

ROSA CALDERAZZI

Professore associato di Diritto dell'economia presso il Dipartimento di Economia, Management e Diritto dell'impresa Università degli Studi di Bari

rosa.calderazzi@uniba.it

L'ORGANIZZAZIONE ECONOMICA PRIVATA DI INTERESSE PUBBLICO

PRIVATE ECONOMIC ORGANIZATION OF PUBLIC INTEREST

SINTESI

Il rinnovato dibattito sull'organizzazione economica privata di interesse pubblico ha portato a soffermarsi sulle ragioni delle deviazioni delle regole nelle organizzazioni, in una rilettura del rapporto tra svolgimento dell'attività d'impresa, organizzazione, ruolo dell'autorità.

Quando l'agire negoziale si intreccia con interessi pubblici, benché si continui ad utilizzare il modello privatistico di diritto comune, la connotazione degli interessi generali di cui diventa portatore incide sulla organizzazione contrattuale e, in alcuni casi, sulla causa stessa del contratto: in tal modo lo strumento societario diventa il punto di convergenza di diversi interessi che non sono più assorbiti dal solo interesse sociale.

Nell'esercizio dell'impresa privata di rilievo pubblico si assiste ad un rapporto dialettico tra autonomia privata e intervento pubblicistico dove l'autonomia privata viene regolata e spesso limitata da regole amministrative.

Le alterazioni dell'autonomia privata nelle organizzazioni economiche private sono regole pubblicistiche applicate a favore di una pluralità di soggetti (i risparmiatori, i consumatori, i giocatori) che vantano diritti inviolabili e che legittimano l'esercizio del potere pubblico.

La scelta della organizzazione determina il modo di svolgimento dell'attività e le scelte organizzative che vengono fatte sono strumentali alla realizzazione di determinati fini.

Quando c'è un esercizio privato di pubbliche funzioni occorre rendere compatibile la realizzazione dell'interesse pubblico con il fine perseguito dal privato, attraverso alterazioni di tipo organizzativo.

La previsione di una organizzazione diversa e più incisiva (sia che si tratti delle regole del capitale in ambito bancario, sia che si tratti delle dettagliate regole procedurali nelle società quotate, sia che si tratti di proteggere il consumatore nel gioco e nella scommessa, sia che ci si riferisca a tutti gli intermediari che operano nel mercato finanziario) consente di superare la contrapposizione degli interesse in quanto la previsione di un insieme di regole che incidono sull'organizzazione di una attività d'impresa sono funzionali alla protezione e massimizzazione dei diritti che quella determinata organizzazione privata di interesse pubblico persegue.

ABSTRACT

The renewed debate on private economic organization of public interest has led to dwell on the reasons for the deviations of the rules in organizations, in a reinterpretation of the relationship between the conduct of business, organization, role of authority.

Although the private-sector model of common law continues to be used, when negotiating action is intertwined with public interests, the connotation of the general interests it becomes the bearer of inevitably affects the contractual organization and, in some cases, the cause of the contract itself: in this way the corporate instrument becomes the convergence point for different interests that are no longer absorbed by the social interest alone.

Within the exercise of private companies of public importance, there is a dialectical relationship between private autonomy and publicistic intervention where private autonomy is regulated and often limited by administrative rules.

The alterations of private autonomy in private economic organizations are publicistic rules applied in favor of a plurality of subjects (savers, consumers, players) who have inviolable rights, and which legitimize the exercise of public power.

The choice of the organization determines the way by which the activity is carried out and the organizational choices that are made are instrumental to the achievement of certain purposes.

When there is a private exercise of public functions, the realization of the public interest must be made compatible with the purpose pursued by the private sector, through organizational alterations.

The provision of a different and more incisive organization (whether it is the rules of capital in the banking sector, whether it is the detailed procedural rules in listed companies, whether it is the protection of the consumer in gambling and betting, whether it is the referring to all intermediaries operating in the financial market) allows to overcome the opposition of interests since the provision of a set of rules affecting the organization of a business activity are functional to the protection and maximization of the rights pursued by certain private organization of public interest.

PAROLE CHIAVE: organizzazione economica privata – autonomia privata – potere pubblico

KEYWORDS: private economic organization – private autonomy – public power

INDICE: 1. L'organizzazione economica privata di interesse pubblico: le ragioni del dibattito. – 2. L'autonomia privata nell'esercizio dell'impresa di rilievo pubblico. – 3. La componente organizzativa dell'attività di impresa. – 4. Le ragioni delle alterazioni organizzative. – 5. Premesse per una lettura delle alterazioni organizzative.

1. L'organizzazione economica privata di interesse pubblico: le ragioni del dibattito.

Il dibattito sull'organizzazione economica privata di interesse pubblico ha suscitato negli studiosi una rinnovata attenzione: assume rilevanza per gli studiosi pubblicisti¹ in quanto il diritto pubblico regola molte delle attività esercitate sul mercato da soggetti privati e l'esercizio di funzioni

¹ B. GILBERTI, *L'amministrare in senso oggettivo tra libertà e funzione. riflessioni a margine di un recente caso in materia di libere università*, in questa *Rivista*, 2019, p. 73, ricorda che il fascino degli studi in materia di organizzazione amministrativa risiede essenzialmente nell'essere questo settore, più di altri, ontologicamente cangiante e mutevole nel tempo.

pubblicistiche viene sovente svolto da soggetti privati²; per i privatisti, giacché investe i rapporti tra contratto e organizzazione nel rapporto societario³.

Si assiste ad una tendenza alla pubblicizzazione: alcuni soggetti di diritto privato vengono ricondotti a regimi pubblicistici in quanto esercitano attività materialmente di pubblico interesse; in altri casi soggetti privati esercitano attività di pubblico interesse attraverso lo strumento della concessione; o vi è una pluralità di soggetti che, in considerazione degli interessi di tipo pubblicistico, sono fortemente regolamentati⁴.

Per altro verso ci sono novità legislative che hanno inciso sugli assetti organizzativi dell'impresa e sulla sua capacità di riorganizzazione di tali assetti, in caso di crisi dell'impresa stessa, e che spingono ad una riflessione sulla dimensione e adeguatezza dell'organizzazione, sulla *business judgement rule*, sulla prevenzione delle crisi⁵.

L'emergenza pandemica ha accentuato la rilevanza del fenomeno: i numerosi interventi emergenziali, nell'ambito del diritto dell'economia, dettati dalla esigenza di attuire le criticità causate dal virus, hanno fatto emergere la presenza di interessi di carattere pubblico e, di conseguenza, la necessità di incidere sulla organizzazione di quei soggetti privati che mirano a

² M. S. GIANNINI, *Esercizio privato di pubbliche attività*, in *Enc. Dir.*, XV, p. 686; F. SATTA, *Esercizio privato di funzioni e servizi pubblici*, in *Enc. Giur.* XIII, 1989, p. 2; A. MALTONI, *Esercizio privato di pubbliche funzioni*, in *Enc. Dir.*, Annali I, Milano, Giuffrè, 2007, p. 570; ID., *Condizioni che consentono di 'equiparare' un'organizzazione privata ad una organizzazione pubblica nell'esercizio di funzioni amministrative e condizioni eteroimposte da cui conseguono effetti conformativi dell'organizzazione di enti privati per la salvaguardia di interessi pubblici 'essenziali'*, in questa *Rivista*, 2020, p. 161.

³ P. FERRO -LUZZI, *I contratti associativi*, 1971; P. SPADA, *La tipicità delle società*, Padova, 1974; G. MARASÀ, *Le società*, Milano, 2000; C. ANGELICI, *La società per azioni. Principi e problemi*, Milano, 2012, *passim*; C. ANGELICI, *Attività e organizzazione. Studi di diritto delle società*, Torino, 2007; ID., *Le basi contrattuali della società*, in *Tratt. Colombo Portale*, Torino, 2004, p. 101, evidenzia come si debba elaborare una nozione di "organizzazione" di tipo normativo, ossia nella particolare disciplina di un'attività; F. D'ALESSANDRO, *Il fenomeno societario tra contratto e organizzazione*, in *Giur. comm.*, 2017, p. 487.

⁴ Sul punto, L.R. PERFETTI, *Organizzazione amministrativa e sovranità popolare. L'organizzazione pubblica come problema teorico, dogmatico e politico*, in questa *Rivista*, 2019, p. 28.

⁵ Il principio di adeguatezza organizzativa assume una valenza sistematica; la crescente rilevanza degli assetti organizzativi trova una conferma anche nel nuovo articolo 2086 del codice civile modificato dal codice della crisi d'impresa dove l'obbligo imprenditoriale di predisporre, nell'esercizio della propria attività d'impresa, di un assetto organizzativo amministrativo e contabile adeguato diventa importante anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi l'impresa e della perdita della continuità aziendale, nonché per consentire l'attivazione senza indugio di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale (per un approfondimento sul punto sia consentito il riferimento a R. CALDERAZZI, *La funzione dell'organizzazione nell'impresa bancaria*, 2019, p. 269, ove riferimenti bibliografici sul principio di adeguatezza organizzativa).

tutelare interessi pubblici⁶: ne sono derivate ulteriori alterazioni nella organizzazione economica privata.

Più in generale l'emergenza ha determinato il dispiegarsi di un meccanismo autoritario⁷ che ha portato ad un monopolio dell'autorità su tutto ciò che è di pubblico interesse: in particolare, nei processi economici, si riafferma la presenza dello Stato come regola nel processo economico, sia nella forma dello Stato imprenditore, sia attraverso soggetti di diritto privato che subiscono modifiche di carattere organizzativo nell'esercizio della propria attività di impresa in considerazione degli interessi che perseguono.

Nel settore del diritto dell'economia ci si è, così, progressivamente allontanati dal modello costituzionale fissato dagli articoli 41 e 43⁸, ispirato alla protezione dei diritti fondamentali, attraverso la moltiplicazione dei centri di regolazione⁹ e la proliferazione progressiva di norme speciali e derogatorie, anche con strumenti di *soft law* e *soft regulation*, con una alterazione del rapporto con lo Stato di diritto¹⁰.

Da un lato lo Stato, al fine di soddisfare determinati bisogni dei cittadini, ritiene necessario assumere nuovi compiti pubblici, pubblicizzando alcuni enti privati¹¹, dall'altro lato, quasi per

⁶ Sui profili giuridici, nell'ambito del diritto dell'economia, sollevati dall'emergenza sanitaria, cfr. A.A. VV., *Sistema produttivo e finanziario post covid-19: dall'efficienza alla sostenibilità. Voci dal diritto dell'economia*, a cura di U. Malvagna e A. Sciarrone Alibrandi, 2020, Pisa; AA.VV., *Il diritto dell'emergenza: profili societari, concorsuali, bancari e contrattuali*, a cura di M. Irrera, 2020, Torino.

⁷ L.R. PERFETTI, *Il Governo dell'arbitrio. Riflessioni sulla sovranità popolare durante la XVIII legislatura repubblicana*, Rubettino, 2021, p. 12, nonché i saggi contenuti nel secondo fascicolo della Rivista P.A. 2020.

⁸ Sul tema, cfr. L.R. PERFETTI, *Autorità dello Stato, autorità del mercato, autorità dei diritti delle persone. Osservazioni sull'evoluzione del dibattito culturale dei pubblicisti a partire dalle premesse costituzionali alla programmazione economica di Francesco Gabriele*, in *Studi in onore di Francesco Gabriele*, t. II, Bari, 2016, p. 778; ID., *Contributo ad una teoria dei pubblici servizi*, Padova, 2001, p. 175 e ss.

⁹ G. ROMAGNOLI, *Concorrenza e "complementarietà" delle vigilanze economiche*, in questa *Rivista*, 2020, p.132, interpreta la moltiplicazione dei centri di regolazione con l'evoluzione scoordinata della disciplina dei comparti assicurativo, bancario, mobiliare e la spinta all'adeguamento dei dettami dell'Unione europea; sul punto cfr., altresì, S. AMOROSINO, *Le dinamiche del diritto dell'economia*, Pisa, 2018, p. 34.

¹⁰ Come si è avuto modo di evidenziare gli interventi di *soft law* e *soft regulation* si sovrappongono alle fonti primarie sub primarie mettendo in discussione i paradigmi tradizionali sulle modalità di recepimento all'interno dell'ordinamento nazionale e ponendo problemi di coordinamento di rapporti tra pubblici poteri: R. CALDERAZZI, *La emergenza, pandemia ed intervento dell'autorità sull'impresa bancaria*, in questa *Rivista*, 2020, p. 242 e ss., ove riferimenti bibliografici sulla crisi della statualità.

¹¹ A. MALTONI, *Condizioni che consentono di 'equiparare' un'organizzazione privata ad una organizzazione pubblica nell'esercizio di funzioni amministrative e condizioni eteroimposte da cui conseguono effetti conformativi dell'organizzazione di enti privati per la salvaguardia di interessi pubblici 'essenziali'*, cit., p. 164.

compensare una fuga dalla organizzazione pubblica,¹² si assiste ad una graduale estensione della nozione di soggetto pubblico o di amministrazione in senso sostanziale che ricomprende anche diversi enti di diritto privato.

Spesso le forme privatistiche sono privilegiate in quanto le organizzazioni private sono in grado di assicurare una migliore efficienza nell'attività rispetto alle organizzazioni pubbliche.

Se non che quando l'agire negoziale si intreccia con interessi pubblici, benché si continui ad utilizzare il modello privatistico di diritto comune, la connotazione degli interessi generali di cui diventa portatore incide sulla organizzazione contrattuale e, in alcuni casi, sulla causa stessa del contratto: in tal modo lo strumento societario diventa il punto di convergenza di diversi interessi che non sono più assorbiti dal solo interesse sociale¹³.

La questione certamente investe il rapporto tra pubblico e privato e la “zona di confine”¹⁴ tra i due ambiti, fenomeno oggi particolarmente attuale, coerentemente con quanto ci ricordava nel 1943 Pugliatti secondo il quale ogni crisi nel campo del diritto riconduce lo studioso alla distinzione tra diritto pubblico e diritto privato e tanto più la crisi è acuta, tanto più si è inclini a negare la distinzione, senza considerare che l'esigenza razionale del diritto come ordinamento è proprio nella dinamica dei due termini¹⁵.

Se è vero che nessuna organizzazione nasce se non funzionalmente ad uno scopo, ad un obiettivo, ad un'esigenza¹⁶ si tratta di comprendere quali siano le ragioni e gli obiettivi che inducono alla scelta di quella particolare organizzazione.

Per soddisfare tali esigenze la rivista P. A., negli ultimi due anni, ha rilanciato il dibattito sulla organizzazione e, sul fronte del diritto dell'economia¹⁷, in particolare sulle organizzazioni

¹² F. G. COCA, *Attività amministrativa*, in *Enc. dir., Aggiornamento*, VI, Milano, Giuffrè, 2002, p. 110.

¹³ R. RORDORF, *Le società pubbliche tra inquadramento privatistico e normativa pubblicistica*, in *Magistratura giustizia società*, Cacucci Bari, 2020, p. 310.

¹⁴ Così, S. PUGLIATTI, voce *Diritto pubblico e privato*, in *Enc. Dir.*, Giuffrè, Milano, 1964, XII, p. 696 e ss.

¹⁵ S. PUGLIATTI, *Istituti del diritto civile, Prefazione*, Giuffrè, Milano, 1943, p.

¹⁶ L.R. PERFETTI, *Organizzazione amministrativa e sovranità popolare. l'organizzazione pubblica come problema teorico, dogmatico e politico*, cit. p. 23.

¹⁷ Cfr. i fascicoli 2019, n. 1, 2020, n. 1 e 2, ove ampi riferimenti dottrinali sull'organizzazione ai quali si rinvia, in particolare per i profili del diritto dell'economia, cfr. A. MALTONI, *Condizioni che consentono di 'equiparare' un'organizzazione privata ad una organizzazione pubblica nell'esercizio di funzioni amministrative e condizioni eteroimposte da cui conseguono effetti conformativi dell'organizzazione di enti privati per la salvaguardia di interessi pubblici 'essenziali'*, cit., p. 161; A. CLINI, *Ordinamento sezionale del credito e diritti fondamentali della persona*, 2019, p. 137; ID., *Funzione monetaria e organizzazione nell'Unione europea*, 2020, p. 103; E. CARLONI, *Diritti by design. Considerazioni su organizzazione, autonomia organizzatoria e*

economiche private di diritto pubblico, assunta la prospettiva secondo la quale l'organizzazione è definita dai suoi fini, si è soffermata sulle ragioni delle deviazioni delle regole nelle organizzazioni, in una rilettura del rapporto svolgimento dell'attività d'impresa, organizzazione, ruolo dell'autorità.

2. L'autonomia privata nell'esercizio dell'impresa di rilievo pubblico.

Nell'esercizio dell'impresa privata di rilievo pubblico si assiste ad un rapporto dialettico tra autonomia privata e intervento pubblicistico in cui l'autonomia privata viene regolata e spesso limitata da regole amministrative¹⁸.

Si è già in altra sede evidenziato come, nella legislazione speciale, la menomazione del ruolo volitivo della parte derivi dalla fisiologia delle relazioni e della loro appartenenza ad una categoria socio - economica¹⁹.

Cambia il paradigma dell'autonomia privata che non rappresenta più una volontà libera ma una decisione contornata di regole che intervengono dall'esterno e che servono alla protezione di interessi diversi dal soggetto che decide²⁰.

I soggetti che operano sul mercato e le attività che si compiono fanno emergere l'insufficienza delle norme di diritto comune, l'esigenza di superare le asimmetrie informative e la necessità di trovare una risposta dell'ordinamento alla protezione degli interessi coinvolti: si assiste, così, ad una "invasione" degli spazi di autonomia e libertà delle parti che portano a delle alterazioni della autonomia negoziale e organizzativa.

protezione degli interessi, 2020, p. 511. PIAZZA, *L'organizzazione dei soggetti privati incaricati di pubbliche funzioni e i riflessi sul regime degli atti*, 2019, p. 159; G. ROMAGNOLI, *Concorrenza e "complementarietà" delle vigilanze economiche*, 2020, cit., p. 131; R. CALDERAZZI, *La funzione dell'organizzazione nell'impresa bancaria*, 2019, cit., p. 261; ID., *L'organizzazione del capitale nell'impresa bancaria*, 2020, p. 143.

¹⁸ Sui riferimenti alle ipotesi nelle quali è stato fatto rientrare il fenomeno dell'esercizio privato di pubbliche funzioni, I. PIAZZA, *L'organizzazione dei soggetti privati incaricati di pubbliche funzioni e i riflessi sul regime degli atti*, cit. p. 160, nt. 5.

¹⁹ G. GRISI, *L'autonomia privata. Diritto dei contratti e disciplina costituzionale dell'economia*, Milano, Giuffrè, 1999, pp. 55 e ss., ricorda le tappe dell'evoluzione dell'autonomia privata, dalla crisi del liberismo economico al superamento del modello dirigitico. Sul tema, v. V. ROPPO, *Il Contratto*, cit., p. 44; G. B. FERRI, *La "cultura" del contratto e le strutture del mercato*, in *Riv. dir. comm.*, 1997, I, pp. 22 e ss.

²⁰ Per un approfondimento sul tema sia consentito il riferimento a R. CALDERAZZI, *La decisione e le scelte economiche oltre i concetti tradizionali di potere e autonomia privata*, in questa *Rivista*, 2017, p. 338.

Nella dialettica autorità – libertà le alterazioni dell'autonomia privata dipendono dall'applicazione di regole pubblicistiche, dunque l'esercizio dell'attività d'impresa viene regolato, non dall'autonomia privata, ma da strumenti diversi: la concessione, la regolazione trovano la loro giustificazione nella presenza di dimensioni collettive e incidono sui profili organizzativi che l'impresa svolge.

In considerazione degli interessi che determinate attività di impresa tutelano le regole organizzative che vengono applicate portano ad un superamento del concetto tradizionale di autonomia privata: più in generale il diritto privato del rischio, sovente, in ragione dei soggetti che operano sul mercato e dell'attività svolta, vede una crisi dell'autonomia privata e la necessità di individuare una risposta dell'ordinamento al fine di tutelare i diritti di cui sono portatori una pluralità di soggetti: l'ordinamento cioè individua una necessità di protezione in quanto presente un rilievo pubblico che legittima la previsione di regole organizzative volte a soddisfare la tutela di quelli interessi.

Dunque, le alterazioni dell'autonomia privata, nelle organizzazioni economiche private, sono regole pubblicistiche applicate a favore di una pluralità di soggetti (i risparmiatori, i consumatori, i giocatori nel gioco e nella scommessa) che vantano diritti inviolabili e che legittimano l'esercizio del potere pubblico.

Tale prospettiva consente di affermare che le pretese individuali, contenute all'interno delle organizzazioni economiche private, non vivono nello spazio libero dell'autonomia privata quando l'organizzazione stessa è di interesse pubblico, e, poiché assumono dimensioni collettive, diventano portatrici di pretese più generali²¹, cioè i diritti diventano punto di unificazione.

3. La componente organizzativa dell'attività di impresa.

In ciascun contratto associativo è presente la componente causale e quella organizzativa: la prima segna il tipo di risultato che le parti intendono conseguire, cioè esprime il perché ci si associa,

²¹ Sul tema, v. L. R. PERFETTI, *I diritti sociali. Sui diritti fondamentali come esercizio della sovranità popolare nel rapporto con l'autorità*, in *Dir. pubbl.*, 2013, p. 114.

la seconda esprime le regole secondo cui devono prodursi gli atti che costituiscono l'attività di esecuzione del contratto e di realizzazione della causa, cioè esprime il come si produrrà l'attività di realizzazione della causa²².

Il legislatore ha voluto distinguere i singoli contratti associativi sulla base del tipo di risultato perseguito dalle parti, cioè ha privilegiato come criterio di qualificazione la causa²³: è il criterio generalmente utilizzato dal codice civile per individuare ogni tipo di contratto; la conformità dello scopo perseguito nella fattispecie concreta a quello evidenziato nella definizione legislativa del tipo di contratto attesta la meritevolezza dell'interesse perseguito e quindi la liceità della causa (così si legge nella relazione al codice civile).

Il criterio causale è entrato in crisi in considerazione della difficoltà, in alcuni casi, di individuarne la presenza²⁴: o perché è possibile realizzare più scopi con un'unica struttura organizzativa, o perché c'è una utilizzazione indiretta dei tipi, ossia l'utilizzazione di una struttura organizzativa per uno scopo diverso da quello previsto dal legislatore, o per la realizzazione dello stesso scopo attraverso differenti contratti associativi. Da tali considerazioni scaturiscono una serie di problematiche relative alla trasformazione e mutamento della causa dopo la stipulazione del contratto.

Non è questa la sede per soffermarsi sulla causa come criterio di distinzione dei contratti associativi, né tantomeno sulla crisi di tale criterio o sulla sua trasformazione e mutamento all'interno dei contratti associativi: infatti, ai fini dell'indagine, assume rilevanza la componente organizzativa, ossia il come si produrrà l'attività di realizzazione della causa, e soprattutto le ragioni per le quali si interviene sulle regole organizzative nell'esercizio di quella determinata attività.

²² P. SPADA, *La tipicità delle società*, Padova 1974.

²³ Numerosissimi gli studi sul tema: tra i principali T. Ascarelli, *Il contratto plurilaterale*, in *Saggi giuridici*, Milano 1949, p. 282; P. FERRO-LUZZI, *I contratti associativi*, Milano, 1971, passim; G. MARASÀ, *Le "Società" senza scopo di lucro*, Milano, 1984, *passim*; ID., *Le società*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, Giuffrè, p. 40; F. GALGANO, *Delle associazioni non riconosciute e dei comitati*, in *Comm. Infatti cod. civ. Scialoja e Branca*, Bologna-Roma, 1976, p. 61.

²⁴ Il superamento del criterio causale viene prospettato da G. SANTINI, *Tramonto dello scopo lucrativo nelle società di capitali*, in *Riv. dir. civ.* 1973, I, p. 151. Il suo saggio è diventato punto di riferimento per la letteratura successiva. Cfr., altresì, G. MARASÀ, *Le "Società" senza scopo di lucro*, cit.; ID., *Nuovi confini delle trasformazioni e fusioni nei contratti associativi*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, II, p. 311.; A. CARRABBA, *Scopo di lucro e autonomia privata. La funzione nelle strutture organizzative*, Napoli, 1994.

Si è già avuto modo di evidenziare quanta importanza il concetto di organizzazione assuma nel diritto societario, sia sotto il profilo dell'utilizzo di diversi modelli organizzativi, nel senso che le imprese utilizzano modelli organizzativi diversi sulla base della forma giuridica prescelta, sia come assetto organizzativo all'interno del tipo prescelto, inteso come un insieme di compiti e funzioni decisionali che incidono sul funzionamento della stessa e che sono funzionali alla tutela degli interessi coinvolti²⁵.

Naturalmente ci si riferisce alle strutture di organizzazioni private a fini di interessi generali in cui si verifica una specifica e parziale modifica eteroimposta della struttura organizzativa dell'ente societario, insieme alla attribuzione all'amministrazione competente di un potere di vigilanza strutturale e funzionale volto ad assicurare il soddisfacimento di interessi pubblici individuati come essenziali.

Diverso è il fenomeno di conferimento a organizzazioni private della titolarità o esercizio di funzioni amministrative dove la doverosità della cura dell'interesse pubblico deriva dalla parziale pubblicizzazione dell'attività del soggetto conferitario privato, mentre non sono imposte modifiche alla sua struttura organizzativa in quanto per il soddisfacimento dell'interesse pubblico e della tutela dei terzi è essenziale preservare il regime amministrativo dell'attività conferita²⁶.

La prospettiva emersa dal dibattito che la rivista P.A. ha ospitato nell'ultimo biennio ha guardato non solo alla valenza sistematica che il principio di adeguatezza organizzativa assume e all'essenzialità della presenza di un sistema organizzativo proporzionato ed efficiente nelle organizzazioni di diritto privato che rivestono un interesse pubblico, ma, soprattutto, alla funzione che il requisito dell'organizzazione assume quando quella determinata attività tutela interessi di rilievo pubblico e alle deviazioni che ne derivano.

Ciò in quanto le scelte organizzative determinano il modo di svolgimento dell'attività e sono strumentali alla realizzazione di determinati fini²⁷.

²⁵ Sia consentito il riferimento a R. CALDERAZZI, *La funzione dell'organizzazione nell'impresa bancaria*, 2019, p. 264 e 265, in particolare nt. 7.

²⁶ A. MALTONI, *Condizioni che consentono di 'equiparare' un'organizzazione privata ad una organizzazione pubblica nell'esercizio di funzioni amministrative e condizioni eteroimposte da cui conseguono effetti conformativi dell'organizzazione di enti privati per la salvaguardia di interessi pubblici 'essenziali'*, cit., p. 177.

²⁷ A. MALTONI, *Il conferimento di potestà pubbliche ai privati*, Torino, Giappichelli, 2005, p. 406, sottolinea i soggetti privati tenuti al perseguimento di un interesse pubblico presentano delle deviazioni nei profili organizzativi rispetto al

Come è stato opportunamente evidenziato²⁸, in un sistema in cui le figure soggettive incaricate della cura di interessi generali sono molteplici diventa utile non scoprire la natura di tali figure ma, in considerazione delle finalità perseguite e degli interessi tutelati, capire quale regime giuridico si applica e cioè quali siano i caratteri organizzativi e funzionali di ciascuna fattispecie.

Dal dibattito sin qui compiuto²⁹ emergono alcune riflessioni: innanzitutto le organizzazioni private sono preferite sotto il profilo dell'efficienza, anche quando perseguono interessi pubblici; lo strumento societario diventa il punto di convergenza di diversi interessi; l'autonomia privata subisce una compressione; l'intervento pubblicistico porta a delle alterazioni di tipo organizzativo.

Accade, infatti, che quando un'impresa privata svolge funzioni di diritto pubblico subisce delle modifiche di tipo organizzativo, in particolare vengono limitate le opzioni organizzative per i soci contraenti nella consapevolezza che gli stessi, organizzandosi liberamente, possano pregiudicare gli interessi pubblici³⁰.

4. Le ragioni delle alterazioni organizzative.

Le argomentazioni sin qui illustrate portano a ritenere che quando c'è un esercizio privato di pubbliche funzioni occorre rendere compatibile la realizzazione dell'interesse pubblico con il fine perseguito dal privato; per realizzare tale obiettivo si possono (*rectius* si devono) verificare alterazioni di tipo organizzativo.

Una pluralità di soggetti di diritto privato, quando esercitano attività di interesse pubblico vengono ricondotti a regimi pubblicistici attraverso diversi strumenti: innanzitutto con la regolazione pubblicistica della loro attività o con controlli e vigilanza di istituzioni pubbliche

modello generale, con una consistente compressione della sfera dell'autonomia privata. Sul punto cfr. anche S. PELLIZZARI, *Soggetti privati che esercitano funzioni procedimentali: i rapporti con l'organizzazione amministrativa tra pubblico e privato*, in *Pubblico e privato. Oltre i confini dell'amministrazione tradizionale*, a cura di B. Marchetti, Padova, Cedam, 2013, p. 151 ss.; S. TORRICELLI, *I contratti tra privati come strumenti di regolazione pubblica*, in *Pubblico e privato nell'organizzazione e nell'azione amministrativa. Problemi e prospettive*, a cura di G. Falcon, B. Marchetti Padova, Cedam, 2013, p. 213 ss.

²⁸ G. NAPOLITANO, *Soggetti privati «Enti pubblici»?», in *Dir. amm.*, 2003, p. 801.*

²⁹ Per una più completa analisi del dibattito sull'organizzazione v. fascicoli 2019 e 2020 di questa *Rivista*.

³⁰ C. ANGELICI, *Introduzione*, in *Società bancarie e società di diritto comune. Elasticità e permeabilità dei modelli. Incontro di studio del 23 giugno 2016*, cit., p. 759.

sull'attività di impresa: negli enti vigilati l'intervento delle regole pubblicistiche porta ad una alterazione dell'autonomia privata e alla predisposizione di un sistema organizzativo efficiente che, per un verso, costituisce un presidio per clienti e investitori, per l'altro, diventa parametro – per l'autorità di vigilanza – di verifica del rispetto della correttezza, trasparenza, stabilità patrimoniale e contenimento del rischio.

Nel sistema bancario, ad esempio, le autorità di vigilanza europee e nazionali verificano che le soluzioni organizzative siano adeguate alle finalità che le imprese bancarie intendono perseguire³¹.

Non solo ma la rilevanza pubblicistica, propria dell'attività bancaria, finisce per plasmare anche l'interpretazione delle norme dettate dal codice civile, come la giurisprudenza di legittimità ha più volte ribadito³²: ciò significa che le regole in materia di organizzazione e governo societario vengono applicate con una maggiore rigidità in sede contenziosa.

Anche l'organizzazione finanziaria all'interno dell'impresa bancaria costituisce un esempio importante di alterazione organizzativa: una corretta organizzazione dei valori finanziari costituisce espressione del requisito dell'organizzazione attraverso la previsione di una disciplina che viene approntata secondo parametri più stringenti rispetto alla disciplina di diritto comune, con l'introduzione di regole più rigide, giacché la misurazione dei requisiti patrimoniali deve assicurare il rispetto, non già del solo principio di corretto finanziamento dell'attività d'impresa, ma del perseguimento di una sana e prudente gestione³³.

Il patrimonio di una banca e le regole organizzative che lo stesso contiene diventano espressione di un processo evolutivo che mira alla tutela del rispetto del principio di sana e prudente gestione, formula riassuntiva degli obiettivi sottostanti all'intera disciplina dell'impresa bancaria³⁴.

³¹ Sul ruolo delle autorità di vigilanza sull'impresa bancaria, cfr., *ex multis*, S. AMOROSINO, *La regolazione pubblica delle banche*, Milano, 2016; F. Capriglione, *Intervento pubblico e ordinamento del credito*, Milano, 1978; ID, *Regolazione europea post-crisi e prospettive di ricerca del 'diritto dell'economia': il difficile equilibrio tra politica e finanza*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2016, p. 1; M. DE BELLIS, *La regolazione dei mercati finanziari*, Milano, 2012; C. BRESCIA MORRA, *La nuova architettura della vigilanza bancaria in Europa*, in *Banca, Impresa. Società*, 2015, p. 73;

³² Basti pensare alla copiosa giurisprudenza in materia di dovere di agire in modo informato da parte degli amministratori non esecutivi: cfr., da ultimo, Cass. civ., sez. II, 18 settembre 2020, n. 19556, *ilcaso.it*.

³³ Sull'argomento sia consentito il riferimento a R. CALDERAZZI, *La funzione organizzativa del capitale nell'impresa bancaria*, Giappichelli, Torino, 2020, p. 78 e 112.

³⁴ F. SARTORI, *Disciplina dell'impresa e statuto contrattuale: il criterio della «sana e prudente gestione»*, in *Banca borsa e tit. cred.*, 2017, p. 131, afferma che “sana e prudente gestione” ed “efficienza e competitività del sistema finanziario” costituiscono «*gli elementi primari della stella polare che illumina l'agire della vigilanza con riguardo al carattere micro e macro prudenziale*». Per una ricostruzione del significato della clausola della sana e prudente gestione e del suo rapporto con

Dunque la determinazione del capitale interno complessivo di una banca, la predisposizione di una struttura organizzativa che prevede un complesso sistema di controlli interni, un ruolo incisivo di tutti i soggetti deputati a garantire l'adeguatezza dell'assetto organizzativo, l'intervento dell'autorità di vigilanza (che, attraverso una iper regolamentazione, incide sulla organizzazione interna di una banca) perseguono la finalità di tutelare gli interessi che gravitano intorno all'impresa bancaria con il minor rischio possibile, ossia di assicurare una gestione dell'attività bancaria sana e prudente, ovvero di garantire il conseguimento degli scopi che l'art. 47 Cost. si prefigge.

Lo stesso significato delle pretese individuali dei singoli azionisti esprime un valore organizzativo che tiene conto del significato che l'interesse sociale assume all'interno dell'impresa bancaria: la cura della posizione dell'azionista mira al soddisfacimento di un interesse pubblico, il cui obiettivo finale, nell'esercizio dell'attività bancaria, è rappresentato dalla protezione del risparmio; ciascuna pretesa individuale contiene un segmento di interesse pubblico, pertanto vede l'applicazione di una disciplina diversa³⁵.

Anche le società quotate sono assoggettate a regole parzialmente diverse in considerazione degli interessi che gravitano nei mercati finanziari, non solo per quanto riguarda gli aspetti organizzativi endosocietari dove la necessità di una adeguatezza degli assetti organizzativi serve ad assicurare trasparenza, correttezza dei comportamenti e tutela degli investitori, diventando così un principio di valenza sistematica³⁶, ma anche attraverso il controllo del regolatore sul mercato finanziario: la Consob esercita il proprio potere di vigilanza per garantire la tutela dell'investitore,

l'art. 47 Cost. cfr. L.R. PERFETTI, *Art. 107 – Autorizzazione*, in *Commentario al Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, a cura di F. Capriglione, Padova, 2018, p. 1591.

³⁵ Sul punto sia consentito il riferimento a R. CALDERAZZI, *La funzione dell'organizzazione nell'impresa bancaria*, 2019, cit. p. 266, ove riferimenti bibliografici.

³⁶ Sulla rilevanza della adeguatezza degli assetti organizzativi in ambito societario v. G. SCOGNAMIGLIO, *Recenti tendenze in tema di assetti organizzativi degli intermediari finanziari (e non solo)*, in *Studi in onore di Umberto Belviso*, vol. III, 2011, Cacucci, Bari, I, p. 1733; ID., *Gli assetti organizzativi degli intermediari finanziari*, in *La nuova disciplina degli intermediari dopo le direttive MiFID: prime valutazioni e tendenze applicative*, a cura di M. de Mari, Padova, 2009, p. 17; M. DE MARI, *Gli assetti organizzativi societari*, in *Assetti adeguati e modelli organizzativi nella corporate governance delle società di capitali*, diretto da M. Irrera, Bologna, 2016, p. 23; ID., *Diritto delle imprese e dei servizi di investimento*, Milano, 2018, p. 44 e ss.; M. IRRERA, *L'obbligo di corretta amministrazione e gli assetti adeguati*, in *Nuovo dir. soc.*, 2009, p. 17; A.M. LUCIANO, *Adeguatezza organizzativa e funzioni aziendali di controllo nelle società bancarie e non*, in *Riv. dir. comm.*, 2017, p. 318; C. AMATUCCI, *Adeguatezza degli assetti, responsabilità degli amministratori e business judgement rule*, in *Assetti adeguati e modelli organizzativi nella corporate governance delle società di capitali*, diretto da M. Irrera, Bologna, 2016, p. 999; I. KUTUFÀ, *Adeguatezza degli assetti e responsabilità gestoria*, in *Amministrazione e controllo nel diritto delle società – Liber amicorum Antonio Piras*, Torino, 2010, p. 709.

l'efficienza del mercato e la trasparenza³⁷, cioè interviene sulla attività d'impresa di intermediazione mobiliare condizionando la prestazione dei servizi di investimento, tanto che gli intermediari sono vincolati al rispetto di regole di comportamento e di profili organizzativi e procedurali al fine di garantire gli interessi che gravitano nei mercati finanziari³⁸.

Quindi, anche nel campo del sistema finanziario, si assume il punto di vista dei bisogni che si intendono soddisfare: l'investitore / risparmiatore / consumatore viene considerato nel suo ruolo di persona portatrice di interessi generali.

Nello stesso senso quando lo Stato consente ai privati l'esercizio dell'attività di gioco con lo strumento della concessione, attraverso la gara, crea una alterazione organizzativa, al pari di tutti i procedimenti pubblicistici³⁹, e trova la sua ragion d'essere nella necessità di trovare una risposta dell'ordinamento, tramite appunto la protezione pubblicistica, ai diritti di cui sono portatori una massa di persone, cioè il pubblico dei giocatori: in altri termini l'intervento statale, che si estrinseca con lo strumento della concessione, trova la sua legittimazione nella esigenza di proteggere un rilievo pubblico. L'intervento del potere politico sul processo economico dell'attività di gioco è giustificato dalla necessità di proteggere i diritti del giocatore e contiene in sé, in tutto o in parte, un interesse pubblico.

4. Spunti per una lettura dell'organizzazione come protezione dei diritti della persona.

La ripresa del dibattito sulla organizzazione privata di interesse pubblico, sia sotto il profilo dell'esercizio delle funzioni pubbliche da parte di soggetti privati, sia sotto il profilo del ricorso a una soggettività giuridica di diritto privato da parte degli enti pubblici, sia per la regolamentazione pubblicistica di alcune attività di impresa, è caratterizzato da un lato dalla presenza dell'interesse

³⁷ L. TORCHIA, *I poteri di regolazione e di controllo dell'autorità di vigilanza sui mercati finanziari nella nuova disciplina europea*, in *Regole del mercato e mercato delle regole. Il diritto societario e il ruolo del legislatore*, Milano, 2016;

³⁸ Sia consentito il rinvio a R. CALDERAZZI, *Poteri della Consob - arti 91 TUF*, in *Codice delle società*, a cura di N. Abriani, Milano, 2016, p. 3060.

³⁹ B. GILIBERTI, *Contributo alla riflessione sulla natura giuridica delle concessioni di pubblico servizio*, in questa *Rivista*, 2018, p. 112.

pubblico, dall'altro dalla emersione della esigenza del godimento dei diritti individuali, elementi che portano ad una caratterizzazione delle regole e funzioni della organizzazione privata.

La discussione viene collocata nella determinazione dei fini e del loro perseguimento attraverso le organizzazioni (ogni organizzazione ha una natura funzionale) e, conseguentemente, nelle relazioni tra le regole e le funzioni dell'organizzazione e le finalità e gli interessi che si intendono tutelare.

Le riflessioni che ne sono derivate hanno posto le premesse per una diversa dialettica tra libertà imprenditoriale e potere pubblico che mira alla salvaguardia dell'attività d'impresa, in ossequio al dettame costituzionale, ma supera l'approccio riduttivo di ricondurre la organizzazione di questo tipo di attività imprenditoriali nello schema dell'impresa a statuto speciale o di ricondurre tale attività all'apparato pubblico.

Vi sono delle organizzazioni private che, da un punto di vista organizzativo, non possono utilizzare le sole norme di diritto comune, ma richiedono l'applicazione di regole diverse che consentono di concretizzare i fini perseguiti da quella particolare attività imprenditoriale.

Il rapporto tra organizzazione e diritto è complesso in quanto l'organizzazione garantisce i diritti, ma, al tempo stesso, essa viene costruita e giustificata sulla base di quei diritti⁴⁰. Secondo la Corte costituzionale (n. 383 del 1998) «*non c'è organizzazione che, direttamente o almeno indirettamente, non sia finalizzata a diritti, così come non c'è diritto a prestazione che non sia condizionato dall'organizzazione*», in quanto l'organizzazione e i diritti si condizionano reciprocamente.

Le considerazioni sin qui compiute sulla stretta correlazione tra diritti e organizzazione hanno altresì dimostrato che l'esigenza di tutelare un determinato diritto fa scaturire l'applicazione di determinate regole organizzative.

Nelle organizzazioni economiche private che proteggono interessi pubblici i rapporti, interni alle società con i soci e esterni con gli stakeholder, sono multiformi e più complessi rispetto alle organizzazioni economiche private che non perseguono interessi pubblici: i rapporti, infatti, sono caratterizzati da una pluralità di pretese che possono essere individuali (v. l'azionista di una banca) o collettive (i terzi risparmiatori o tutte le controparti che interagiscono con la società); sul profilo

⁴⁰ E. CARLONI, *Diritti by design. considerazioni su organizzazione, autonomia organizzativa e protezione degli interessi*, in questa *Rivista*, 2020, p. 51.

del controllo esogeno si assiste ad un riconoscimento di competenze e poteri incisivi delle autorità di vigilanza.

E però l'elemento importante, punto di approdo per una lettura coerente dell'esercizio dell'attività d'impresa privata che svolge una funzione di diritto pubblico con il dettato costituzionale, nonché premessa per ulteriori riflessioni, è che non emerge una contrapposizione tra le diverse pretese o dei diversi soggetti in quanto la previsione di una organizzazione diversa e più incisiva (sia che si tratti delle regole del capitale in ambito bancario, sia che si tratti delle dettagliate regole procedurali nelle società quotate, sia che si tratti di proteggere il consumatore nel gioco e nella scommessa, sia che ci si riferisca a tutti gli intermediari che operano nel mercato finanziario), anche se – come si è detto – comporta una compressione degli atti di autonoma disposizione, limitando i poteri decisionali e incidendo sull'autodeterminazione negoziale degli attori del mercato, consente di trovare un equilibrio nella tutela dei diversi interessi, superando la loro contrapposizione e legittimando la compressione: ciò in quanto la previsione di un insieme di regole che incidono sull'organizzazione di un'attività d'impresa sono funzionali alla protezione e massimizzazione dei diritti che quella determinata organizzazione privata di interesse pubblico persegue.