

Vincenzo Donativi - Andrea Maltoni

Cassa Depositi e Prestiti

Profili giuridici

I rapporti con il MEF

Le proteiformi qualificazioni

Il “Patrimonio Rilancio”

con il contributo di Davide De Filippis



Giappichelli

Prefazione

Diversi studi hanno approfondito l'origine e l'evoluzione storica di Cassa Depositi e Prestiti sin dalla sua costituzione e fino alla più recente trasformazione in società per azioni. Si tratta, per lo più, di contributi che hanno indagato gli aspetti storici, politici e economici dell'ente, mentre quelli giuridici sono stati sovente trascurati o posti in secondo piano. Questo non equivale a dire che i giuristi si siano disinteressati al fenomeno ma, più semplicemente, che gli studi più approfonditi (*rectius*, monografici) sul tema hanno quasi sempre privilegiato le diverse prospettive cui si accennava.

Occorre poi constatare come il nostro ente abbia mantenuto per lungo tempo la medesima veste giuridica, la stessa organizzazione e svolto gli stessi compiti. Ha rappresentato, indubbiamente, un punto di svolta la sua trasformazione in società per azioni: l'aver indossato l'abito societario sembra aver innescato una progressiva (e inarrestabile) assegnazione di compiti prima sconosciuti.

L'allargamento della pletera dei compiti affidati a CDP è andato di pari passo con l'intestazione allo Stato di funzioni (vieppiù nuove), quali il finanziamento alle imprese, l'acquisto di partecipazioni in società, la prestazione di garanzie a favore delle imprese, la protezione delle imprese nazionali da investimenti esteri "predatori" in settori strategici e, per effetto della (tristemente) nota emergenza sanitaria, il salvataggio di imprese prossime alla crisi (o, peggio ancora, all'insolvenza). Nel linguaggio comune, si è soliti contrassegnare con varie etichette lo svolgimento di tali funzioni: "Stato-finanziatore", "Stato-invitore", "Stato-garante", "Stato-doganiero" e, da ultimo, "Stato-salvatore". E ciò senza perdere di vi-

sta quelle già note di “Stato-regolatore” e dello “Stato-garante dei diritti e dei beni comuni”.

L'accostamento dei diversi volti (specialmente, quelli più recenti), rappresentativi delle funzioni attribuite allo Stato, all'ampliamento dei compiti di CDP non è causale: è a tutti noto che la pubblica amministrazione ha ormai da tempo optato per l'assunzione della veste societaria quando interviene nell'economia o – se si considerano le altre etichette prima citate – a favore dell'economia o per evitare i fallimenti nell'economia. E, per quanto si dirà più avanti nel corso della trattazione, Cassa Depositi e Prestiti sembra costituire lo strumento privilegiato per raggiungere siffatti “obiettivi (politici) di sistema”.

Il fatto è che l'assetto societario di CDP non vede solo la partecipazione (seppure in via maggioritaria) dello Stato. Accanto ad esso, difatti, vi sono una serie di fondazioni di origine bancaria, portatrici con tutta evidenza di un interesse diverso rispetto a quello pubblico (che mira, come detto, all'attuazione degli obiettivi di sistema). La presenza di questo ulteriore interesse – sempre che se ne possa predicare l'unitarietà – non sembra aver compromesso la realizzazione degli obiettivi posti dal socio pubblico; anzi, per certi versi, il socio privato (inteso, ancora una volta, unitariamente) sembra essersi avvantaggiato della remunerazione della propria partecipazione. Ciò ha spinto (quasi) tutte le fondazioni bancarie, presenti nell'azionariato di CDP, a optare per la conversione delle proprie azioni privilegiate in azioni ordinarie.

Per altro verso, la convivenza tra pubblico e privato all'interno di un ente societario tanto complesso non è (e non è stata) immune dalla necessità di attuare, sul piano dell'organizzazione societaria, adattamenti che fanno sì che la *governance* dell'ente si atteggi in modo, certamente, peculiare rispetto a quella di altre società per la maggior parte del capitale sociale o totalitariamente partecipate dalle pubbliche amministrazioni.

Tuttavia, il problema maggiore che si è riscontrato con l'ampliamento dei compiti assegnati a CDP ha riguardato la qualificazione della fattispecie societaria, attraverso cui giungere a una (sicura) individuazione della disciplina applicabile.

La difficoltà maggiore che si registra per gli interpreti riguarda proprio il carattere proteiforme del nostro ente che, a seconda dell'angolo visuale considerato, pare venire ad assumere sembianze diverse; così è per la qualificazione come organismo di diritto pubblico, per quella come intermediario finanziario e come "market unit" o, ancora, per quella come Istituto nazionale di promozione. Tutte qualificazioni che vengono in rilievo a seconda che al (multiforme) fenomeno societario in discorso si guardi da una prospettiva differente: quella dell'assoggettamento alle regole tipicamente pubblicistiche sull'aggiudicazione dei contratti pubblici (organismo di diritto pubblico), quella dell'esclusione dalle regole prudenziali applicabili alle banche e ai gruppi bancari (intermediario finanziario), quella dell'esonero, ancora, dall'inclusione nel debito pubblico o, infine, quella che la vede farsi promotore di nuove iniziative di investimento a valere su fondi (anche) europei (Istituto nazionale di promozione). A questo si aggiunga il problema dell'individuazione delle disposizioni del d.lgs. n. 175/2016 (Tuspp) che risultano applicabili a CDP.

Come si diceva, infatti, la soluzione della questione inerente alla qualificazione porta con sé quella del paradigma normativo di riferimento che, seppure esportabile da altri settori dell'ordinamento, non è applicabile interamente, dovendo subire degli adattamenti in ragione delle caratteristiche "tipologiche" dell'ente.

Uno sforzo qualificatorio, quello che oggi viene compiuto dalla dottrina giuridica che ha preso ad occuparsi dei profili giuridici di CDP, che non può, peraltro, non confrontarsi con quella tendenza – sposata, specialmente, da coloro che provano a superare il dato formale della personalità giuridica di diritto privato a proposito delle c.d. società legali – a (ri)qualificare la nostra società come ente sostanzialmente pubblico.

In questa prospettiva, non può, per vero, non colpire il particolare atteggiarsi dell'attività di vigilanza, dei controlli e del potere di indirizzo che il socio pubblico (per il tramite del MEF) può esercitare; e, sempre da questo punto di vista, si deve anche considerare che Cassa Depositi e Prestiti è, peculiarmente, assoggettata al controllo di una apposita Commissione parlamentare di vigilanza, del-

la Corte dei conti e della Banca d'Italia. Ciò a comprova che l'ordinamento si interessa non solo all'attuazione degli "obiettivi pubblici di sistema" che CDP è incaricata di realizzare, ma, prima ancora, al fatto che una parte del denaro impiegato per realizzarli proviene dalla gestione separata che, notoriamente, raccoglie i depositi dei risparmiatori i quali usufruiscono della garanzia statale (di ultima istanza).

Una considerazione, quest'ultima, per il denaro pubblico che si fa, per dir così, sentire anche quando a essere coinvolta non sia direttamente CDP ma le società da questa direttamente o indirettamente partecipate, essendo – in alcuni casi – richiamata, anche per queste ultime, l'applicazione del criterio dell'investitore privato operante in normali condizioni di mercato.

Più in generale, nel prosieguo, ci si troverà dinanzi a una struttura piramidale in cui sono state organizzate le partecipazioni in (altre) società possedute da CDP, struttura che, non a torto, evoca alla mente quella di esperienze che, per lungo tempo, hanno accompagnato la vita economica nazionale (il riferimento è, senza dubbio, al binomio Ministero delle partecipazioni statali – IRI).

La novità risiede nel fatto che le partecipazioni societarie possedute da CDP devono confrontarsi non solo con l'esistenza del limite rappresentato dall'oggetto sociale di CDP, ma anche con il rispetto della disciplina antitrust che, come si avrà occasione di osservare, ha condotto finanche alla dismissione di quelle ritenute incompatibili.

Un'altra differenza rispetto al passato concerne la responsabilità che, sul piano societario, gli azionisti esterni (le fondazioni bancarie) potrebbero essere interessati a fare valere, nell'ipotesi della cattiva gestione delle partecipazioni possedute. Se così fosse, risalendo la catena delle responsabilità, non è difficile comprendere che, al vertice, troveremmo lo Stato e, partitamente, il Ministero dell'economia e delle finanze con la conseguente necessità di verificare l'applicabilità nei confronti di questi del (principale) rimedio societario rappresentato dall'art. 2497 c.c.

L'esame della disciplina positiva in tema di potere di indirizzo del MEF induce, per un verso, a rilevare come detto potere abbia

una portata applicativa più ampia di quella finora considerata, per l'altro, a vagliare le possibilità di proposte di modifica dell'attuale *governance*, specialmente ove si metta a raffronto l'esperienza nazionale con quella di altre istituzioni affini presenti in Germania e in Francia. Di recente, a dimostrazione di una vera e propria inversione di tendenza rispetto all'iniziale disinteresse nei confronti dei profili giuridici di CDP, sono state suggerite una serie di modifiche del suo attuale assetto societario che verranno (criticamente) esaminate nella parte conclusiva del presente Volume.

Nell'approcciarsi all'ente oggetto del presente Studio, l'interprete sembra dunque non avere punti di riferimento stabili, essendo al cospetto di una società proteiforme, sempre mutevole e destinata, proprio in ragione della sua mutevolezza, a subire – probabilmente fra non molto o, addirittura, all'indomani della pubblicazione di questo lavoro – modifiche destinate a rimodellare le sue diverse sfaccettature.

Prova ne sia il dibattito attualmente in essere sul (quasi imminente) passaggio (*rectius*, ritorno) di SACE dal perimetro di CDP a quello del(la partecipazione diretta del) Ministero dell'economia e delle finanze oppure della concreta attuazione del c.d. Patrimonio Rilancio e della conseguente iniezione di liquidità a favore delle imprese colpite dalle conseguenze economiche della crisi pandemica.

Tanti volti e molto disorientamento, insomma. Un ente societario – CDP – che sembra celare tante maschere, finendo per nascondere il suo vero volto, anche tenuto conto che le decisioni del MEF, destinate a riverberarsi su successive deliberazioni societarie attinenti alle partecipazioni detenute, non vengono esplicitate, rendendo piuttosto opaco il rapporto tra l'azionista di controllo e tale società, che può forse considerarsi il principale strumento di attuazione di politiche economiche ed industriali nel nostro paese.

A livello figurativo, non sembra dunque fuori luogo l'assimilazione a un dipinto metafisico: come di fronte alle "Due maschere" di De Chirico anche l'interprete quando si avvicina al nostro ente sembra sperimentare lo stesso senso di disagio dato dalla continua

moltiplicazione dei punti di fuga e dalla oggettiva difficoltà di identificare i soggetti stessi e la loro collocazione temporale.

Con questa consapevolezza, si può dunque cominciare lo studio dei profili giuridici di Cassa Depositi e Prestiti.

GLI AUTORI

Capitolo I

Dalla trasformazione in società per azioni alla pluriqualeficazione come investitore di mercato, *market unit* e istituzione nazionale di promozione

di A. Maltoni e V. Donativi *

Sommario: 1. La trasformazione di Cassa depositi e prestiti in società per azioni e la sussistenza di indici rivelatori della natura (sostanzialmente) pubblica di CDP Spa: rilievi critici. – 2. La delimitazione *ex lege* delle attività di CDP, la loro suddivisione in attività ascrivibili alla gestione separata ed alla gestione ordinaria e il perseguimento di interessi pubblici. – 3. La specifica *governance* di CDP Spa. – 4. La qualificazione di CDP Spa come organismo di diritto pubblico. – 4.1. La qualificazione come organismi di diritto pubblico di altre società del gruppo CDP. – 5. La qualificazione di CDP Spa come intermediario finanziario e come “market unit”. – 6. La qualificazione di CDP Spa come investitore privato di mercato nonché come Istituzione Nazionale di Promozione e l’approccio più flessibile accolto con riguardo alla nozione di aiuto di Stato. – 7. Applicabilità o meno delle disposizioni del d.lgs. n. 175/2016 a CDP Spa. – 8. Insufficienza degli indici rivelatori della pubblicità degli enti a supportare la (ri)qualificazione di CDP Spa come ente sostanzialmente pubblico.

* I paragrafi 1, 2, 4, 4.1., 6, 7 e 8 sono da attribuirsi al Prof. Maltoni, mentre i paragrafi 3 e 5 sono da attribuirsi al Prof. Donativi.

1. La trasformazione di Cassa depositi e prestiti in società per azioni e la sussistenza di indici rivelatori della natura (sostanzialmente) pubblica di CDP Spa: rilievi critici

Sono note le vicende plurisecolari che hanno riguardato la Cassa depositi e prestiti, che venne istituita con la l. 28 aprile 1850, n. 1097, durante il Regno di Sardegna, sul modello della *Caisse des dépôts et consignations*, dopo che per una decina d'anni aveva operato presso l'amministrazione del debito pubblico il servizio denominato *Cassa di depositi e di anticipazioni di fondi per i lavori pubblici*, creato con regio brevetto di Re Carlo Alberto dell'11 aprile 1840, n. 302. In seguito, con la proclamazione del Regno d'Italia nel 1861, furono incorporati nella Cassa tutti gli organismi che negli Stati preunitari svolgevano funzioni analoghe¹.

Non essendo possibile in questa sede ripercorrere le tappe che hanno contrassegnato l'evoluzione della normativa riguardante la Cassa depositi e prestiti (d'ora in poi CDP), possiamo limitarci a ricordare che soltanto con l'art. 1, l. 13 maggio 1983, n. 197, nel testo novellato dall'art. 11, d.l. n. 8/1993, conv. dalla l. n. 68/1993², sono state riconosciute alla stessa la personalità giuridica (in prece-

¹ Per un inquadramento dal punto di vista storico della Cassa depositi e prestiti e dell'evoluzione della relativa normativa di disciplina, si v.: M.T. SALVEMINI, *La Cassa depositi e prestiti, appunti per una discussione*, Milano, 1978; G. FALCONE, *Cassa depositi e prestiti*, in *Noviss. Dig. it., Appendice*, I, Torino, 1980, p. 1055 s.; V. BARNATO, *La ristrutturazione della Cassa Depositi e Prestiti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1986, p. 1084 s.; G.C. FILIPPI, *La Cassa depositi e prestiti: 150 anni di storia. Quaderno monografico della Cassa depositi e prestiti*, Roma, 1988; L. RINALDI, *Cassa depositi e prestiti*, in *Enc. giur.*, V, Roma, 1988; AA.VV., *Storia della Cassa depositi e prestiti. Dalle origini alla fine del Novecento*, a cura di M. DE CECCO, G. TONIOLO, Bari-Roma, 2000.

² Si è dibattuto in dottrina in ordine al fatto se detta normativa avesse trasformato la Cassa in un'amministrazione statale ad ordinamento autonomo (si v. V. MALITESTA, *Sulla natura giuridica della Cassa Depositi e Prestiti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1998, p. 145 s., spec. p. 169 s.) ovvero in un ente pubblico economico (si v. M. CARABBA, *Impresa pubblica*, in *Dig. disc. pubbl.*, VIII, Torino, 1993, spec. p. 187).

denza la Cassa costituiva una direzione generale del Ministero del Tesoro), e l'autonomia organizzativa, patrimoniale e di bilancio³.

Successivamente, l'assetto organizzativo e funzionale di CDP è stato oggetto di un riordino ad opera del d.lgs. 30 luglio 1999, n. 284, che ne ha rafforzato la vocazione imprenditoriale⁴, nonché individuato: *i*) le attività istituzionali che CDP è tenuta a svolgere – che sono state qualificate come servizi di interesse economico generale – nonché le altre attività strumentali, connesse o accessorie rispetto ai suoi compiti istituzionali⁵, che possono essere esercitate attraverso società di capitali, anche controllate dalla medesima società; *ii*) le fonti a cui CDP può attingere al fine di acquisire un'adeguata provvista economica, necessaria all'erogazione di finanziamenti a favore di enti pubblici, gestori di pubblici servizi, società partecipate e altri soggetti indicati dalla legge.

La trasformazione di CDP in società per azioni è stata poi realizzata con il d.l. 30 settembre 2003, n. 269, conv. dalla l. 28 novembre 2003, n. 326, che all'art. 5 disciplina gli aspetti strutturali e quelli funzionali del nuovo ente. Con detta normativa è stato realizzato un mutamento della forma giuridica di CDP (c.d. privatizzazione formale o fredda) e si è stabilito che fondazioni di origine bancaria, nonché altri soggetti pubblici e privati possano acquisire soltanto partecipazioni di minoranza⁶. Dal momento quindi che, in

³ In tema si v. V. BARNATO, *La ristrutturazione della Cassa Depositi e Prestiti*, cit., p. 1084 s.

⁴ Si v. in tal senso G. DELLA CANANEA, *Il riordino della Cassa depositi e prestiti*, in *Giorn. dir. amm.*, 1999, p. 1151 s. ad avviso del quale dall'accentuazione di detto carattere era desumibile la conferma che CDP era un ente pubblico economico.

⁵ Ha sottolineato come dette attività strumentali, connesse o accessorie non debbano essere previste dalla legge, G. BARNATO, *Il riordino della Cassa depositi e prestiti*, cit.

⁶ All'art. 5, comma 2, d.l. n. 269/2003 si prevede che le fondazioni di origine bancaria e "altri soggetti pubblici e privati possono detenere quote complessivamente di minoranza del capitale della CDP Spa". Inoltre, all'art. 8, comma 1, dello Statuto di CDP Spa si prevede che "Le azioni sono trasferibili solo a favore delle Fondazioni di cui all'art. 2 del decreto legislativo 17 maggio 1999, n. 153, nonché di banche e di intermediari finanziari vigilati, ai sensi del testo unico delle

base alla disciplina positiva, lo Stato è obbligato a detenere una partecipazione di maggioranza in CDP Spa, non è realizzabile la c.d. privatizzazione sostanziale della società⁷.

Deve altresì rilevarsi che, come è stato sottolineato dal Ministero dell'Economia e della finanze (MEF), le ragioni della privatizzazione formale e della successiva parziale cessione del capitale sociale a favore di sessantacinque fondazioni di origine bancaria⁸, sono da individuarsi essenzialmente nel fatto che tali operazioni hanno consentito ad Eurostat di «considerare la nuova società come esterna rispetto all'aggregato contabile Pubblica Amministrazione» e, conseguentemente, di evitare che fossero sollevate «obiezioni a che i proventi derivanti dalla cessione delle ... quote di ENI, Enel e Poste italiane fossero portati a riduzione del debito dello Stato»⁹.

Un altro importante obiettivo, perseguito con tale trasformazione, nonché con l'apertura del capitale sociale di CDP Spa ai predetti enti privati, è ravvisabile nella volontà di «rendere compatibile la

leggi in materia bancaria e creditizia, di cui al decreto legislativo 1 settembre 1993, n. 385 e successive modifiche, o del testo unico della intermediazione finanziaria, di cui al decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58 e successive modifiche, aventi caratteristiche di comprovata solidità patrimoniale e regolarità di gestione, riconosciute dal Consiglio di amministrazione».

⁷ Sia consentito rinviare per maggiori approfondimenti sui due tipi di privatizzazione, nonché per l'indicazione della copiosa letteratura in argomento, ad: A. MALTONI, G. MATTIOLI, *Le privatizzazioni*, in, *Codice delle società a partecipazione pubblica*, a cura di G. MORBIDELLI, Milano, 2018, p. 568 s.

⁸ Le fondazioni di origine bancaria acquisirono inizialmente il 15,93% del capitale sociale.

⁹ Si v. MEF, Dipartimento del Tesoro, *La relazione sulle privatizzazioni*, luglio 2004, spec. 7. Come è stato osservato da T. DI NITTO, *Cassa depositi e prestiti*, in *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, spec. p. 809, con la trasformazione in Spa si è attribuita a CDP la possibilità di acquisire partecipazioni anche in società che svolgono attività diverse dai suoi compiti istituzionali, con la conseguenza che lo Stato ha potuto realizzare la cessione alla medesima società di pacchetti azionari, che, senza mutare l'assetto proprietario delle società partecipate, hanno consentito di imputare il ricavato di detta cessione a riduzione del debito pubblico.

sua tradizionale missione di interesse pubblico con gli obiettivi di equilibrio economico-finanziario tipici di una società per azioni»¹⁰.

Con riguardo alle attività di CDP – su cui si v. *infra amplius* § 2. – è stato posto in rilievo, prima della sua trasformazione in società per azioni, che le stesse risultavano sottoposte ad un regime privatistico, dal momento che alcune di esse presentavano i caratteri propri dell'attività bancaria¹¹.

Tuttavia, a seguito della trasformazione di CDP in società per azioni, risultano individuabili nella relativa normativa di disciplina diversi tratti di specialità, che hanno indotto una parte della dottrina ad interrogarsi in ordine alla natura giuridica della Cassa. Se non sembra infatti revocabile in dubbio che CDP, in ragione del processo genetico che l'ha caratterizzata, sia una società di diritto singolare o speciale, permangono tuttora alcune incertezze con riguardo al fatto se possa o meno essere (ri)qualificata come ente sostanzialmente pubblico.

La Commissione speciale del Consiglio di Stato ha in particolare

¹⁰ Si v. ancora MEF, Dipartimento del Tesoro, *La relazione sulle privatizzazioni*, cit., p. 21. In senso critico sulla connotazione economica dell'attività di CDP Spa si v. G.M. CARUSO, *Il socio pubblico*, Napoli, 2016, spec. 124-125, secondo il quale le componenti pubblicistiche che connotano l'assetto organizzativo di CDP e le funzioni ad essa assegnate «tendono ad essere neutralizzate dalla spiccata proiezione economica della stessa». Non sembra però che lo svolgimento di attività a carattere imprenditoriale non sia conciliabile col perseguimento di fini pubblici; quel che invece appare davvero necessario – come si cercherà di illustrare *infra* nel capitolo III – è che siano chiaramente indicati gli obiettivi di interesse pubblico da perseguire e che vi sia la formalizzazione delle manifestazioni di volontà del MEF attinenti alla gestione delle partecipazioni societarie.

¹¹ Si v. Commissione speciale, Cons. Stato, 7 novembre 2012, parere n. 8178/12, in *Foro amm. CDS*, 2012, p. 3058 s. Si può altresì evidenziare che, con l'art. 47, l. 28 dicembre 2001, n. 448, è stato allargato lo spettro dei compiti istituzionali di CDP, prevedendosi che potesse “*intervenire, per fini di interesse generale, anche in collaborazione con altre istituzioni finanziarie, a favore di soggetti pubblici e privati ai quali fanno carico gli studi, la progettazione, la realizzazione e la gestione delle opere, mediante operazioni di finanziamento sotto qualsiasi forma, anche di finanza di progetto, di prestazioni di garanzie e di assunzioni di nuove partecipazioni che non dovranno essere di maggioranza né comunque di controllo*” ex art. 2359 c.c.

sottolineato come siano individuabili significativi tratti pubblicistici, dal momento che tale società: *i*) è sottoposta al controllo della Corte dei conti (art. 5, comma 17, d.l. n. 269/2003); *ii*) anche in seguito alla sua trasformazione in Spa non ha dismesso le originarie funzioni svolte e le finalità pubbliche e di interesse generale perseguite; *iii*) è qualificabile come organismo di diritto pubblico; *iv*) può essere considerata un soggetto privato preposto all'esercizio di attività amministrative, ex art. 1, comma 1-ter, l. n. 241/1990 (se ed in quanto siano qualificabili in tal senso alcune delle attività della gestione separata); *v*) può avvalersi dell'Avvocatura dello Stato (art. 5, comma 15, d.l. n. 269/2003); *vi*) è un ente nei confronti del quale l'azionista Stato esercita i propri diritti in via derogatoria rispetto a quanto stabilito dall'art. 2362 c.c. (art. 5, comma 2, d.l. n. 269/2003)¹².

In questa prospettiva, la veste societaria di CDP risulterebbe dunque neutra rispetto alla natura sostanzialmente pubblicistica, costituendo la stessa un «mero involucro formale, un espediente, cioè, tecnico-giuridico per il conseguimento d'importanti vantaggi, quali la maggiore flessibilità organizzativa, la possibile limitazione della partecipazione pubblica ad una quota del capitale sociale, l'utilizzazione delle esperienze di altri soggetti nella gestione d'analoghi servizi, la possibilità della circolazione del capitale sociale»¹³. In altri termini, secondo l'impostazione indicata, stante la neutralità della veste societaria, per individuare la natura giuridica di CDP occorre far riferimento ai c.d. «indici rivelatori della pubblicità»¹⁴.

¹² Si v. ancora Commissione speciale, Cons. Stato, 7 novembre 2012, parere n. 8178/12, cit., pp. 3062-3063.

¹³ Si v. Cons. Stato, sez. VI, 12 febbraio 2007, n. 550, in www.giustizia-amministrativa.it.

¹⁴ Per una critica alla tecnica degli indici rivelatori della pubblicità di un ente, costituendo tale nozione mera «nomenclatura e non invece nozione giuridica univoca», si v. M.S. GIANNINI, *Il problema dell'assetto e della tipizzazione degli enti pubblici nell'attuale momento*, in *Riordinamento degli enti pubblici e funzioni delle loro avvocature*, Atti del convegno di Napoli, 20-21 ottobre 1973, Napoli, 1974, p. 36. Inoltre, come osserva S. CASSESE, *Il problema degli enti pubblici*, in

Per contro, si è osservato come nel parere del Consiglio di Stato si sia fatto riferimento ad indici ‘rivelatori’ ma non ‘costitutivi’ della pubblicità di CDP Spa, tra i quali non può certo annoverarsi la sottoposizione della medesima al controllo della Corte dei conti, dal momento che detto controllo è riferibile, sia pure con modalità diverse, anche a tutti gli enti privati a cui lo Stato contribuisce in via ordinaria, *ex artt.* 2, 5 e 6, l. n. 259/1958¹⁵. Inoltre, si è ritenuto che non sia individuabile un indice della natura pubblicistica di CDP Spa nella previsione normativa che attribuisce alla stessa una mera facoltà di avvalersi dell’Avvocatura di Stato, con riguardo a controversie attinenti alla gestione separata. Nessun rilievo, poi, può attribuirsi tanto al fatto che risulta applicabile l’art. 1, comma 1-*ter*, l. n. 241/1990 – atteso che detta disposizione appare riferibile a tutti gli enti privati limitatamente alle attività amministrative dai medesimi esercitate –, quanto alla circostanza che alcune delle attività dalla medesima società svolte sono rivolte al perseguimento di finalità di interesse pubblico, non essendo pochi i casi in cui anche le attività di soggetti privati appaiono preordinate al soddisfacimento di dette finalità¹⁶. Infine, si è posto in rilievo come, per un verso, l’art. 5, comma 18, d.l. n. 269/2003 renda CDP Spa sottoponibile alle procedure di amministrazione straordinaria di cui al titolo V del TUB o “*ad altra procedura concorsuale applicabile*”, per l’altro, il comma 26 del medesimo art. 5, laddove disciplina il regime del rapporto dei dipendenti con la società *de qua*, mostri chia-

Scritti in onore di Angelo Falzea, Milano, 1991, III, t. 1, p. 179, «la moltiplicazione e diversificazione degli enti pubblici ne ha diluito i tratti comuni, per cui ciò che la nozione ha guadagnato in estensione ha perduto in contenuto».

¹⁵ Con riguardo all’art. 12, l. n. 259/1958, la Corte costituzionale (nella nota sentenza 28 dicembre 1993, n. 466) ne aveva riconosciuto l’applicabilità alle società derivanti dalla privatizzazione di enti pubblici economici «se e fino a quando la gestione delle stesse resti nella disponibilità dello Stato, e sia suscettibile, di conseguenza, di incidere, sia pure indirettamente, sul bilancio dello Stato», senza, tuttavia, in alcun modo postulare che tali società fossero da qualificare come enti pubblici societari.

¹⁶ Si v. per detti rilievi: K. PECCI, *La conversione delle azioni Cassa depositi e prestiti s.p.a.: il parere del consiglio di Stato*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, p. 628.

ramente che il legislatore ha inteso trasformare un ente pubblico in un ente privato¹⁷.

In realtà, elementi ben più consistenti di quelli individuati nel citato parere del Consiglio di Stato, a supporto della (ri)qualificazione, in via interpretativa, di CDP Spa come ente sostanzialmente pubblico, possono individuarsi¹⁸: *i*) nella sua istituzione con legge, da cui consegue l'impossibilità per la stessa società di disporre della propria esistenza; *ii*) nell'individuazione, da parte della legge, delle attività che possono essere svolte, nonché delle finalità di interesse pubblico da perseguire; *iii*) nel vincolo *ex lege* della partecipazione pubblica maggioritaria.

Non sono invero mancate pronunzie dei giudici, soprattutto amministrativi, in cui i medesimi sono pervenuti a riqualificare in senso pubblicistico non soltanto le società diritto singolare¹⁹, ma an-

¹⁷ Si v. sempre K. PECCI, *La conversione delle azioni Cassa depositi e prestiti s.p.a.: il parere del consiglio di Stato*, cit.

¹⁸ Propendono per la riqualificazione in senso pubblicistico di enti societari, là dove siano riscontrabili alcuni elementi rivelatori della loro pubblicità, *ex multis*: M. RENNA, *Le società in mano pubblica. Il caso delle s.p.a. derivanti dalla trasformazione di enti pubblici economici ed aziende statali*, Torino, 1997, spec. p. 101 s.; G. ROSSI, *Gli enti pubblici in forma societaria*, in *Serv. pubbl. e app.*, 2004, p. 221 s.; G. GRÜNER, *Considerazioni intorno alle società pubbliche dello Stato*, in *Serv. pubbl. e app.*, 2004, p. 701 s.; ID., *Enti pubblici a struttura di S.p.A. Contributo allo studio delle società "legali" in mano pubblica di rilievo nazionale*, Torino, 2009, spec. p. 91 s.; M. DI LULLO, *Organizzazione amministrativa e modelli privatistici: le società (legali) «pubbliche amministrazioni*, in *Dir. amm.*, 2013, spec. pp. 254-255; G.M. CARUSO, *Il socio pubblico*, cit., p. 118.

¹⁹ In tema si v.: C. IBBA, *Le società «legali»*, Torino, 1992, spec. p. 355 s., ad avviso del quale un ente societario è qualificabile come ente pubblico soltanto allorché il legislatore lo qualifichi in modo espresso in tal senso. In tema si v. anche: M.G. DELLA SCALA, *Le società legali pubbliche*, in *Dir. amm.*, 2005, p. 391 s., spec. p. 439; P. PIZZA, *Le società per azioni di diritto singolare tra partecipazioni pubbliche e nuovi modelli organizzativi*, Milano, 2007, spec. pp. 1-2, nota 1, il quale sottolinea che «gli "statuti legali" possono essere definiti singolari, sia perché contengono regole relative all'organizzazione e al funzionamento di un unico ente metaindividuale identificato da un nome proprio, sia perché contengono alcune disposizioni aventi come destinatario un soggetto identificato da un nome proprio e preesistente all'atto legislativo recante la disciplina stessa, al

che le società derivanti dalla privatizzazione di enti pubblici economici, la cui disciplina presenta deviazioni rispetto al modello societario tipico²⁰, ovvero comporta «una consistente alterazione dei normali meccanismi di funzionamento» delle stesse²¹. Tali enti so-

quale vengono imposti determinati obblighi o attribuite determinate facoltà volte a consentire la concreta esistenza dell'ente metaindividuale specificamente individuato».

²⁰ Si v., con riguardo a Poste Italiane Spa, Cons. Stato, sez. IV, 2 marzo 2001, n. 1206, in *Giust. civ.*, 2002, I, p. 253 s., nonché Cons. Stato, sez. IV, 5 marzo 2002, n. 1303, in *Giust. civ.*, 2002, p. 2309 s., con nota M. GIGANTE, *Verso la ripubblicizzazione di Poste italiane S.p.a.* Inoltre, con riferimento alla RAI Spa si v. Cass. civ. sez. un., ord. 22 dicembre 2009, n. 27092, in *Foro it.*, 2010, 5, I, p. 1472 con nota di G. D'AURIA, e ad ANAS Spa si v. Cons. Stato, sez. IV, 24 maggio 2013, n. 2829, in *www.giustizia-amministrativa.it*. In dottrina, per la tesi secondo cui, in aggiunta agli elementi sintomatici della pubblicità di un ente individuati dalla giurisprudenza, occorre tener conto della sussistenza «di regole di organizzazione e di funzionamento che, oltre a costituire una consistente alterazione del modello societario tipico (comportando una compressione della autonomia funzionale e statutaria degli organismi societari) rivelino, al tempo stesso, la completa attrazione nell'orbita pubblicistica dell'ente societario», si v. R. GAROFOLI, *Le privatizzazioni degli enti dell'economia. Profili giuridici*, Milano, 1998, spec. pp. 304-305. In generale, in senso critico sulla tendenza dei giudici a ri-pubblicizzare ciò che il legislatore aveva inteso privatizzare, si v.: A. NIUTTA, A. POLICE, *Forma e realtà nelle società per la gestione dei servizi pubblici locali*, in *Riv. dir. comm e dir. gen. obbl.*, 1999, spec. p. 490; G. NAPOLITANO, *Il giudice amministrativo di fronte alla privatizzazione*, in *Merc. conc. reg.*, 2003, p. 55 s.

²¹ Si v., con riguardo ad Enel Spa, Cons. Stato, sez. VI, 17 settembre 2002, n. 4711, in *Dir. proc. amm.*, 2003, p. 486 s., con commento di P. PIZZA, *Società per azioni di diritto singolare, enti pubblici e privatizzazioni: per una rilettura di un recente orientamento del Consiglio di Stato*, il quale osserva criticamente come i giudici di Palazzo Spada non si siano avveduti che, in realtà, la disciplina speciale incideva «direttamente sulle modalità di formazione della volontà del solo azionista pubblico e non anche (se non indirettamente) sulle modalità di svolgimento dell'assemblea dei soci che rendono possibile la formazione della volontà dell'organo assembleare». In termini non dissimili si era espressa anche la Suprema Corte, si v.: Cass. civ. sez. un., 15 aprile 2005, n. 7799, in *D&G*, 2005, fasc. 21, p. 27 s., nella quale vengono richiamate altre precedenti pronunzie. In tali sentenze viene posto a fondamento della riqualificazione dell'ente privatizzato tanto il carattere necessario dell'ente – da individuarsi nel fatto che è la legge ad istituire l'ente, ad individuarne gli scopi, a configurare come indisponibile da

cietari, secondo l'orientamento giurisprudenziale indicato, sono dunque da (ri)qualificare come enti sostanzialmente pubblici, in quanto, oltre ad essere ascrivibili alla categoria degli organismi di diritto pubblico²², risultano assoggettati ad una disciplina derogatoria che com-

parte dei suoi organi deliberativi l'esistenza dell'ente stesso, nonché il possesso della quota maggioritaria del capitale sociale in mano pubblica –, quanto la presenza di anomalie, ovvero di significative deviazioni sotto il profilo organizzativo rispetto alla disciplina civilistica, che denotano la sussistenza di un particolare rapporto tra l'ente privatizzato e i pubblici poteri. Al riguardo G. ROSSI, *Gli enti pubblici in forma societaria*, cit., p. 224 (ma si v. anche ID., *Gli enti pubblici*, Bologna, il Mulino, 1991, p. 180) sottolinea come «i caratteri della indisponibilità della maggioranza, del fine, e, quindi, dell'esistenza della figura soggettiva, costituiscono il dato proprio della natura pubblica», di tal che deve concludersi che hanno natura pubblicistica: a) le società per azioni istituite con atto legislativo «che ne determina quanto meno la denominazione, lo scopo e la necessaria pertinenza ad un soggetto pubblico per una quota almeno maggioritaria», dal momento che in tal caso «l'esistenza e la destinazione funzionale della figura soggettiva è predeterminata con atto normativo e resta indisponibile alla volontà dei propri organi deliberativi»; b) le società costituite con atto legislativo «il cui contenuto è strutturato nella forma di "autorizzazione" all'amministrazione statale o ad un ente pubblico di dar vita ad una società per azioni della quale peraltro si predeterminano denominazione, scopo e la necessaria proprietà pubblica di una quota maggioritaria». Per una diversa impostazione, si v. tuttavia: G. OPPO, *Pubblico e privato nelle società partecipate*, in *Riv. dir. civ.*, I, 2005, spec. pp. 160-161, che osserva che non tutte le differenze rispetto al modello societario di diritto comune, rinvenibili nelle società risultanti dalla privatizzazione di enti pubblici economici, «reggono di fronte alla recente riforma del diritto delle società. Non regge innanzitutto quella ricondotta alla mancanza del contratto e della pluralità di partecipanti: notoriamente la società (o così detta società) unipersonale non si fonda certo su un contratto ... Questo significa che l'ente che la legge chiama società può ridursi ad un patrimonio autonomo, anzi personificato, destinato ad un certo fine da perseguire secondo certe regole organizzative e gestorie. Neanche appare incompatibile con la nuova disciplina societaria il differente e non proporzionale potere sociale dei partecipanti, i quali possono avere voto non proporzionale alle azioni possedute o limitato a certe deliberazioni e addirittura possono non avere diritto di voto, così privilegiando altra categoria di soci».

²² Occorre tuttavia osservare che la nozione di organismo di diritto pubblico appare giuridicamente rilevante soltanto con riferimento a quelle ipotesi in cui debba applicarsi il diritto euro-unitario o il diritto interno di derivazione europea in materia di contratti pubblici. Nessun indice rivelatore della natura pubblicistica di un ente sul piano del diritto interno può dunque desumersi dal fatto che un ente

porta una consistente compressione della loro autonomia funzionale, ovvero che denota – in ragione della sussistenza di anomalie di struttura e funzionamento – lo stretto legame intercorrente tra questi ultimi e l'ente pubblico controllante, che comporta un'eterodirezione di tali enti²³.

di diritto privato risulta qualificabile come organismo di diritto pubblico e dunque è tenuto ad osservare regole procedurali – che ne funzionalizzano l'attività di scelta del contraente – nell'affidamento di contratti pubblici.

²³ In un'altra sentenza, i giudici di Palazzo Spada, proprio in considerazione dei sopra indicati orientamenti giurisprudenziali, ritenendo di dover distinguere la forma dalla sostanza giuridica di un ente, erano pervenuti a riqualificare in senso pubblicistico la SCIP Srl (Società cartolarizzazione immobili pubblici), ancorché la stessa fosse qualificata *ex lege* come persona giuridica di diritto privato, in ragione: del «suo carattere strumentale rispetto al perseguimento di finalità pubblicistiche»; del fatto che la stessa esercita potestà amministrative e dunque agisce in qualità di autorità; della «esistenza di una disciplina derogatoria rispetto a quella propria dello schema societario», che vanifica la presunta “autonomia imprenditoriale e patrimoniale” dell'ente, si v. Cons. Stato, sez. IV, 31 gennaio 2006, n. 308, in www.giustizia-amministrativa.it. Nel caso di specie, il MEF aveva dato mandato a due fondazioni di diritto olandese (ovvero a due *trust funds*) di costituire SCIP Srl, previa erogazione di una determinata somma di danaro. Alla SCIP Srl – che, in base alla disciplina positiva, non soltanto era riconducibile a una delle società di cui all'art. 2, d.l. n. 351/2001, conv. dalla l. n. 410/2001, ma aveva anche un oggetto specifico ed esclusivo (*i.e.* la realizzazione di una o più operazioni di cartolarizzazione dei proventi derivanti dalla dismissione del patrimonio immobiliare dello Stato e di altri enti pubblici) – trovavano applicazione disposizioni speciali, in base alle quali erano riconosciuti alcuni benefici di carattere fiscale. Tuttavia, in ragione del rinvio al titolo V del d.lgs. n. 385/1993, contenuto nell'art. 2, comma 4, d.l. n. 351/2001, la SCIP Srl – ancorché fosse sottratta al rispetto di alcune disposizioni di tale decreto – risultava qualificabile alla stregua di un intermediario finanziario, che doveva essere iscritto nell'apposito elenco. Nell'ambito, poi, dell'operazione di cartolarizzazione si era realizzata una segregazione di immobili degli enti pubblici. A ciò si aggiunga che le disposizioni riguardanti la predetta segregazione, quelle inerenti alle modalità di gestione delle operazioni di cartolarizzazione, nonché alle procedure di alienazione degli immobili da parte della SCIP Srl erano rivolte a garantire l'indipendenza e l'imparzialità del ‘soggetto gestore’; finalità, queste, sottese anche ad un'altra fattispecie, *i.e.* quella individuabile nell'affidamento, da parte delle fondazioni di origine bancaria, a SGR, della gestione della propria partecipazione di controllo nelle società bancarie conferitarie, *ex art.* 25, d.lgs. n. 153/1999. Di tali rilievi non tenne tuttavia conto il