, vol XI, Milano, 1962, p. 802. La giurisprudenza amministrativa appare orientata in modo prevalente a considerare l'atto dichiarativo di decadenza come un provvedimento amministrativo e non un atto privatistico (per quanto non manchi qualche isolata decisione in tal senso, si v. Cons. Stato, sez. V, 9 ottobre 2013, n. 4960, in <http://www.giustizia-amministrativa.it>), da adottarsi ogni qual volta sia rilevato il grave inadempimento del concessionario rispetto agli obblighi assunti, provvedimento che in quanto vincolato non necessita di particolare motivazione, risultando sufficiente l'indicazione nel medesimo delle «violazioni dei doveri derivanti dal titolo concessorio poste in essere dal concessionario», che hanno indotto l'amministrazione ad interrompere il rapporto contrattuale (si v. T.A.R. Toscana, 12.02.2018, n. 260, nonché Cons. Stato, sez. VI, 30.09.2015, n. 4551; Cons. Stato, sez. II, 11.09.2013, n. 4421, in <http://www.giustizia-amministrativa.it>).

⁴² Su detto potere di direttiva si v. A. M. SANDULLI, *Manuale*, cit., p. 207.

stabilisce che «sulla base degli indirizzi stabiliti dal consiglio il sindaco e il presidente della provincia provvedono alla nomina, alla designazione e alla revoca dei rappresentanti del comune e della provincia presso enti, aziende ed istituzioni»⁴³.

Da tali disposizioni è desumibile un principio generale in ordine alla sussistenza di un potere di indirizzo/direttiva esercitabile nei confronti di tutti gli enti strumentali aventi natura pubblicistica o privatistica⁴⁴.

Va altresì osservato come il potere di indirizzo politico/politico amministrativo sia esercitato nei confronti degli enti strumentali e dai soggetti nominati negli organi di detti enti, a prescindere dal fatto che ad essi siano conferite funzioni amministrative.

Di sicuro rilievo appare il fatto che le direttive, rivolte ai soggetti nominati negli organi degli enti strumentali dall'amministrazione nominante, sono preordinate ad assicurare, nel corso del tempo, la connotazione in senso pubblicistico dell'attività sociale. A comprova della sussistenza di detto principio può altresì addursi che la disciplina speciale, contenuta nel testo unico sulle società a partecipazione pubblica, ha giuridicizzato il potere di nomina e di revoca in via diretta⁴⁵ – il cui unico fondamento normativo era prima individuabile nell'art. 2449, comma 2 c.c. – e lo ha riferito a tutte le amministrazioni, di tal che non potrebbe neppure argomentarsi che soltanto l'art. 50, comma 8, T.u.e.l. costituisce una norma attributiva di un potere pubblicistico⁴⁶.

Tali considerazioni rafforzano la conclusione indicata, in quanto la sussistenza del summenzionato principio generale, da cui si desume che tutti gli enti strumentali sono sottoposti ad un potere di indirizzo – potere che, come si è anticipato, mira ad assicurare nel tempo l'ottimale cura dell'interesse pubblico – non può che trovare applicazione anche là dove i soggetti privati siano tenuti ad esercitare *ex lege* o in base ad un apposito atto di investitura funzioni amministrative discrezionali, dal momento che, in tali ipotesi, occorre assicurare nel

⁴³ Detto potere di indirizzo può essere soltanto integrato dal Sindaco e dal Presidente della Provincia, essendo gli organi competenti in base alle disposizioni del T.u.e.l. ad effettuare la nomina e la revoca dei rappresentanti dell'ente, nonché tenuti a valutarne l'operato. Si v. T.A.R. Piemonte, sez. II, 26 gennaio 2001, n. 160, ove si sottolinea che le direttive generali dell'organo consiliare sono, di volta in volta, integrate dall'organo cui spetta la nomina, nonché Cons. Stato, sez. V, 20 ottobre 2008, n. 5107, in <http://www.giustizia-amministrativa.it>, ove si rileva, con riferimento all'art. 50 T.u.e.l., che, allorquando lo statuto attribuisca al Sindaco un potere di nomina, il medesimo può «disporre anche la revoca, pur in difetto di esplicita previsione statutaria quando il soggetto di pubblica designazione opera discostandosi dalla linea di azione che, invece, l'orientamento politico-amministrativo dell'ente locale suggerirebbe».

⁴⁴ Per una puntuale ricognizione delle diverse nozioni di ente strumentale accolte in dottrina e in giurisprudenza, si v. G. MORDIBELLI, *Gli enti strumentali di oggi*, in *Il governo dell'economia. In ricordo di Vittorio Ottaviano nel centenario della nascita. Atti del convegno del 9 e 10 settembre tenutosi all'Università degli studi di Catania*, Torino, Giappichelli, 2018, pp. 113 s., spec. pp. 117 ss., che sottolinea anche come dall'art. 42, comma 2, lett. g) d.lgs. n. 267/2000 sia estraibile un principio generale sul potere di direttiva esercitabile nei confronti degli enti strumentali, nel cui novero sono comprese anche le società *in house*.

⁴⁵ Si v. l'art. 9, commi 7 e 8 T.u.s.p.p.

⁴⁶ Per un approfondimento di detti aspetti sia consentito rinviare ad A. MALTONI, *Il regime giuridico degli atti deliberativi "prodromici" delle amministrazioni nel testo unico in materia di società a partecipazione pubblica*, in *Munus*, n. 3/2019, 883 s., spec. pp. 923 ss.

tempo il costante soddisfacimento dell'interesse pubblico primario, nel contemporaneo dei diversi interessi che vengono in rilievo. In definitiva, la sottoposizione al predetto indirizzo politico, se costituisce uno degli elementi indefettibili del rapporto di strumentalità con un'organizzazione pubblica, qualunque sia l'attività dalla stessa esercitata, configura una condizione essenziale ai fini dell'equiparazione di organizzazioni private ad amministrazioni pubbliche, là dove alle prime siano conferite potestà amministrative discrezionali.

6. Prescrizioni e condizioni imposte nell'esercizio di *golden power* che comportano effetti conformativi dell'organizzazione di enti societari privati

Un fenomeno interessante, per certi versi speculare rispetto all'ipotesi del conferimento a organizzazioni private della titolarità o dell'esercizio di funzioni amministrative è costituito dalla parziale conformazione – eteroimposta – della struttura di organizzazioni private a fini di interesse generale.

Più precisamente, nella prima ipotesi – su cui ci siamo soffermati nei precedenti paragrafi – la doverosità della cura dell'interesse pubblico scaturisce dalla pubblicizzazione in *parte qua* dell'attività del soggetto conferitario privato, ma non sono imposte modifiche alla sua struttura organizzativa, in ragione del fatto che, ai fini del soddisfacimento dell'interesse pubblico e della tutela dei terzi, appare essenziale che venga preservato il regime amministrativo dell'attività conferita. Nella seconda ipotesi indicata, in cui manca detto conferimento, la normativa primaria e gli atti che vi hanno dato attuazione hanno imposto la conformazione della struttura organizzativa ed anche in parte della *governance* di enti societari privati al fine di garantire il soddisfacimento di interessi pubblici statali. A ben vedere, in quest'ultimo caso, non è l'attività che subisce una particolare conformazione pubblicistica, nel senso che il suo regime rimane quello privatistico, ma è la specifica, parziale modifica, etero-imposta, della struttura organizzativa dell'ente societario, contestualmente all'attribuzione all'amministrazione competente di un potere di vigilanza di tipo sia strutturale che funzionale, ad assicurare il soddisfacimento di interessi pubblici individuati dal diritto positivo come essenziali.

La conformazione della struttura di organizzazioni private non appare, a ben vedere, riconducibile al novero delle ipotesi il cui unico tratto unificante è individuabile nella sottoposizione di soggetti privati al rispetto di regole pubblicistiche riguardanti l'organizzazione e/o l'attività⁴⁷, ipotesi che non possono neppure essere confuse con quelle di conferimento ai privati di potestà pubbliche. Tale conformazione scaturisce dall'imposizione ad enti societari di specifiche prescrizioni e condizioni, contenute in provvedimenti costituenti esercizio di poteri speciali. In particolare, nella vicenda qui considerata, il Governo - in seguito all'acquisizione da parte di Vivendi S.A. di una partecipazione rilevante

⁴⁷ Si v. F. G. SCOCA, *Attività amministrativa*, in *Enc. dir., Aggiornamento*, VI, cit., pp. 111-112.

in TIM Spa - ravvisando la sussistenza di una situazione di minaccia di grave pregiudizio per gli interessi essenziali della difesa e della sicurezza nazionale, ha posto condizioni e prescrizioni, ex art. 1, comma 1, lett. a), d.l. n. 21/2012, conv. con mod. dalla l. n. 56/2012⁴⁸.

Ben consapevoli che, nell'economia del presente lavoro, non è possibile esaminare le varie ipotesi in cui il Governo può esercitare i c.d. *golden powers* – con riferimento ai quali deve segnalarsi che ai settori iniziali, previsti quali ambiti di intervento del Governo, ne sono stati aggiunti altri negli ultimi anni⁴⁹, ed altri ancora sono stati individuati in quest'ultimo periodo, al fine di tener conto dei possibili effetti derivanti dalla crisi pandemica⁵⁰ – ci si soffermerà soltanto su quelli con cui siano imposte prescrizioni e condizioni⁵¹, atteso che è con riguardo a tale tipo di poteri speciali che possono determinarsi effetti conformativi dell'organizzazione di enti societari privati. Condizioni e prescrizioni che, per quanto siano state dettate in relazione ad una specifica vicenda – *i.e.* quella originata dall'acquisizione da parte di Vivendi S.A. di una partecipazione in TIM⁵² – delineano, come è stato efficacemente sottolineato in dottrina, il «benchmark di riferimento per chiunque intenda analizzare i profili di potenziale interferenza

⁴⁸ In generale su detti poteri speciali si v., *ex multis*: P. DI PALMA, F. GASPARI, *L'attuazione del "golden power" in Italia: dal potere regolamentare alla potestà regolatoria*, in *Rass. Arr. Stato*, fasc. 1, 2013, pp. 153 ss.; L. ARDIZZONE, M. L. VITALI, *I poteri speciali dello Stato nei settori di pubblica utilità*, in *Giur. comm.*, 2013, I, pp. 919 ss.; F. BASSA, *Dalla "golden share" al "golden power": il cambio di paradigma europeo nell'intervento dello Stato sull'economia*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2014, fasc. 1, pp. 57 ss.; F. GASPARI, *Libertà di circolazione dei capitali privatizzazioni e controlli pubblici. La nuova golden share tra diritto interno comunitario e comparato*, Torino, Giappichelli, 2015, spec. pp. 45 ss.; C. SAN MAURO, *I poteri speciali del governo nei confronti delle società che operano nei settori strategici: dalla "Golden Share" ai "Golden Powers"*, in *Foro Amm.*, 2015, fasc. 11, pp. 2951 ss.; F. M. CIARALLI, *I "golden powers" esercitabili dal Governo a tutela di interessi strategici dello Stato*, in *Rass. Arr. Stato*, 2015, fasc. 4, pp. 159 ss.; A. SACCO GINEVRI, *I "golden powers" dello Stato nei settori strategici dell'economia*, in *I federalismi.it*, fasc. 22, 2016; AA. VV., *Golden powers*, Dipartimento delle informazioni per la sicurezza (DIS), 2019; V. DONATIVI, *Golden powers. Profili di diritto societario*, Torino, 2019; R. GAROFOLI, *Golden power e controllo degli investimenti esteri: natura dei poteri e adeguatezza delle strutture amministrative*, in www.federalismi.it, 2019; per una rassegna dei poteri speciali in altri ordinamenti nazionali si v. AA.VV., *Foreign Direct Investment Screening. Il controllo sugli investimenti esteri diretti*, (a cura di) G. Napolitano, Bologna, 2019.

⁴⁹ Si v. l'art. 14, d.l. 16 ottobre 2017, n. 148, conv. con mod. dalla l. 4 dicembre 2017, n. 172; l'art. 4-bis, comma 3, d.l. 21 settembre 2019, n. 105, conv. con mod. dalla l. 18 novembre 2019, n. 133, come sostituito dall'art. 15, d.l. 8 aprile 2020, n. 23; l'art. 1, d.l. 25 marzo 2019, n. 22, conv. con mod. dalla l. 20 maggio 2019, n. 41.

⁵⁰ Si v. l'art. 16 d.l. 8 aprile 2020 n. 23, che ha modificato diverse disposizioni del d.l. n. 21/2012, conv. dalla l. n. 56/2012.

⁵¹ Peraltro, a norma dell'art. 1-bis, comma 3-bis, quarto periodo, d.l. n. 21/2012, conv. dalla l. n. 56/2012, debbono essere esercitati in via preferenziale i poteri speciali con cui siano imposte specifiche prescrizioni e condizioni "ogni qual volta ciò sia sufficiente ad assicurare la tutela degli interessi essenziali della difesa e della sicurezza nazionale".

⁵² Partecipazione che risultava superiore alle soglie indicate all'art. 1, comma 5, d.l. n. 21/2012 conv. dalla l. 11 maggio 2012 n. 56. Su detta vicenda si v. l'ampia e minuziosa ricostruzione compiuta da F. FORTUNA, *I poteri speciali esercitabili da parte dell'esecutivo*, in *Un nuovo diritto delle società pubbliche? Processi di razionalizzazione tra spinte all'efficienza e ambiti di specialità*, a cura di R. Miccù, Jovene, Napoli, 2019, spec. pp. 411 ss.

tra le prescrizioni di golden power e i meccanismi societari»⁵³.

Con riguardo a tale tipo di poteri speciali è stato altresì osservato che, la normativa italiana sui *golden power*, limitandosi a stabilire che con un d.P.C.M. possano imporsi «specifiche condizioni relative alla sicurezza degli approvvigionamenti, alla sicurezza delle informazioni, ai trasferimenti tecnologici, al controllo delle esportazioni nel caso di acquisto, a qualsiasi titolo, di partecipazioni in imprese che svolgono attività di rilevanza strategica per il sistema di difesa e sicurezza nazionale» (art. 1, comma 1, lett. a) d.l. n. 21/2012 conv. dalla l. n. 56/2012), individua soltanto delle aree in cui il Governo è legittimato ad intervenire, ma non definisce l'ampiezza di tali condizioni⁵⁴, né tanto meno il contenuto delle stesse. Rilievo, quest'ultimo, che non può non ingenerare qualche perplessità, ove si consideri che, come si illustrerà, gli ampi margini di discrezionalità nell'esercizio dei poteri speciali qui in considerazione hanno consentito al Governo, con l'adozione del d.P.C.M. 16 ottobre 2017, di imporre prescrizioni e condizioni che comprimono in modo rilevante l'autonomia privata di TIM Spa (quotata in mercati regolamentati) e delle sue controllate (i.e.: Telecom Italia Sparkle S.p.A., Telsy Elettronica e Telecomunicazioni S.p.A.), che detengono *asset* e svolgono attività di rilevanza strategica per il sistema di difesa e di sicurezza nazionale.

Più nello specifico, le prescrizioni contenute in tale d.P.C.M. del 2017 hanno inciso tanto sulla *governance* – stabilendo che un consigliere di amministrazione, munito di rappresentanza legale, debba essere in possesso di specifici requisiti e sia nominato con l'assenso del Governo che ne valuta l'idoneità all'incarico ai fini della tutela degli interessi essenziali della difesa e della sicurezza nazionale⁵⁵ – quanto con riguardo a profili attinenti all'assetto organizzativo interno di TIM Spa e delle società dalla stessa controllate. Con riferimento a questi ultimi va evidenziato che sono stati imposti a TIM spa e alle società controllate specifici obblighi, quale quello di istituire, ove manchi, un'unità organizzativa preposta allo svolgimento «di attività aziendali rilevanti per la sicurezza nazionale», un'unità che deve essere dotata di piena autonomia economico-finanziaria e di gestione del personale, nonché idonea a garantire l'indipendenza nell'esercizio delle attività indicate⁵⁶.

A detta struttura organizzativa interna di sicurezza – a cui spetta, in particolare, la predisposizione di un “piano di *security*”, comprendente la ricogni-

⁵³ In tal senso A. TRISCORNIA, *Golden power: un difficile connubio tra alta amministrazione e diritto societario*, in *Riv. Soc.*, fasc. 4, 2019, pp. 733 ss. L'A., nell'esaminare la disciplina dei poteri speciali negli Stati Uniti, rileva come sussistano diversi punti di contatto con quella italiana, in particolare tra il potere di imporre condizioni e prescrizioni e il potere del *Committee on Foreign Investment in the United States* di approval conditioned on mitigation agreement. R. GAROFOLI, *op. cit.*, sottolinea come nel definire il ruolo e i compiti del Gruppo di coordinamento, istituito presso la Presidenza del Consiglio, si sia guardato soprattutto all'esperienza statunitense del Comitato interministeriale per gli investimenti esteri.

⁵⁴ Si v. sul punto: A. COMINO, *Golden powers per dimenticare la golden share: le nuove forme di intervento pubblico sugli assetti societari nei settori della difesa, della sicurezza nazionale, dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, fasc. 5, 2014, spec. p. 1050.

⁵⁵ Si v. l'art. 1, par. 1, lett. a), n. 2 di tale d.P.C.M.

⁵⁶ Si v. l'art. 1, par. 1, lett. a), n. 1 di tale d.P.C.M.

zione degli *asset* e delle attività di carattere strategico, nonché una programmazione annuale rivolta all'individuazione di eventuali criticità, la determinazione di obiettivi di sviluppo, manutenzione e gestione delle attività e degli *asset* strategici e della dotazione di risorse strumentali e finanziarie necessarie al raggiungimento di tali obiettivi – si è previsto che debba essere preposto un funzionario alla sicurezza, nominato all'interno di una terna fornita dal Dipartimento delle informazioni per la sicurezza della Presidenza del Consiglio dei ministri⁵⁷.

Le società indicate sono poi tenute a coinvolgere detta struttura organizzativa interna di sicurezza «nei processi di governance, con particolare riferimento a tutti i processi decisionali afferenti ad attività strategiche e alla rete»⁵⁸, nonché ad assegnarle «la funzione di controllo e supervisione di tutte le attività svolte nei diversi ambiti aziendali, attinenti alla gestione degli *asset* strategici ai fini della tutela della difesa e della sicurezza nazionale»⁵⁹, e a riservare alla stessa «la produzione di informazioni dettagliate sullo stato di conformità alle prescrizioni e condizioni imposte»⁶⁰. Si prevede altresì che dette società debbano fornire una preventiva informazione in merito ad ogni decisione che possa ridurre, anche temporaneamente, o cedere capacità tecnologiche, operative, industriali nelle attività considerate strategiche e nelle attività strategiche chiave, ivi compresa, ad esempio, la alienazione di partecipazioni societarie, di diritti di proprietà.

Con il d.P.C.M. del 2 novembre 2017, in seguito ai cambiamenti intervenuti nella *governance* di TIM Spa⁶¹, che avevano determinato il controllo di fatto e la disponibilità in capo a Vivendi SA degli attivi strategici nel settore delle comunicazioni di TIM Spa - da cui doveva dedursi la sussistenza di un obbligo di notifica da parte di quest'ultima società - sono state impartite, *ex art. 2*, d.l. n. 21/2012 conv. dalla l. n. 56/2012, altre prescrizioni e condizioni con riguardo a detta società; in particolare si è stabilito che il Comitato di monitoraggio – istituito presso la Presidenza del Consiglio, composto da un rappresentante della medesima Presidenza, da un rappresentante del Dipartimento delle informazioni per la sicurezza, del Ministero dell'interno, del Ministero della difesa e del Ministero dello sviluppo economico – sia tenuto a verificare il rispetto delle condizioni e delle prescrizioni stabilite, tra cui l'adozione di adeguati piani di sviluppo, investimento e manutenzione sulle reti e sugli impianti, necessari ad assicurare il funzionamento, l'integrità e a garantire la continuità della fornitura del servizio universale, ecc., nonché la realizzazione di adeguate misure di natura tecnica ed organizzativa di gestione di rischi, e che il medesimo Comitato possa chiedere, anche direttamente all'impresa, informazioni aggiuntive utili ai

⁵⁷ Si v. l'art. 1, par. 1, lett. a), n. 3 di tale d.P.C.M.

⁵⁸ Si v. l'art. 1, par. 1, lett. a), n. 4 di tale d.P.C.M.

⁵⁹ Si v. l'art. 1, par. 1, lett. a), n. 6 di tale d.P.C.M.

⁶⁰ Si v. l'art. 1, par. 1, lett. a), n. 7 di tale d.P.C.M.

⁶¹ Con delibera dell'assemblea degli azionisti ordinari del 10.10.2017 si era proceduto al rinnovo del Consiglio di amministrazione della società con la nomina di 15 consiglieri, di cui 10 tratti dalla lista presentata da Vivendi SA ed il Consiglio di amministrazione aveva preso atto dell'inizio dell'attività di direzione e coordinamento da parte di quest'ultima società.

fini del monitoraggio stesso.

Entrambi i d.P.C.M. del 2017 richiamati rimettono dunque al Comitato di monitoraggio istituito presso la Presidenza del Consiglio⁶² la verifica circa l'adempimento delle prescrizioni e condizioni imposte. Più nello specifico, per un verso la relazione e gli elementi che debbono essere trasmessi al predetto Comitato dalla struttura organizzativa societaria interna preposta alla sicurezza, per l'altro la possibilità riconosciuta al medesimo Comitato di acquisire da tale struttura qualificate informazioni, tra cui quelle sugli investimenti pianificati e realizzati nei settori strategici, nonché altre informazioni e valutazioni tecniche da istituzioni competenti, da autorità indipendenti, oltre che direttamente dalle società interessate, denotano come il monitoraggio svolto configuri un'attività di controllo in ordine al recepimento delle prescrizioni dettate sia sul piano organizzativo societario che su quello funzionale, ossia delle attività al cui esercizio è preposta l'unità organizzativa interna di sicurezza⁶³.

Dal caso riportato si desume come il Governo, nell'esercizio dei poteri speciali, abbia imposto la creazione di una struttura di sicurezza che costituisce un'articolazione organizzativa autonoma, la cui attività deve essere svolta in modo indipendente⁶⁴, anche in considerazione del fatto che le decisioni relative agli investimenti in tema di organizzazione della sicurezza non risultano sottoposte al potere gerarchico del Consiglio di amministrazione⁶⁵.

Le prescrizioni impartite dal Governo a TIM Spa e alle società dalla stessa controllate, che sono state adempiute anche mediante la creazione di una struttura organizzativa per la sicurezza con i caratteri di cui si è detto – alla quale sono demandate attività di pianificazione, comprendenti la determinazione di obiettivi di sviluppo, manutenzione, gestione delle attività e degli *asset* strategici, nonché di dotazioni strumentali e finanziarie necessarie al conseguimento degli obiettivi, e attività di vigilanza che attengono, tutte, alla salvaguardia di interessi pubblici fondamentali (*recte*: la difesa e la sicurezza nazionale, l'interesse nazionale nel settore delle comunicazioni) – finiscono, a ben vedere, per incidere in

⁶² Si v., rispettivamente, l'art. 2 del d.P.C.M. 16 ottobre 2017 e l'art. 2 d.P.C.M. 2 novembre 2017.

⁶³ In altri casi, in cui è stato lasciato all'ente societario un certo margine di discrezionalità nel recepimento delle prescrizioni, come osserva A. CIPOLLONE, *La verifica dell'ottemperanza alle prescrizioni. I comitati di monitoraggio*, in AA.VV., *Golden power*, Dipartimento delle informazioni per la sicurezza (DIS), Roma, 2019, 52 s. spec. pp. 56-57, il Comitato di monitoraggio può assumere la veste di un vero tavolo di mediazione.

⁶⁴ Detta struttura organizzativa, che deve essere autonoma e svolgere le proprie attività in modo indipendente, sembra un po' ricalcare la figura all'organismo di vigilanza, istituito per la prevenzione dei c.d. reati presupposto, ex d.lgs. n. 231/2001. Deve tuttavia rilevarsi come, mentre l'istituzione di un organismo di vigilanza è sancita espressamente dal diritto positivo, la creazione di un'unità organizzativa preposta allo svolgimento di attività aziendali rilevanti per la sicurezza nazionale sia stata individuata, quale specifica condizione, con un atto amministrativo.

⁶⁵ Si v. sul punto A. TRISCORNIA, *Golden power: un difficile connubio tra alta amministrazione e diritto societario*, cit., il quale rileva altresì come ciò crei «una potenziale distonia tra la prescrizione amministrativa e la regola inderogabile dettata dall'art. 2381, comma 3 cod. civ.».

modo significativo sulla loro autonomia organizzativa.

Al riguardo, deve rilevarsi, però, come le condizioni e prescrizioni – che siano poste dal Governo, ex art. 1, comma 1, lett. a), d.l. n. 21/2012 conv. dalla l. n. 56/2012, in esito alla valutazione compiuta con riguardo alla sussistenza di una minaccia di grave pregiudizio per gli interessi essenziali della difesa e della sicurezza nazionale rappresentata dall'acquisto di partecipazioni in imprese che svolgono attività di rilevanza strategica – debbano essere conformi ai principi di proporzionalità e ragionevolezza. Ancorché la valutazione circa il rispetto o meno di detti canoni, sia rimessa al giudice amministrativo, ex art. 133, comma 1, lett. z-*quinquies* c.p.a., non può certo trascurarsi il fatto che l'adempimento da parte degli enti societari delle condizioni e prescrizioni imposte risulti garantito soprattutto in ragione delle elevatissime sanzioni pecuniarie, applicabili là dove le stesse siano disattese o violate⁶⁶. In altri termini, dette sanzioni pecuniarie rappresentano un forte disincentivo all'impugnazione davanti al giudice amministrativo dei provvedimenti con cui sono esercitati i poteri speciali. Di fronte, infatti, al rischio che siano comminate pesanti sanzioni pecuniarie, che, in caso di esito sfavorevole del contenzioso promosso, non potrebbero più essere evitate, con ogni probabilità gli enti societari, a cui siano imposte prescrizioni e condizioni anche fortemente limitative della loro autonomia privata, saranno disponibili a ricercare un compromesso o comunque ad accettare le condizioni imposte.

Nel caso esaminato, il Governo non soltanto ha imposto alle società menzionate di osservare determinate prescrizioni e condizioni, ma ha altresì previsto che, attraverso un apposito ufficio della Presidenza del Consiglio (*i.e.* il Comitato di monitoraggio), sia svolta un'attività di vigilanza in ordine alla creazione di una struttura organizzativa e al suo regolare funzionamento.

Si è prefigurata una nuova modalità di intervento di tipo regolatorio perché lo Stato non crea un ente pubblico, né conferisce funzioni amministrative ad un ente privato, *ex lege* o mediante un titolo idoneo (*recte*: una concessione o una delega), ma interviene con leggi ed atti amministrativi per imporre condizioni e prescrizioni, il cui adempimento, da parte di società operanti nel mercato, presuppone che si dia luogo ad una specifica articolazione organizzativa. In altri termini, la salvaguardia di detti interessi pubblici essenziali viene in concreto assicurata mediante un atto di regolazione⁶⁷, con cui viene imposta ad enti societari una specifica conformazione sul piano organizzativo.

Nell'ipotesi considerata si stabilisce dunque che enti privati debbano

⁶⁶ All'art. 1, comma 5, dodicesimo periodo, d.l. n. 21/2012, conv. dalla l. n. 56/2012, si stabilisce che sia comminata “una sanzione amministrativa pecuniaria pari al doppio del valore dell'operazione e comunque non inferiore all'1 per cento del fatturato realizzato nell'ultimo esercizio per il quale sia stato approvato il bilancio”.

⁶⁷ Nel caso di specie, è del tutto evidente che la regolazione si estrinseca in provvedimenti autoritativi, si v. per la sottolineatura non soltanto di detto aspetto, ma anche del fatto che, in alcuni casi, ai provvedimenti autoritativi è ricollegabile un'efficacia soggettiva individuale: D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, cit., spec. p. 61-62.

strutturare la propria articolazione organizzativa in modo da garantire lo svolgimento di attività che appaiono funzionali alla cura di interessi pubblici, i cui risultati risultano imputabili allo Stato, che è chiamato non soltanto ad esercitare la vigilanza circa il puntuale adempimento delle prescrizioni e condizioni imposte, ma anche a valutare le informazioni e i dati trasmessi o acquisiti.

La salvaguardia dei fondamentali interessi pubblici indicati si realizza, pertanto, mediante la creazione di una struttura organizzativa autonoma all'interno dell'ente societario privato, della quale deve assicurarsi la permanenza nel tempo, e lo svolgimento da parte della stessa di attività prestabilite, che comportano obblighi di rendicontazione e di trasmissione di informazioni e dati alla Presidenza del Consiglio, in modo da consentire a quest'ultima di verificare che non siano lesi detti interessi.

Secondo le modalità indicate si realizza, in definitiva, un'inedita collaborazione tra lo Stato e gli enti societari privati, destinatari delle prescrizioni e condizioni – operanti in certi settori considerati dalla legge di rilevanza strategica⁶⁸ –, nella cura di fondamentali interessi pubblici. Collaborazione che si attua nell'ambito di un rapporto di vigilanza, come conseguenza dell'effetto conformativo dell'organizzazione di imprese private derivante dalle condizioni imposte, delineato al fine di garantire un costante presidio su operazioni e attività che rivestono particolare importanza per la salvaguardia di detti interessi pubblici.

⁶⁸ Ciò è comprovato anche dal fatto che, in altri casi, il Governo ha imposto prescrizioni e condizioni, che non soltanto appaiono meno restrittive dell'autonomia di organizzazioni private, ma anche più chiaramente orientate alla realizzazione di un rapporto collaborativo con lo Stato. Al riguardo, si può richiamare il caso di GE Avio S.r.l., ove è stato costituito un Comitato paritetico, ossia composto da rappresentanti tanto della società che del Governo, col compito di verificare il rispetto delle condizioni e degli obblighi imposti (si v. l'art. 2, d.P.C.M. 6 giugno 2013). Peraltro, diversamente dal sistema giuridico statunitense, a cui si è ispirati nel delineare le misure che possono costituire esplicazione di detti poteri speciali – nel quale le Corti considerano sostanzialmente insindacabili in sede giurisdizionale le decisioni presidenziali – nel nostro ordinamento, come osserva R. GAROFOLI, *op. cit.*, le determinazioni assunte dal Consiglio dei ministri (ancorché connotate da un «un alto tasso di discrezionalità, tecnica e amministrativa») sono sicuramente sindacabili dal giudice amministrativo con riguardo ai canoni della ragionevolezza, coerenza e adeguatezza.