



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI NAPOLI
FEDERICO II

Dottorato di ricerca

“La programmazione negoziale per lo
sviluppo e la tutela del territorio”

Ciclo XXV - Settore disciplinare Ius/10

Il fenomeno degli smembramenti
amministrativi. Organismo di diritto
pubblico e impresa pubblica: un
approccio funzionale.

Coordinatore del Dottorato
Ch.mo Prof. F. Liguori

Tutor
M.C. Spina

Candidato
Dott.ssa Valentina Spagna

*Il fenomeno degli smembramenti amministrativi.
Organismo di diritto pubblico e impresa pubblica:
un approccio funzionale.*

Il presente lavoro propone un'analisi dei fenomeni che hanno portato ad un'ibridazione delle soggettività amministrative, sfumando i confini tra pubblico e privato.

L'incapacità di distinguere il pubblico dal privato porta con sé il pericolo dell'elusione di quel sistema di regole poste da sempre a garanzia del cittadino contro possibili abusi della Pubblica Amministrazione, aprendo spazio a devianze e a comportamenti collusivi. Solo un approccio funzionale, di stampo sostanzialistico, finalizzato a garantire l'effetto utile delle normative di settore, è in grado di ristabilire l'equilibrio e la certezza del diritto.

La prima parte di questo scritto è, perciò, dedicata allo studio dei mutamenti sociali, politici ed economici degli ultimi sessanta anni, che hanno visto il passaggio da un forte intervento dello Stato nell'economia all'apertura dei mercati ed ai contestuali processi di privatizzazione.

La seconda parte è invece incentrata sull'analisi delle figure dell'organismo di diritto pubblico e dell'impresa pubblica, nozioni di stampo funzionale di origine comunitaria, che sono parabola di un approccio sostanziale atto ad evitare possibili elusioni delle procedure di scelta del contraente, ai sensi delle Direttive 2004/18/CE e 2004/17/CE, recepite a livello nazionale nel Codice dei contratti pubblici.

L'analisi di queste due figure, spesso confuse e sovrapposte tra loro, richiede all'interprete un minuzioso studio della giurisprudenza europea e nazionale, da combinare con le molteplici interpretazioni e critiche dottrinarie e con un inquadramento sistematico della disciplina di riferimento, al fine di poter proporre una lettura delle due nozioni che sia chiara, compatibile con la *ratio legis*, e che, soprattutto, sia garante del principio di certezza del diritto.

Il fenomeno degli smembramenti amministrativi. Organismo di diritto pubblico e impresa pubblica: un approccio funzionale.

Introduzione.....5

Parte prima. Il fenomeno degli smembramenti amministrativi.

I. Trasformazioni di sistema e dinamismo della nozione di Pubblica Amministrazione.

- 1. La Pubblica Amministrazione, un concetto in progressiva trasformazione. 11*
- 2. La liberalizzazione dei mercati e l'avvento delle privatizzazioni..... 25*
- 3. Privatizzazione formale e sostanziale..... 30*
- 4. Le persone giuridiche private di rilievo pubblicistico..... 42*
- 5. Uno sguardo alla nozione comunitaria di Pubblica Amministrazione..... 50*

Parte seconda. Organismo di diritto pubblico e impresa pubblica. Ibridi a confronto.

I. Nozioni preliminari.

- 1. Le nozioni di appalto e concessione..... 59*
- 2. Compatibilità tra le nozioni di concessionario e organismo di diritto pubblico. .65*

II. L'organismo di diritto pubblico

- 1. L'evoluzione normativa della nozione di "amministrazioni aggiudicatrici"...... 69*
- 2. Alcuni principi fondamentali in materia. L'irrilevanza della natura giuridica soggettiva; l'ininfluenza della relatività dell'attività preposta alla soddisfazione di bisogni di interesse generale; la c.d. teoria del contagio..... 76*
- 3. I tre criteri di qualificazione dell'organismo di diritto pubblico..... 82*
 - 3.1 La personalità giuridica 83*
 - 3.2 L'influenza pubblica..... 87*

3.3 I bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale.	91
3.4 Il c.d. requisito negativo	96
4. L'organismo di diritto pubblico alla prova della giurisprudenza italiana.	105
4.1 Il giudice amministrativo e la difficile interpretazione del requisito teleologico nelle pronunce pre Ente Fiera di Milano.	106
4.2 Il giudice amministrativo e la difficile interpretazione del requisito teleologico nelle pronunce post Ente Fiera di Milano.	114
4.3 Le soluzioni apprestate dalla Suprema Corte di Cassazione.	120
III. La figura dell'impresa pubblica.	
1. Il carattere imprenditoriale dell'impresa pubblica e la nozione comunitaria di impresa.	127
2. La prerogativa dell'influenza pubblica.	131
3. La nozione di impresa pubblica e l'ambito soggettivo della direttiva "settori speciali".	135
IV. Ibridi a confronto.	
1. Impresa pubblica ed organismo di diritto. Analogie e differenze.	144
3. La confusione delle due nozioni in seno alla giurisprudenza nazionale.	147
4. In cammino verso adeguati criteri distintivi.	152
5. La tesi dell'organismo di diritto pubblico in parte qua.	155
Valutazioni conclusive.	162
Bibliografia.	172

Introduzione.

Il diritto è spesso null'altro che la fotografia della realtà sociale, politica, economica e culturale di un dato paese in un dato momento storico. La nozione di organismo di diritto pubblico, oggetto di questo lavoro, è chiaramente parabola dei mutamenti socio-economici italiani ed europei degli ultimi sessant'anni.

Detta nozione contiene in sé la storia del decentramento dei poteri pubblici e della progressiva destrutturazione dell'assetto positivo dell'apparato amministrativo soggettivamente inteso, conseguenti all'espansione dei poteri della Comunità europea (oggi Unione europea), da un lato, e dal nazionale processo di regionalizzazione, dall'altro.

La figura in esame, di origine comunitaria, potrebbe essere definita come un riuscito *escamotage* giuridico per ovviare alla concreta difficoltà di trovare una definizione soggettiva di amministrazione, rilevante al fine dell'applicazione della disciplina dell'evidenza pubblica, che fosse universalmente valida per tutti gli Stati Membri, nonché capace di non essere vanificata dai processi di liberalizzazione e privatizzazione che hanno radicalmente trasformato l'assetto formale e sostanziale degli odierni ordinamenti giuridici europei nell'ultimo mezzo secolo.

“L'evoluzione del diritto pubblico dell'economia che [...] ha visto una ritrazione dello Stato dall'intervento diretto nell'attività di impresa ed un connesso utilizzo di strumenti privatistici nell'erogazione dei servizi pubblici, ha imposto la necessità di un nuovo inquadramento giuridico dei soggetti di diritto sorti per effetto del fenomeno delle privatizzazioni. Questa trasformazione epocale dell'assetto proprietario e gestionale

dell'esercizio dell'impresa pubblica ha reso necessaria una riconsiderazione delle categorie concettuali di riferimento”¹.

La nozione di organismo di diritto pubblico è forse la più interessante delle risposte date dalla giurisprudenza comunitaria al descritto fenomeno degli *“smembramenti amministrativi”*².

Di fronte al dilagare di nuovi apparati di natura ibrida ed incerta, non riconducibili agli schemi tradizionali dell'organizzazione amministrativa, a cui sempre più spesso sono affidate funzioni naturalmente pubbliche, la giurisprudenza comunitaria è stata costretta a trovare una soluzione, onde evitare che le regole dell'evidenza pubblica fossero puntualmente eluse.

Accantonando criteri di stampo formale, instabili e poco affidabili, la giurisprudenza europea è riuscita a coniare una nozione funzionale di amministrazioni aggiudicatrici, capace di piegare alle regole in materia di appalti pubblici tutti quei soggetti che, indipendentemente dalla loro natura giuridica, potrebbero, in conseguenza del controllo esercitato su di essi dai pubblici poteri, da un lato, preferire imprese nazionali a scapito di quelle provenienti da altri Stati membri, dall'altro, adottare scelte non ispirate a criteri economici (tipici dell'imprenditore privato che ragiona sempre nell'ottica di una massimizzazione delle efficienze), non essendo spinti da finalità lucrative e non sopportando direttamente i rischi inerenti all'attività svolta, con la conseguenza di poter compromettere la concorrenza e di sovvertire le regole del libero mercato³.

¹ C. Deodato, *Le società pubbliche. Il regime dei contratti*, in www.giustam.it.

² In tal senso si esprime B. Mameli, *L'organismo di diritto pubblico. Profili sostanziali e processuali*, Milano, 2003, 1.

³ Cfr. G. Greco, *Ente pubblico, impresa pubblica, organismo di diritto pubblico*, in *Riv. dir. pubbl. comunit.* 2000, 3-4, 839. Come parte della dottrina ha osservato, infatti, *“solo la sostanziale indifferenza alle leggi del mercato ed alla competizione economica può innescare quel sospetto che l'ente possa preferire in sede di affidamento delle prestazioni di cui necessita le imprese nazionali, discriminando quelle degli altri stati membri:*

È evidente, quindi, come ha osservato autorevolmente la dottrina⁴, che con la nozione in esame la giurisprudenza comunitaria non abbia voluto ampliare il novero dei soggetti pubblici, ma solo delimitare l'ambito soggettivo di applicazione della disciplina sugli appalti pubblici, garantendo così l'effetto utile e l'applicazione uniforme della stessa in tutti i peculiari ordinamenti degli Stati membri dell'Unione⁵.

Non negando la verità di questa affermazione, in questo lavoro si ritiene più corretto evitare riferimenti, come quello di specie, ancorati a postulati e brocardi di stampo meramente formalistico. Se si continua ad inquadrare sotto questa angolatura il tema della pubblica Amministrazione non sarà possibile non ricadere nell'errore di voler, prima o poi, ritornare ad abbracciare categorie giuridiche rigide ed uniformi, tanto rassicuranti per la tradizione giuridica nostrana⁶.

La figura in questione, ovviamente non essendo una nozione formale, ma funzionale, non potrebbe certo espandere il novero dei soggetti pubblici formalmente intesi, questo è palese, ma la vera domanda da porsi è: - che senso ha, ad oggi, fare ancora riferimento ai soggetti pubblici formalmente intesi?

Ad avviso di chi scrive, oramai, una tale nozione sembra essere un residuo bellico, divenuto pericoloso e potenzialmente esplosivo.

sospetto sotteso alla impostazione legislativa di precisi metodi di scelta dell'appaltatore".

⁴ M. Chiti, *L'organismo di diritto pubblico e la nozione comunitaria di pubblica amministrazione*, cit., 8.

⁵ Anche se, come autorevole dottrina ha osservato, non mancano prospettazioni in termini soggettivi della nozione, come dimostrato dagli artt. 123 ss. TFUE (prima 101 ss. TCE) e dalla pronuncia della Corte di Giustizia, 10 novembre 1998, *Gemeente Arnhem*, C-360/96, P.58, in *Racc.*, 1998, I-06821. In tal senso M. Chiti, *L'organismo di diritto pubblico e la nozione comunitaria di pubblica amministrazione*, cit., 8.

⁶ Più che autorevole dottrina sembra ricadere in questo errore, cfr. Greco, *Ente pubblico, impresa pubblica, organismo di diritto pubblico*, cit., il quale ricerca nella figura di organismo di diritto pubblico una nozione universalmente valida di ente pubblico, rimanendone deluso.

La nozione di organismo di diritto pubblico ha, invero, colto la reale consistenza dell'Amministrazione, se per Amministrazione si voglia intendere, finalmente, "chi esercita la funzione pubblica" e non "chi pubblico è", permettendo l'applicazione di regimi specifici ben al di là dell'ambito relativo alla normativa sugli appalti pubblici⁷.

Queste affermazioni, forse dai colori troppo accesi, fondano su considerazioni in parte anche metagiuridiche. Il ruolo dell'Amministrazione nella società è sempre stato, e continua ad essere, quello di prendersi cura del "bene comune", compito imprescindibile per la tranquillità sociale, a cui è connesso un altissimo carico di responsabilità e a garanzia del quale è stato apprestato un sistema di regole *ad hoc*. L'entrata del privato (sia come soggetto, sia come mera forma giuridica) nel sistema amministrativo, non cambia i termini dell'assunto, nulla vieta al privato di prendersi carico del

⁷ La *vis expansiva* della figura dell'organismo di diritto pubblico è stata in grado di comportare sostanziali innovazioni nell'ordinamento amministrativo italiano, specialmente in materia di diritto d'accesso e di riparto di giurisdizione. In tal senso cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, 24 maggio 2002, n. 2855, in *Foro amm. CDS*, 2002, 1325, *Studium Juris*, 2002, 1271, ce ritiene che l'attività connessa alla ostensione, da parte della S.p.a Poste Italiane, di una istanza presentata dal ricorrente nel 1993 all'ex datore di lavoro, allora Ministero delle PP.TT., con la quale era stato chiesto il trasferimento ad altro ufficio nella cui pianta organica sarebbe esistito un posto vacante, con cambio di qualifica ai sensi dell'art.11 della legge n.101/1979, non può non rientrare, per gli evidenti profili di connessione con l'esercizio del potere organizzativo-gestionale dell'amministrazione postale, nell'ambito della più generale attività amministrativa, volta alla realizzazione di un interesse collettivo, suscettibile di incidere anche sulle posizioni del personale dipendente oltre che sulle modalità dei servizi resi nell'interesse della utenza pubblica. Per quel che concerne gli effetti che la figura ha avuto in tema di giurisdizione è da dire che ben prima dell'intervento legislativo con cui è stata decretata la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in materia di appalti e concessioni, il Consiglio di Stato aveva già statuito che la configurazione di una società per azioni a prevalente ed esclusivo capitale pubblico, avente lo scopo della gestione di un pubblico servizio, importa la qualificazione della stessa società come amministrazione aggiudicatrice, i cui atti, nell'ambito di un procedimento di gara, costituiscono atti amministrativi, soggetti ad impugnazione, sotto il complesso profilo della legittimità, rientranti nella cognizione del giudice amministrativo, in ossequio alle disposizioni comunitarie, come recepite dal d.lgs. 19 dicembre 1991 n. 406 e dalla l. 11 febbraio 1994 n. 109 per gli appalti di lavori pubblici, dal d.lgs. 17 marzo 1995 n. 157, per i pubblici servizi e dal d.lgs. 24 luglio 1992 n. 358 per le pubbliche forniture. Così Di contro Corte di Cassazione, SS. UU., 3/1993; 4989/95; 2738/97; T.A.R. Toscana 151/98; Piemonte 108/2003; Lazio 1559/2003; Veneto 3014/2003.

“bene comune”, ma se proprio vuole farlo non potrà certo esimersi dalle responsabilità che questo ruolo gli impone ed dalle regole ad esso connesse.

D'altronde, come la dottrina ha autorevolmente rilevato, “[...] *gli interessi ed i diritti degli utenti/cittadini sono pregiudicati o soddisfatti dall'applicazione delle regole che disciplineranno l'attività e non dalla natura del soggetto tenuto a svolgere l'attività di cui si tratta*”⁸.

L'approccio funzionale in esame ha il pregio di imporre l'adozione di sistemi basati su regole, anziché sulla natura del soggetto agente, in modo da garantire da quelle facili elusioni che potrebbero discendere da meri mutamenti della forma giuridica soggettiva.

La figura dell'organismo di diritto pubblico è però di non facile definizione, soprattutto alla luce del criterio teleologico di riferimento, ovvero il perseguimento di bisogni di interesse generale di carattere non industriale o commerciale. Proprio tale requisito dovrebbe ben distinguerla dalla nozione di impresa pubblica, figura con la quale, invece, come la nostra giurisprudenza dimostra, viene fin troppo spesso confusa e sovrapposta.

Di contro, le imprese pubbliche sono soggetti che, nonostante siano dotate di una struttura pubblica, operano sul mercato come un qualunque imprenditore privato, nel rispetto della disciplina comunitaria in materia di concorrenza, sopportando i rischi della propria attività, quindi soggetti innocui rispetto alle regole del mercato, almeno con riguardo a quei mercati liberalizzati ed operanti in regime di concorrenza.

⁸ B. Mameli, *L'organismo di diritto pubblico. Profili sostanziali e processuali*, cit., 6, che a sua volta richiama C. Marzuoli, *Le privatizzazioni tra pubblico come soggetto e pubblico come regola*, in *Dir. pubb.*, 1995, 421 ss., il quale osserva che “*posto che il cittadino abbia diritto ad avere una determinata prestazione, davvero fa differenza che essa sia fornita da un certo signore: perché abilitata, perché titolare di concessione amministrativa; perché dipendente dall'amministrazione a titolo privato, perché dipendente dall'amministrazione a titolo pubblico? E se invece di quel signore ci trovassimo di fronte ad una macchina ci dovremmo chiedere qual è la natura della macchina?*”.

Un chiaro distinguo tra le due figure è per tanto d'obbligo onde evitare una vanificazione dello stesso approccio funzionale di stampo europeo a scapito dell'esigenza di certezza del diritto.

Preliminarmente, però, all'analisi del tema caldo di questo lavoro, sembra necessario delineare, almeno in grandi linee, la storia legata al concetto di Pubblica Amministrazione. Come, infatti, è stato autorevolmente rimarcato, *“è difficile [se non addirittura impossibile] distinguere il diritto amministrativo dal suo oggetto (la pubblica amministrazione) e dal modo in cui esso viene studiato (la scienza del diritto amministrativo). Tra questi elementi diversi vi sono molte relazioni reciproche”*⁹. Analizzare il concetto di pubblica Amministrazione *“significa comprendere le relazioni tra Stato e cittadino, cercando di cogliere in che modo si organizzano le società e come si governino per assicurare la crescita economica e la pace sociale, quali istituzioni e come contribuiscono a raggiungere tale obiettivo e come cambino queste strutture nel tempo”*¹⁰.

Quindi, è proprio dalla definizione del concetto di Amministrazione che questa ricerca intende partire, e forse anche arrivare.

⁹ S. Cassese, *Le trasformazioni del diritto amministrativo dal XIX al XXI secolo*, in *Riv. Trim. di Pubbl.*, 2002, 01, 27.

¹⁰ Così, M. Marra, *Il mercato nella pubblica amministrazione – Coordinamento, valutazione, responsabilità*, Roma, 2006, 30, così come menzionato da E. Bonelli, *Pubblica Amministrazione e Mercato*, pubblicato 16 luglio 2007, in www.giustam.it.

Parte prima. Il fenomeno degli smembramenti amministrativi.

I. Trasformazioni di sistema e dinamismo della nozione di Pubblica Amministrazione.

1. La Pubblica Amministrazione, un concetto in progressiva trasformazione.

La nozione di Pubblica Amministrazione si presta alle più differenti interpretazioni, è infatti, tanto possibile, affermare che con il termine Amministrazione si intenda quell'apparato organizzativo, considerato dal punto di vista funzionale, che svolga attività preposte alla cura di determinati interessi pubblici; quanto sostenere che con suddetta nozione si faccia riferimento a quelle figure soggettive, dotate o meno di personalità giuridica¹¹, preposte effettivamente all'espletamento della funzione pubblica¹².

La definizione della nozione di Amministrazione non ha una rilevanza meramente formale, incidendo direttamente sul regime giuridico applicabile e, soprattutto, sulle modalità, nonché qualità delle tutele (giurisdizionali e non) garantite ai privati cittadini.

¹¹ Il problema si pone soprattutto con riguardo agli enti di fatto, ovvero quelle organizzazioni che non hanno quel formale riconoscimento idoneo a qualificarli come persone giuridiche, e sulle quali ci sono particolari perplessità relativamente alla possibilità di collocarli nel variegato panorama delle organizzazioni amministrative. Sul punto si veda F. G. Scoca, *Le amministrazioni come operatori giuridici*, in L. Mazzaroli e altri (a cura di), *Diritto Amministrativo*, 317.

¹² In tal senso F. G. Scoca, *Le amministrazioni come operatori giuridici*, cit., 306.

Con maggior dettaglio c'è chi¹³ ha individuato tre differenti aspetti di Amministrazione. Con riguardo ad un approccio oggettivo o funzionale per Amministrazione si intende quel complesso di attività distinte dalla legislazione e dalla giurisdizione, finalizzata al concreto perseguimento degli interessi pubblici, o meglio, collettivi. A tale complesso di attività non possono non corrispondere dei soggetti deputati ad esplicarla, da qui quell'approccio soggettivo che vede l'Amministrazione nell'insieme di quelle soggettività preposte all'esercizio della funzione pubblica. In fine è possibile individuare anche una nozione di amministrazione in senso formale, che identifica l'Amministrazione in quella serie di attività consistenti nell'adozione di atti aventi un proprio particolare regime di validità, efficacia e sindacabilità giurisdizionale¹⁴.

Quel che in questa sede vale rilevare è che l'Amministrazione così variamente intesa si inquadra in un ordinamento generale, il quale, esso stesso, sulla scorta di uno stringente principio di legalità, riconosce e/o istituisce le singole amministrazioni quali soggetti di diritto, ne determina le capacità tanto privatistiche che pubblicistiche, e, in particolare, attribuisce loro quei poteri che si rivelano essere le loro prerogative, rendendoli "soggetti di autonomia"¹⁵.

¹³ In tal senso A. Romano, *Introduzione*, in L. Mazzaroli e altri (a cura di), *Diritto Amministrativo*, Bologna, 2005, 5 ss.

¹⁴ "[...] *i provvedimenti e gli atti consensuali di diritto pubblico aventi l'effetto di costituire, modificare o estinguere situazioni giuridiche, ma anche gli atti di tipo certificativo, quelli endoprecedimentali, ovvero finalizzati all'adozione del provvedimento, tutti gli atti che precedono la stipula dei contratti e dei negozi privati della pubblica amministrazione*". In tal senso A. Romano, *Introduzione*, cit., 5 ss.

¹⁵ Secondo A. Romano "[l']*autonomia delle Amministrazioni, attribuita/riconosciuta dall'ordinamento generale è, da questo, intrinsecamente delimitato da un vicolo funzionale, dal momento che tanto l'attività pubblicistica, quanto l'attività privatistica è sempre e comunque finalizzata al perseguimento del pubblico interesse [...]. Questa finalizzazione intrinseca dei poteri che l'ordinamento generale attribuisce all'Amministrazione, è assicurata da una serie di norme che essa deve rispettare [...]. Sono norme anzitutto sull'organizzazione delle varie Amministrazioni, sulla composizione dei loro organi, e sui relativi riparti di competenza [...]; e, inoltre, e sempre più*

Il profilo più problematico della nozione di Amministrazione è senza dubbio quello soggettivo.

Per lungo tempo il termine “Amministrazione pubblica” ha costituito un sinonimo di quello di “Amministrazione statale”. In origine l’esiguità topologiche degli enti pubblici aveva consentito di individuare il fondamento della pubblicità in elementi unitari e costanti. In un clima in cui il termine pubblico era sinonimo di statale sembrava, quindi, naturale che la natura pubblica o privata di un ente fosse determinata dalla sussistenza, o meno, di elementi che, sotto il profilo della nascita, dell’organizzazione, dello scopo e di altro ancora, potessero comunque collegare quell’ente allo Stato persona¹⁶. Questa impostazione, costruita su concezioni prettamente statalistiche e stato centriche, era, ovviamente, destinata a cadere con il superamento delle stesse.

L’odierno assetto della Pubblica Amministrazione è invece composto da una pluralità di soggetti amministrativi che si riferiscono a diversi centri di indirizzo politico, ed ormai l’espressione “Amministrazione pubblica” identifica, nel suo insieme, l’eterogenea fauna di questi soggetti¹⁷.

Ad oggi, quindi, la nozione di ente pubblico solleva diverse problematiche di stretto diritto positivo: se da un lato, infatti, si discute riguardo cosa fondi la stessa natura pubblica degli enti in questione, dall’altro il tentativo di una

largamente, sono norme sui procedimenti mediante i quali i poteri suddetti devono essere esercitati”. In tal senso A. Romano, *Introduzione*, cit., 9 ss..

¹⁶ Più precisamente “*tali elementi vennero individuati (non potevano non essere individuati che) in tratti che consentissero il riferimento degli enti allo Stato: il perseguimento di fini statali (teoria del fine) ovvero di fini propri e insieme di fini statali (teoria del doppio fine); l’essere gli enti dotati di poteri autoritativi, conferiti (delegati) dallo Stato (teoria del potere o dell’imperium); l’averne un rapporto organizzativo peculiare con lo Stato (teoria del rapporto di servizio); l’essere sottoposti a tutela o, più in generale, a controllo da parte dello Stato (teoria del controllo); il godere di finanziamenti a carico del bilancio statale (teoria del finanziamento); l’essere costituiti per atto statale (teoria dell’atto costitutivo)”.* Così F. G. Scoca, *Le amministrazioni come operatori giuridici*, cit., 319.

¹⁷In tal senso Sorace, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, Bologna 2000, 61

loro classificazione in tipi omogenei¹⁸ sembra essere un'impresa ormai impossibile. D'altronde, “[è] noto che non esiste una definizione generale di ente pubblico, avendo il nostro legislatore preferito - si reputa, volutamente - non cimentarsi in un compito così delicato, forse anche per evitare eccessive cristallizzazioni di un istituto dagli incerti e mutevoli confini”¹⁹.

Nel presente lavoro non vi è alcuna velleità di cimentarsi in una tale sfida, ritenendo, di contro, che l'affannosa ricerca di categorie soggettive universalmente valide sia ormai inutile ed anacronistica.

Oltre lo Stato²⁰ e le sue numerose articolazioni, sono le amministrazioni a cui l'ordinamento riconosce personalità giuridica²¹, come gli enti pubblici²²

¹⁸ “Sotto ogni altro profilo gli enti pubblici, a parte lo Stato (per il quale, data la estrema complessità della sua organizzazione, è necessario un approfondimento particolare) sono da considerare alla stregua delle altre persone giuridiche, tenendo conto peraltro che essi non sono ascrivibili ai modelli disciplinati dal codice civile (associazioni, fondazioni e società di capitali) e godono dei diritti secondo le leggi e gli usi osservati come diritto pubblico”. In questo senso F. G. Scoca, *Le amministrazioni come operatori giuridici*, cit., 317, che si rifà a F. Galgano, *Diritto privato*, Padova, 2004, 757.

¹⁹ In tal senso G. Greco, *Ente pubblico, impresa pubblica, organismo di diritto pubblico*, cit.; sul tema si veda anche G. Napolitano, *Soggetti privati “enti pubblici”?*, in *Dir. amm.*, 2003, 801 ss.; si veda ancora G. Rossi, *Gli enti pubblici*, Bologna, 1991.

²⁰ Quello di Stato è un concetto complesso. Per quel concerne lo Stato- amministrazione questo rappresenta il più importante soggetto attivo dell'ordinamento. Si tratta della persona giuridica per eccellenza, quell'ente dotato di caratteristiche del tutto peculiari quali, la sovranità, la sua necessarietà e la sua vocazione politica. A riguardo si pone la problematica relativa alla sua soggettività unitaria, ovvero si pone la questione relativa a se lo Stato possa essere considerato un unico soggetto oppure una pluralità di soggetti giuridici. In tal senso F. Caringella, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 502.

²¹ A onor del vero in teoria, anche se con le dovute eccezioni, ogni amministrazione pubblica è o tende ad essere persona giuridica. Cfr. F. G. Scoca, *Le amministrazioni come operatori giuridici*, cit., 305 ss. e 316 ss. Sulla questione relativa alla personalità giuridica l'autore rileva che “[N]el Panorama delle Amministrazioni considerate come soggetti sono frequenti figure soggettive non personificate (che sono cioè soggetti, ma non persone); molto più che nel panorama dei soggetti privati [...]. La maggiore presenza dei soggetti non personificati nella organizzazione amministrativa si spiega per il differente significato (ed i differente rilievo, anche pratico) che la figura della persona giuridica assume nel diritto privato e nel diritto pubblico. [...] Nel settore pubblico pertanto, mentre resta centrale ed ineliminabile la nozione di soggetto giuridico, appare meno rilevante la nozione di persona giuridica: ciò che conta è che vi siano centri di imputazione dell'attività di cura degli interessi pubblici. [D'altronde] mentre il soggetto è

in genere, gli enti territoriali ed un numero elevatissimo di enti c.d. funzionali o strumentali²³.

Questo quadro di soggetti, fino agli ultimi decenni del secolo scorso esauriva completamente il profilo soggettivo dell'amministrazione, ma gli ultimi cinquant'anni, come si vedrà più approfonditamente in seguito, sono stati caratterizzati da quei processi di privatizzazione ed esternalizzazione che hanno visto affidare sempre più attività e funzioni oggettivamente amministrative, a soggetti operanti *iure privatorum*, il che ha sollevato la più che mai dibattuta questione circa i limiti del concetto di Amministrazione.

Specialmente il periodo intercorrente tra gli anni Ottanta e Novanta è stato caratterizzato dalla moltiplicazione delle forme istituzionali dell'amministrazione.

Al decentramento dei poteri, conseguente ai processi di regionalizzazione e comunitarizzazione, si è accompagnato, quel processo di "deconcentrazione", ovvero di complicazione degli intrecci tra le

come tale essenzialmente un centro d'azione, la persona può essere considerata "un centro di azione e responsabilità". L'agire giuridico implica la soggettività; il soggetto è il protagonista dell'azione. Mentre la persona è il termine dell'avere giuridico, il soggetto è il termine dell'agire: si può recuperare al concetto di diritto positivo di persona giuridica sia ciò che è proprio della persona (l'avere), sia ciò che è proprio del soggetto (l'agire), fermo restando che ci sono soggetti che agiscono senza personalità (senza l'avere)". Su questi temi vedi anche P. Zatti, *Persona giuridica e soggettività*, Padova, 1975.

²² Dall' art 11 c.c., che fa per l'appunto, riferimento agli enti pubblici riconosciuti come persone giuridiche, si potrebbe desumere, *a contrario*, la possibilità di esistenza di enti senza personalità giuridica. In tal senso F. Caringella, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2007, 507.

²³ Termine con cui si fa riferimento a quegli enti che perseguono fini propri di un altro ente pubblico (ente principale o ausiliato), e per tanto si contrappongono agli enti autonomi, che invece perseguono fini propri.

amministrazioni, che ha causato una frammentazione identitaria “al[la] quale corrisponde un’identità [ormai] smarrita”²⁴.

C’è chi audacemente ha osato paragonare questo senso di smarrimento ed incertezza ad un sentimento di disincanto, di pessimismo leopardiano, affermando che “[s]e volessimo “nobilitare” filosoficamente questo stato di “disincanto” potremmo dire che stimo vivendo un fenomeno di “decostruttivismo”, in cui, eliminato un principio metafisico, una scienza speciale dell’agire pratico naviga nell’anarchia”²⁵.

Tale dottrina, procedendo ad una più ampia analisi circa l’attuale fenomeno della decostruzione del diritto amministrativo, individua tra i diversi esempi²⁶ di “decostruttivismo”²⁷ anche “la decostruzione delle strutture amministrative per eludere il principio di legalità [...]”, un siffatto fenomeno implica la rinascita del “problema della vera struttura dell’ente e

²⁴ In tal senso cfr. F. Bonini, *Storia della pubblica amministrazione in Italia*, Firenze, 2004, 162 ss..

²⁵ F. Merusi, *Sentieri interrotti della legalità. La decostruzione del diritto amministrativo*, Bologna, 2007, 27. L’autore riprende l’accezione del termine “decostruttivismo”, cardine dalla filosofia di Heidegger, come magistralmente interpretata e sintetizzata da R. Schürmann, in *Heidegger on Being and Acting: From Principles to Anarchy*, Bloomington, Ind., 1986, trad. it. - *Dai principi all’anarchia. Essere e agire in Heidegger*, Bologna, 1995.

²⁶ F. Merusi individua come esempi di “decostruttivismo”: “l’introduzione di interessi nel procedimento amministrativo come elementi costitutivi non dell’istruzione, ma della decisione; l’uso del diritto privato con pretese elusive della tipicizzazione dell’atto; la variante di cui sopra rappresentata da un preteso contrattualismo generalizzato nelle decisioni amministrative; la decostruzione delle strutture amministrative per eludere il principio di legalità nella decisione (fondazioni e società per azioni che conservano pubbliche determinanti); il preteso esercizio di poteri amministrativi “innati” non sottoposti a preventiva formazione; la contrapposizione tra la regolazione delle autorità amministrative indipendenti, che sarebbe atipica in quanto paralegislative, e la funzione amministrativa tipica delle amministrazioni tradizionali; il ricorso all’atipicità dell’illecito civile per sfuggire alla tipicità delle sanzioni amministrative o, in parallelo, alla cancellazione della legalità amministrativa nella fattispecie penale”. Così F. Merusi, *Sentieri interrotti della legalità. La decostruzione del diritto amministrativo*, cit., 30 ss.

²⁷ Ovvero quegli istituti e discipline amministrative non tenendo in conto quel fondamento ontologico necessario, rappresentato dal principio di legalità, sono causa di una profonda crisi di sistema. In tal senso F. Merusi, *Sentieri interrotti della legalità. La decostruzione del diritto amministrativo*, cit., 30.

della conseguente natura degli atti, così come è dimostrato dalla confusa vicenda dell'organismo di diritto pubblico”.

Sembra pertanto necessario procedere con ordine analizzando, dapprima, le soggettività amministrative riconosciute dal nostro ordinamento, soffermandosi soprattutto sulla nozione di ente pubblico, passando quindi, ad un rapido *escursus* relativo alla storia dei processi socio-economici nostrani che hanno stravolto l'assetto positivo dell'apparato amministrativo, per giungere, infine, ad una disanima della nozione comunitaria di pubblica amministrazione. Infatti, in una dimensione ormai caratterizzata dalla fuga dei poteri e delle prerogative degli Stati verso l'Unione Europea e dal progressivo sviluppo di un processo di convergenza dei diritti nazionali, l'approccio “comunitario” potrebbe, forse, essere la chiave di lettura giusta per attribuire, finalmente, al concetto di Amministrazione un'interpretazione adeguata all'assetto sociale, economico, politico e culturale contemporaneo²⁸.

Per comprendere l'attuale concetto di amministrazione non è possibile prescindere da un'analisi di quelle trasformazioni sociali politiche ed economiche che hanno dato forma e animo al caotico, e più che mai vitale, ordinamento giuridico amministrativo italiano.

Nell'avventurarsi in una tale analisi sembra necessario tenere a mente l'esigenza di *“storicizzare l'idea stessa di trasformazione del diritto amministrativo, sia di valutarne la portata retorica. Questo non vuol dire*

²⁸ Sul punto cfr. G. Greco, *Ente pubblico, impresa pubblica, organismo di diritto pubblico*, in *Riv. dir. pubbl. comunit.* 2000, 3-4, 839. Nel menzionato contributo, l'autore mira a ritrovare negli istituti di origine comunitaria, quali l'organismo di diritto pubblico e l'impresa pubblica, definizioni normative, e quindi categorie giuridiche soggettive, possibilmente uniformi e valide per tutti gli Stati membri. Nel presente lavoro, di contro, l'analisi dell'approccio comunitario mira a sottolineare la non attualità, e quindi l'inutilità, di una ricerca spasmodica di categorie soggettive, le quali, anche qualora fossero uniformemente vevoli in tutti gli Stati membri, non sarebbero idonee, dato la rigidità di un qualunque approccio formale, a resistere alle trasformazioni sempre più rapide degli assetti socio-economici nazionali e transnazionali.

che le trasformazioni non esistono in sé e per sé, oppure che il punto di vista di chi ne parla è sempre necessariamente relativo e soggettivo. Vuol dire, piuttosto, che l'idea di trasformazione, nel nostro campo, si è caricata di un sovrappiù di valori, alcuni enfatizzandone la portata, altri sminuendola, per fini diversi, per lo più ideologici e culturali. Per questo motivo, un discorso sulle trasformazioni non dovrebbe essere presentato in termini oggettivistici, ma dovrebbe essere sempre accompagnato da un'analisi del modo in cui le trasformazioni sono individuate, giudicate, valutate, talora sopravvalutate, spesso sottovalutate, o talora persino non rilevate”²⁹.

La dottrina appena citata, osserva giustamente che per misurare le trasformazioni bisogna prendere come riferimento un periodo ben delimitato. La presente analisi intende pertanto prendere come termine di riferimento quel lasso temporale che va dall’inizio degli anni Venti ad oggi, ripercorrendo le trasformazioni delle forme di intervento, diretto ed indiretto³⁰, dello Stato nell’economia, i processi di entificazione ed aziendalizzazione, l’avvento del mercato unico e la conseguente apertura dei mercati alla libera concorrenza con i relativi fenomeni di privatizzazione ed esternalizzazione³¹.

²⁹ S. Cassese, *Le privatizzazioni: arretramento o riorganizzazione dello Stato?*, cit.

³⁰ Per quel concerne gli interventi diretti ci si riferisce a quei casi in cui lo Stato si comporta da imprenditore, normalmente utilizzando lo strumento dell’impresa pubblica, di cui di tratterà più approfonditamente nella seconda parte di questo lavoro. Per quel riguarda, invece, l’intervento indiretto dello Stato nell’economia questo può presentarsi in sotto due forme, la prima caratterizzata da interventi che consistono in indirizzi, direttivi o piani; la seconda in interventi consistenti in disposizioni “condizionali”. Sul punto cfr. S. Cassese, *La nuova costituzione economica*, cit., 29.

³¹ Per un’esaustiva trattazione dei fenomeni menzionati si rinvia S. Cassese, *La nuova costituzione economica*, Bari, 2011.

1. L'affermazione del modello delle amministrazioni parallele. La nascita e lo sviluppo dei processi di entificazione e nazionalizzazione.

A partire dalla seconda metà degli anni Venti, di fronte alla necessità di modernizzare servizi ed infrastrutture, vediamo affiancarsi al modello delle aziende pubbliche in seno ai ministeri, il modello degli enti pubblici, caratterizzato dall'allocazione di funzioni chiaramente pubbliche al di fuori dell'amministrazione centrale in senso stretto³².

Comincia così a generalizzarsi quel modello di amministrazione parallela che vede il suo archetipo nel lontano 1905 con l'istituzione dell'Azienda delle Ferrovie dello Stato, prosegue con la creazione dell'Istituto Nazionale delle Assicurazioni (INA), dell'Istituto Nazionale del credito per la Cooperazione e della BNL, e perfezionatosi con la costituzione dell'IMI e dell'IRI³³.

Questo processo, che parte della dottrina³⁴ ha definito come "entificazione tecnocratica" (ad alta integrazione con gli interessi economici finanziari ed industriali privati), definisce quelli che saranno gli indirizzi di fondo dell'intervento e dello sviluppo dell'azione dello Stato per la gran parte del XX secolo.

Tale processo vede il suo vero e proprio "boom" a partire dalla seconda metà degli anni Venti, quando la fauna delle amministrazioni parallele

³² A riguardo F. Bonini osserva come "le esigenze della legalità e della uniformità amministrativa, che caratterizzano quest'ultima sono corto-circuitate da un sistema che invece premia le ragioni dell'efficienza e della produttività. Gli enti praticano un reclutamento diretto di persone più giovani, di formazione meno strettamente giuridica di quella ministeriale; è un personale meglio pagato, più collegato con gli interessi, cosicché non mancano migrazioni verso gli enti degli elementi più dinamici della carriera direttiva ministeriale"; F. Bonini, *Storia della pubblica amministrazione in Italia*, cit., 99.

³³ Per un'accurata trattazione relativa alla nascita delle prime società pubbliche ed enti pubblici cfr. S. Cassese, *La nuova costituzione economica*, cit., 12 ss.

³⁴ Così F. Bonini, *Storia della pubblica amministrazione in Italia*, cit., 98.

comincia a moltiplicarsi in maniera esponenziale. Accanto all'amministrazione centrale anche il partito fascista diventa produttore di enti, processo questo, del resto, del tutto in linea con il progetto fascista di intervento e controllo della società³⁵.

Neppure con la fine della seconda guerra mondiale e con la rinascita di una "democrazia dei partiti" il processo di "entificazione" intende arrestarsi³⁶.

Solo con l'approvazione della l. 4 dicembre 1956, n. 1404, per la "*soppressione e messa in liquidazione di enti di diritto pubblico e di altri enti sotto qualsiasi forma costituiti, soggetti a vigilanza dello Stato e comunque interessanti la finanza statale*" comincia ad intravedersi una volontà di mettere un freno alla proliferazione di enti pubblici, e di

³⁵ "Si pone così la questione politico-istituzionale del pilotaggio del sistema delle "partecipazioni statali", sviluppatosi con la logica impetuosa del dopoguerra con una forte continuità con il periodo fascista e ulteriormente rilanciato negli anni dello sviluppo : l'IRI controllava ben 135 aziende e 35 facevano capo all'ENI. Crescevano le richieste per l'uscita delle aziende pubbliche dalla Confindustria (che effettivamente si realizzerà tra la fine del 1957 e l'inizio del 1958) e le pressioni per un controllo politico sulla gestione delle stesse. Sono alcuni temi al centro del dibattito sulle partecipazioni statali, disposta con l.22 dicembre 1956, n.1589". Così . F. Bonini, *Storia della pubblica amministrazione in Italia*, cit., 133.

³⁶ F. Bonini osserva che il processo di "entificazione" si va ad inserire in quel ambiguo fenomeno di "continuità dello Stato" che caratterizza il periodo *pre e post* dittatura. "Le più incisive realizzazioni riformiste dei governi del centrismo, ed in particolare del periodo degasperiano, si situano proprio nel quadro delle iniziative per la ricostruzione e lo sviluppo, affidate ad amministrazioni di "missione" o ad enti economici. [...] L'istituzione più significativa di questa stagione di riformismo e di nuovo interventismo è la Cassa per il Mezzogiorno (Cassa per opere straordinarie di pubblico interesse nell'Italia Meridionale, istituita con legge 10 agosto 1950, n. 646". Altri enti di rilevante importanza costituiti sotto il governo della DC sono l' ENI ed il CNEN, rispettivamente con l. 10 febbraio 1953, n. 163 e l. 11 agosto 1960, n. 933. "Si pone così la questione politico-istituzionale del pilotaggio del sistema delle "partecipazioni statali", sviluppatosi con la logica impetuosa del dopoguerra con una forte continuità con il periodo fascista e ulteriormente rilanciato negli anni dello sviluppo : l'IRI controllava ben 135 aziende e 35 facevano capo all'ENI. Crescevano le richieste per l'uscita delle aziende pubbliche dalla Confindustria (che effettivamente si realizzerà tra la fine del 1957 e l'inizio del 1958) e le pressioni per un controllo politico sulla gestione delle stesse. Sono alcuni temi al centro del dibattito sulle partecipazioni statali, disposta con l.22 dicembre 1956, n.1589". Così F. Bonini, *Storia della pubblica amministrazione in Italia*, cit., 131 ss..

procedere ad un riordino degli stessi³⁷, volontà che, sebbene più volte reiterata³⁸, sortirà, alcuni effetti soltanto a partire dalla seconda metà degli anni Settanta, a dimostrazione del grande radicamento di questa realtà nella società e nella politica.

Di fronte a questa patologica proliferazione delle tipologie di enti, a cui corrisponde una diversificazione della struttura, dei poteri, delle funzioni e delle relazioni organizzative degli stessi con lo Stato, dottrina e giurisprudenza hanno ben presto compreso che non esisteva teoria alcuna in grado di spiegarne in maniera unitaria il carattere pubblico.

Al più è sembrato possibile affermare che anziché un nucleo della pubblicità, fosse rilevabile una soglia del carattere pubblico degli enti al cui superamento sarebbe connessa, per altro, una speciale disciplina applicabile a tutti, indistintamente, gli enti pubblici³⁹.

È con l'avvento del trentennio iniziato con il "boom" economico che il volto della pubblica amministrazione italiana cambia radicalmente. Si

³⁷ "Di fatto il provvedimento affida un'ampia delega al ministero del Tesoro, con l'istituzione dell'ufficio liquidazione enti pubblici, con l'obiettivo di ridurre la selva di questi ultimi. Secondo i dati elaborati da Francesca Sofia gli effetti della legge nell'arco di nove anni sono irrilevanti: soltanto 21 organismi soppressi e posti in liquidazione, su un totale di (fonte Ciriec del 1968 di 46.773)". Così F. Bonini, *Storia della pubblica amministrazione in Italia*, cit., 133.

³⁸ In particolare con la l. 20 marzo 1975, n. 70, che all'art. 4 espressamente sancisce che "nessun nuovo ente pubblico può essere costituito o riconosciuto se non per legge". Tale previsione se da un lato esclude la possibilità di attribuire in via amministrativa la personalità pubblicista, dall'altro non vieta un riconoscimento legislativo implicito, ovvero in via interpretativa, sulla base di elementi sintomatici della pubblicità. F. Caringella, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 512.

³⁹ In tal senso F. G. Scoca che rileva che "non risultando possibile, dato la varietà tipologica e la diversità di disciplina degli enti pubblici, fondare su un solo elemento il loro carattere pubblico, la dottrina e la giurisprudenza si sono andate orientando verso la considerazione cumulativa degli elementi fondanti, secondo le diverse teorie, riconducendoli per altro a meri indici rivelatori della pubblicità incidendo sulla struttura sui poteri, sulle funzioni, sulle relazioni organizzative con lo Stato". F. G. Scoca in *Diritto Amministrativo*, cit., 319 ss.,

rafforza l'intervento dello Stato nell'economia⁴⁰, i processi nazionalizzazione vedono il passaggio alla gestione statale di attività economiche, prima appartenenti a privati, in quasi tutte le aree relative ai servizi pubblici essenziali⁴¹. Intanto politiche di apertura e partecipazione cominciano a smussare il carattere autoritario ed autoritativo⁴² tipico dell'Amministrazione di inizio secolo⁴³.

⁴⁰ Per riferimenti generali sul processo in questione vedere F. Trimarchi Banfi, *Lezioni di diritto pubblico dell'economia*, Torino 2007; R. Capunzo, *Argomenti di diritto pubblico dell'economia*, Milano, 2007; F. A. Roversi Monaco, *Gli interventi pubblici in campo economico*, in L. Mazzaroli e altri (a cura di), *Diritto Amministrativo*, cit., 71 ss.; S. Cassese, *La nuova costituzione economica*, cit., 16 ss.; R. Di Raimo e C. Ricciuto (a cura di), *Impresa pubblica e intervento dello Stato nell'economia. Il contributo della giurisprudenza costituzionale*, collana *Cinquanta anni della Corte Costituzionale della Repubblica italiana*, Napoli, 2006.

⁴¹ Il processo di nazionalizzazione ha comportato il passaggio delle attività economiche appartenenti a privati alla gestione statale. La forma normalmente assunta dalle aziende erogatrici dei servizi nazionalizzati è stata quella degli *enti pubblici economici di scopo*. La teoria economica ha tradizionalmente limitato la opportunità della nazionalizzazione a quei servizi dove la gestione monopolistica permette la maggiore efficienza operativa, considerati "monopoli naturali". Questi sono in genere i servizi di rete: le ferrovie, la produzione e la distribuzione del gas, dell'acqua e della elettricità, il sistema autostradale ecc. Storicamente. Primo esempio di nazionalizzazione del nostro ordinamento ha riguardato le ferrovie, attuata già nel 1905. Sul tema cfr. G. Napolitano, *La difficile apertura dei servizi pubblici all'iniziativa economica privata*, in *Scritti in onore di Vincenzo Spagnuolo Vigorita*, Napoli, 2007, 777, il quale rileva che "[I]e procedure di nazionalizzazione previste dalla costituzione del 1948 consentono di estendere [...] il regime di riserva e di intervento pubblico diretto a tutti i settori: muovendo dal rilievo dell'insufficienza degli interventi pubblici attuati in via di vigilanza e controllo sulle imprese private, e da un impulso di rinnovamento strutturale". In questo quadro i servizi pubblici diventano uno strumento di governo pubblico dell'economia: gli enti preposti alla loro gestione costituiscono "il momento giuridico della pianificazione economica[...]"

⁴² Cin riguardo allo stemperamento dell'autoritatività ed all'apertura dei pubblici poteri verso strumenti di stampo consensuale si veda F. Liguori, *La funzione amministrativa. Aspetti di una trasformazione*, Napoli, 2010, 17 ss., F. G. Scoca, *Autorità e consenso*, in *Dir. amm.*, 2002, 03, 431; F. Trimarchi Banfi, *L'atto autoritativo*, in *Dir. amm.*, 2011, 04, 665.

⁴³ In tal senso la dottrina osserva come questo trentennio sia caratterizzato da un processo di "espansione dell'intervento pubblico, sotto l'egida della "repubblica dei partiti", con iniziative di riforma essenzialmente finalizzate all'espansione ed al costante intrattenimento del consenso, attraverso un processo decisionale "circolare", con larghe concessioni, a partire dagli anni Settanta, al finanziamento in deficit". Così F. Bonini, *Storia della pubblica amministrazione in Italia*, cit., 147 ss..

Sono proprio gli anni Sessanta a vedere alcuni dei più penetranti processi di nazionalizzazione⁴⁴ italiani: nel 1962, infatti, vengono nazionalizzate le imprese elettriche⁴⁵ che confluiscono nell' ENEL (Ente nazionale energia elettrica)⁴⁶; nello stesso anno viene istituito anche l'EFIM (Ente autonomo per la partecipazione del fondo finanziamento dell'industria meccanica)⁴⁷ e fortemente rilanciata la RAI⁴⁸, la quale già dal 1952 aveva ottenuto in esclusiva per un ventennio il servizio radiotelevisivo.

Se, da un lato si rafforzano le politiche di intervento dello Stato nell'economia, spesso a fini essenzialmente perequativi⁴⁹, dall'altro le politiche dei governi del centro-sinistra si aprono al confronto ed alla contrattazione, spinti soprattutto dalla necessità di trovare consenso ed equilibrio con le nuove forze sindacali in espansione. La programmazione diviene lo strumento per rafforzare gli investimenti pubblici nell'economia,

⁴⁴ In dottrina è stato osservato come il termine nazionalizzazione sia utilizzato in maniera impropria, dovendosi piuttosto parlare di statizzazione. In tal senso S. Cassese, *La nuova costituzione economica*, cit., 22.

⁴⁵ "Con legge 6 dicembre 1962, n. 1643, al termine di un dibattito politico molto acceso, le imprese elettriche sono nazionalizzate. Si tratta di un settore strategico per lo sviluppo e la scelta di versare alle società (e non ai singoli azionisti) indennizzi assai cospicui, non mancherà di provocare, con la costituzione della Montedison, feed-back ragguardevoli sulla vicenda politico-economica italiana". Così .F. Bonini, *Storia della pubblica amministrazione in Italia*, cit., 149.

⁴⁶ società qualificata come persona giuridica di diritto pubblico e sottoposto al controllo della Corte dei conti. Osserva F. Bonini che "si trattava di fatto di un'impresa pubblica, che avrebbe dovuto agire secondo le direttive di un comitato di ministri, vigilata dal ministero per l'Industria". F. Bonini, *Storia della pubblica amministrazione in Italia*, cit., 149.

⁴⁷ Con d.p.r. 27 gennaio 1962, n.38.

⁴⁸ Con d.p.r. 26 gennaio 1952, n. 180.

⁴⁹ Nel 1954, il ministro delle finanze del centrismo, Ezio Vanoni, definendo le linee di un "piano di sviluppo", manifesta "l'obbiettivo di accompagnare l'impetuoso sviluppo del paese e attenuare, con un adeguato intervento pubblico, le distorsioni, cosicché l'intervento pubblico potesse supplire alle carenze delle'azione privata. Questo indirizzo trova un incisivo aggiornamento e una precisa formulazione nella "Nota aggiuntiva alla relazione generale sulla situazione economica del paese del 1961", presentata dal ministro Ugo La Malfa il 22 maggio del 1962. La programmazione era indicata come lo strumento per rafforzare gli investimenti pubblici nell'economia, onde porre rimedio a maggiori squilibri ed orientare il volume e la direzione degli investimenti". Così . F. Bonini, *Storia della pubblica amministrazione in Italia*, cit., 148.

onde porre rimedio ai maggiori squilibri ed orientare il volume e la direzione degli investimenti.

Gli anni Settanta si aprono ad un processo di decentramento dei poteri amministrativi verso le regioni, a cui viene data attuazione con la l. 22 luglio 1975, n.382.

Il progressivo decentramento dei poteri provoca, soprattutto sul piano teorico, la dissoluzione di quelle concezioni stato centriche che ritenevano che la pubblicità degli enti si radicasse in un legame delle ente con lo Stato-persona⁵⁰. Si affermano, di contro, nuove teorie che, non potendo prescindere dallo stato attuale del diritto positivo, tendono a ritenere rinvenibile la natura pubblica di un ente nel rapporto sussistente tra questo e gli enti territoriali⁵¹, non più, quindi, in relazione ai legami con lo Stato-persona.

Con la creazione⁵², nel 1978, del Servizio sanitario nazionale⁵³ e delle USL (Unità Sanitarie Locali), sembra che ormai il modello degli enti pubblici sia

⁵⁰ Il carattere pubblico tende ad identificarsi con i valori della comunità sociale e dell'ordinamento generale. Sul punto si veda V. Ottaviano, *Considerazioni sugli enti pubblici strumentali*, Padova, 1959, 20 ss.

⁵¹ G. Rossi, *Gli enti pubblici*, cit., 264. Ciò sembra presupporre che gli enti pubblici siano suddivisibili in due grandi categorie: una categoria più omogenea, quella degli enti territoriali, che rivestono una particolare posizione nell'ordinamento, ed un'altra disomogenea e comprensiva di tutti gli enti pubblici non territoriali. A queste due categorie se ne potrebbe affiancare una terza, quella degli enti pubblici economici, caratterizzati dal peculiare regime giuridico a cui sono soggetti, ma ormai la pretesa categoria è in via di estinzione a seguito dei processi di privatizzazione degli ultimi decenni.

⁵² Con l. 23 dicembre 1978, n.833.

⁵³ Il disegno era quello di riuscire a coordinare in maniera organica tutte le realtà, pubbliche e private operanti nel settore. Allo Stato sarebbero rimaste solo funzioni di indirizzo generale e di allocazione delle risorse finanziarie, mentre alle regioni sarebbero state devolute funzioni legislative e di programmazione, ed ai comuni veniva affidato il compito della costituzione delle USL (unità sanitaria locale) come strutture di gestione. In tal senso F. Bonini, *Storia della pubblica amministrazione*, cit., 155.

sulla via del tramonto, a favore di una gestione tecnico aziendalistica⁵⁴. Alle USL non viene, infatti, riconosciuta alcuna personalità giuridica.

Il fenomeno della nazionalizzazione italiana, che è sinonimo di monopolio delle aziende autonome di Stato, va a collidere, ben presto, con il processo d'integrazione europea, che vuole l'apertura dei mercati alla libera concorrenza. Il primo forte monito è dato dall'intervento della Corte Costituzionale che con la sentenza n. 202/1976, dichiara incostituzionale il monopolio detenuto dall'azienda pubblica, RAI, aprendo, così il sistema televisivo all'iniziativa privata⁵⁵.

Con l'avvento degli anni Ottanta si assiste, infine, ad una drastica riduzione degli enti. Già con la l. 20 marzo 1975, n. 70, come già ricordato, si era tentato un riordinamento del settore degli enti pubblici, ma la svolta radicale sembra piuttosto dovuta ai processi di regionalizzazione, alla riforma sanitaria ed ad alcune leggi di settore, come quelle nel campo edilizio⁵⁶.

2. La liberalizzazione dei mercati e l'avvento delle privatizzazioni.

L'osservato fenomeno del decentramento amministrativo affiancato da un ulteriore processo di deconcentrazione organizzativa, porta ad una inevitabile moltiplicazione degli intrecci tra le amministrazioni ed alla proliferazione di nuove forme istituzionali, che vedranno la loro crescita

⁵⁴ Seguirono una serie di interventi fino alla scelta di "aziendalizzazione" (e di accentramento regionale) nel 1999, che tuttavia non sciogliono i nodi complessi di un disegno che resta certamente assai legato alla congiuntura culturale e politica della metà degli anni Settanta.

⁵⁵ "E la legge che regola questo risultato, l. 6 agosto 1990, n. 223, non farà, ancora una volta, che assecondare l'evoluzione dell'equilibrio politico, limitandosi a "fotografare", senza governare, un sistema ormai evoluto nella forma di "duopolio" In tal senso F. Bonini, *Storia della pubblica amministrazione*, cit., 156.

⁵⁶ In tal senso F. Bonini, *Storia della pubblica amministrazione*, cit., 157.

esponenziale tra gli anni Ottanta e Novanta, periodo caratterizzato dal passaggio da un'economia pubblica ad un'economia di mercato.

Infatti, mentre da un lato le politiche europee a tutela del mercato e della libera concorrenza impongono una velocizzazione dei processi di liberalizzazione e privatizzazione, dall'altro, la grave crisi e l'indebitamento delle imprese pubbliche rendono necessitato l'entrata di risorse private nell'economia⁵⁷.

Privatizzazione, esternalizzazione e liberalizzazione si presentano, quindi, come le chiavi per risollevare l'indebitamento pubblico.

L'intervento dello Stato nell'economia tende a ridursi, lasciando spazio ai privati. Alla "uscita" dello Stato dall'economia si accompagna la necessità di una regolazione, secondo il modello europeo della "*regulation by networks*".

Prendono così la scena nuove soggettività amministrative, caratterizzate per la loro indipendenza dal governo, e chiamate per l'appunto a "regolare" e garantire il rispetto delle regole e dei singoli mercati.

Segno della fine di un'era è la crisi del sistema delle partecipazioni statali, riconducibili alla smisurata crescita del debito pubblico, determinata in buona parte dalla gestione fallimentare delle imprese statali, a cui segue,

⁵⁷ G. Napolitano osserva che *"alla fine degli anni Ottanta [...], il sistema dei servizi pubblici appare in grave crisi, da diversi punti di vista: pesante indebitamento delle imprese pubbliche erogatrici, assenza di concorrenza e scarsa libertà di scelta degli utenti, notevoli ritardi nei processi di innovazione tecnologica e commerciale, arbitrarietà e discriminatorietà nei regimi tariffari, ridotta qualità del servizio. Le cause di tale "maladministration" sono molteplici: il ruolo discorsivo dell'ingerenza politica, l'autoreferenzialità di larga parte del management pubblico, la debolezza di incentivi e vincoli di mercato, il peso degli interessi corporativi, a cominciare da quelli dei lavoratori e dei fornitori"*. Così G. Napolitano, *La difficile apertura dei servizi pubblici all'iniziativa economica privata*, in *Scritti in onore di Vincenzo Spagnuolo Vigorita*, cit..

sotto l'egida comunitaria, l'apertura di quei mercati fino a quel momento gestiti in regime di monopolio⁵⁸.

Si apre un nuovo periodo all'insegna di massive privatizzazioni che, nell'arco degli anni Novanta, vedono investite tutte le aziende pubbliche e gli enti pubblici trasformandoli in società per azioni⁵⁹.

Il d.l. 5 dicembre 1991, n. 386⁶⁰ apre la strada alla generale possibilità della trasformazione degli enti pubblici economici nazionali in S.p.a., ma l'effettivo inizio dei processi di privatizzazione può essere identificato nella d.l. 11 luglio 1992, n. 333⁶¹ che privatizza un primo, e rilevante, gruppo di

⁵⁸ In tal senso G. Panzironi, *Impresa pubblica e organismo di diritto pubblico: un approccio non solo giuridico*, in M. A. Sandulli (a cura di), *Organismi e imprese pubbliche*, Milano, 2004, 131.

⁵⁹ Per un quadro di sintesi dei processi di privatizzazione si veda E. Casetta, *Manuale di diritto Amministrativo*, Milano, 2004, 104 ss., il quale osserva che i suddetti processi hanno interessato tre settori principali: la gestione di partecipazioni azionarie (IRI, ENI), i servizi di pubblica utilità (ENEL, Telecomunicazioni, Gas) ed il settore creditizio (Istituti di credito pubblico).

⁶⁰ Convertito con l. 29 gennaio 1992, n. 35.

⁶¹ Convertito con l. 8 agosto 1992, n. 359, che ha previsto una riforma del procedimento di "privatizzazione" disponendo la diretta trasformazione in società per azioni di I.R.I., E.N.I., I.N.A ed E.N.E.L., l'attribuzione del capitale azionario al Ministero del tesoro, l'esercizio dei diritti dell'azionista al Ministro del tesoro d'intesa con i Ministri del bilancio, dell'industria e delle partecipazioni statali. Relativamente alla privatizzazione solo formale degli enti pubblici ed al controllo amministrativo contabile della Corte dei Conti su tali soggetti così trasformati si vedano Corte Cost, 28 dicembre 1993, n. 466, *www.giurcost.org*; Cassazione civile, SS. UU., 25 maggio 2005, n. 10973, in *Giust. civ. Mass.* 2005, 5; 22 dicembre 2003, n. 19667; in *Giust. civ. Mass.* 2003, 12. Le menzionate pronunce osservano, in maniera uniforme come l'evoluzione normativa ed il processo di privatizzazione con essa realizzato rende labile la distinzione tra enti pubblici non economici ed economici. In questo quadro si deve pertanto ritenere che l'amministrazione ponga in essere attività amministrativa non solo quando eserciti pubbliche funzioni e poteri autoritativi, ma anche quando, nei limiti consentiti dall'ordinamento, persegua le proprie finalità istituzionali mediante un'attività disciplinata in tutto o in parte dal diritto privato. Quindi, ancorché in forme privatistiche, gli enti pubblici economici svolgono anch'essi attività amministrativa, debbono ritenersi conseguentemente attribuiti alla Corte dei conti i giudizi di responsabilità amministrativa (per fatti commessi dopo l'entrata in vigore dell'art. 1, ultimo comma, l. 14 gennaio 1994 n. 20) anche nei confronti di amministratori e dipendenti di enti pubblici economici, essendo irrilevante il fatto che detti enti - soggetti pubblici per definizione, istituiti per il raggiungimento di fini del pari pubblici attraverso risorse di eguale natura - perseguano le proprie finalità istituzionali mediante un'attività disciplinata in tutto o in parte dal diritto privato.

enti pubblici economici: IRI, INA, ENI ed ENEL. Il processo di privatizzazione vedrà travolgere, in meno di un decennio i più grandi servizi pubblici⁶² : il servizio ferroviario, i servizi telefonici, il servizio postale.

Come rileva autorevole dottrina *“la privatizzazione assume il significato di scelta in favore di una struttura giuridica considerata più adeguata al tipo di attività che attraverso di essa deve essere posta in essere, ma la portata della scelta va al di là dell’aspetto meramente tecnico, poiché essa implica anche la possibilità di aprire la società al capitale privato, attraverso l’ingresso di altri soci”*⁶³.

Queste trasformazione degli enti economici e delle aziende pubbliche in S.p.a. sono coerenti con la forte necessità di fare cassa attraverso la vendita del capitale azionario, e di massimizzare i profitti, sulla scorta di quelle teorie economiche che ritengono che le forze dei mercati in regime libera concorrenza portino spontaneamente alla massimizzazione delle efficienze⁶⁴.

⁶² Con delibera CIPE del 12 giugno 1992, adottata ai sensi della l. 8 agosto 1992, n.359 le Ferrovie dello Stato vengono trasformate in società per azioni. Anche l’Azienda di Stato per i servizi telefonici, che confluisce nella Telecom, società a partecipazione statale a sua volta privatizzata. Intanto le Poste S.p.a., il cui processo di cambiamento era iniziato con la trasformazione in ente pubblico economico con d. lgs 9 luglio 1998, n.283, chiudono per la prima volta il bilancio in attivo. Così F. Bonini, *Storia della pubblica amministrazione in Italia*, cit., 181.

⁶³ F. Trimarchi Banfi, *Lezioni di diritto pubblico dell’economia*, Torno 2007, 25 – 26, che con riguardo all’estensione dell’influenza politica sulla conduzione dell’attività, osserva come sia dubbio che la struttura societaria abbia l’effetto di assicurare in maniera migliore l’autonomia gestionale degli amministratori. Con riguardo, poi, alle società partecipate in maniera totalitaria o maggioritaria, osserva che i poteri dello Stato non sono meno penetranti di quelli spettanti alle autorità di governo nei confronti degli enti pubblici economici.

⁶⁴ Di contro F. Trimarchi Banfi, *Lezioni di diritto pubblico dell’economia*, Torno 2007, 25 – 26, *“Per quanto riguarda l’estensione dell’influenza politica sulla conduzione dell’attività, è dubbio che la struttura societaria abbia l’effetto di meglio assicurare l’autonomia gestionale degli amministratori. I poteri dello Stato come azionista totalitario o maggioritario – esercitati attraverso i ministri competenti – non sono meno penetranti di quelli spettavano alle autorità di governo nei confronti degli enti pubblici economici”*. A

Il d. lgs. 29 ottobre 1999, n.419, provvede ad un riordino degli enti pubblici, i ministeri vengono ridotti, molti enti pubblici trasformati in società per azioni, altri compiti vengono assegnati alla periferia.

Sembra così chiudersi definitivamente l'era del'intervento dello Stato nell'economia attraverso i modelli dell'azienda pubblica ed il monopolio di Stato, a favore di un mercato libero, aperto all'iniziativa privata ed alla concorrenza.

Tuttavia la privatizzazione è spesso solo di facciata, in quanto di per sé, *“non modifica i compiti che le leggi istitutive hanno assegnato agli enti e alle aziende, né la sostanza del loro rapporto con lo Stato il quale, in quanto azionista conserva, anche se in veste diversa, il controllo dei medesimi. [...] Per queste ragioni la privatizzazione viene di solito detta “formale”, per sottolineare che il fenomeno non investe la sostanza del rapporto tra i nuovi soggetti e lo Stato”*⁶⁵.

Giungiamo così in un frangente in cui *“[g]li apparati amministrativi si presentano ormai in una configurazione complessa, reticolare, ben lontana dalla chiara struttura piramidale, mentre si fanno meno definiti i confini e la distinzione privato/pubblico”*⁶⁶, come rileva la stessa Corte

tal riguardo è forse fondamentale verificare se contemporaneamente al processo di privatizzazione sia intervenuto anche un reale ed effettivo processo di liberalizzazione. A tal proposito M. Clarich, Privatizzazione di imprese e attività economiche, in Dig. Disc. Pubbl., XI, Torno 1996, 558 ss.; C. Amiconi, Enti pubblici e privatizzazione, il quale opera un distinguo tra privatizzazione e liberalizzazione osservando che se la *“privatizzazione con la liberalizzazione configura la mutatio accompagnata dalla liberalizzazione dell'attività prima esercitata i regime di monopolio legale al fine di pervenire al c.d. mercato concorrenziale [...] Ex adverso la privatizzazione senza liberalizzazione(mercato non concorrenziale) si configura quando la trasformazione dell'ente in società comporta un mero passaggio da un monopolio pubblico ad un monopolio privato, senza consentire che nel settore possano trovare ingresso altri operatori economici.”*

⁶⁵ Così F. F. Trimarchi Banfi, *Lezioni di diritto pubblico dell'economia*, cit. 25

⁶⁶ *“Il decentramento ha attizzato nuovi conflitti stato- regione, e tra enti locali e regioni, il personale è stato privatizzato, ma non ha mutato composizione, la dirigenza è stata precarizzata e in prospettiva di spoil system politicizzata, sia pure senza prevedere delle*

Costituzionale⁶⁷, si assiste ad uno un vero e proprio stemperamento della dicotomia tra ente pubblico e società di diritto privato⁶⁸.

3. Privatizzazione formale e sostanziale.

Gli esaminati processi di privatizzazione non hanno sempre comportato il concreto passaggio da una gestione pubblica ad una privata, anzi, molto spesso, l'impiego di strumenti di stampo privatistico, ritenuti più efficaci, efficienti ed economici di quelli tradizionali è stato, ed è, utilizzato dai pubblici poteri solo ed esclusivamente per forzare le maglie della legalità,

garanzie di controllo che caratterizzano altri ordinamenti , come le procedure by and with the consent and advice americane, o il sistema di bandi riservati". così F. Bonini, *Storia della pubblica amministrazione in Italia*, cit. 168 e 182.

⁶⁷ Corte Costituzionale, 28 dicembre 1993, n. 466, www.giurcost.org , la quale osserva che *"sul piano della individuazione dei soggetti sottoposti al controllo, si può anche ricordare come la stessa dicotomia tra ente pubblico e società di diritto privato si sia andata, di recente, tanto in sede normativa che giurisprudenziale, sempre più stemperando: e questo in relazione, da un lato, all'impiego crescente dello strumento della società per azioni per il perseguimento di finalità di interesse pubblico (c. ad es., L. 5 marzo 1982 n. 63; L. 19 dicembre 1983, n. 700; L. 22 dicembre 1984, n. 887, art. 18, nono comma; L. 8 giugno 1990 n. 142, art. 22); dall'altro, agli in dirizzi emersi in sede di normazione comunitaria, favorevoli all'adozione di una nozione sostanziale di impresa pubblica (art.2 direttiva CEE n. 80/723, in tema di trasparenza delle relazioni finanziarie tra gli Stati membri e le loro imprese pubbliche; art. 1 direttiva CEE n. 90/531, in tema di procedure di appalto degli enti erogatori di servizi)".*

Tale stemperamento è riscontrabile nel crescente impiego della società per azioni per perseguire finalità di interesse pubblico; dall'adozione a livello comunitario di una nozione sostanziale d'impresa pubblica; nonché dall'accertata possibilità di individuare nelle nuove società per azioni derivate dalla privatizzazione di enti pubblici connotazioni proprie della loro originaria natura pubblica, in tal senso F. Capalbo, *La privatizzazione di enti pubblici dopo la legge 178/2002*, in www.giustamm.it.

⁶⁸ È stato autorevolmente sottolineato come *" l'ampliamento dell'ambito di diritto privato sia fenomeno più apparente che effettivo proprio perché alla privatizzazione dei soggetti si è accompagnata la pubblicizzazione di vari profili dell'attività degli stessi e degli altri operatori del relativo settore. [...] Il concetto di pubblicità ha ulteriormente accentuato la sua relatività, nel senso che essa non solo può riguardare alcuni aspetti e non altri dell'ente pubblico, ma altresì che può riguardare direttamente anche l'attività di persone private"*, così P. Stella Richter, *Dall'ente pubblico all'ente a legittimazione democratica necessaria*, in *Foro amm.*, 2002, 3299 ss.

sottraendo determinate attività all'applicazione del regime di diritto amministrativo proprio degli enti pubblici⁶⁹.

Può, infatti, tanto accadere che i processi di privatizzazione riguardino la reale trasformazione della natura del soggetto economico, con un effettivo conseguente mutamento dell'assetto proprietario, quanto che si limitino, invece, alla mera applicazione di regole di mercato all'attività di impresa⁷⁰.

⁶⁹ In tal senso R. Dipace, *I privati e il procedimento amministrativo*, in M. A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2011, 179; di contro N. Irti, *Economia di mercato e interesse pubblico*, in *Riv Trim.*, 200, II, 435 ss. il quale afferma "la conversione non è un semplice mutar d'abito, perché la forma della società per azioni – la forma per eccellenza del capitalismo occidentale – trae con se l'applicazione di una diversa disciplina giuridica". Com'è stato autorevolmente rilevato definire con certezza se si tratta di soggetti solo formalmente privati, o viceversa di enti sostanzialmente è di fondamentale importanza al fine della individuazione tanto della disciplina sostanziale che processuale applicabile. Le ripercussioni nella pratica, infatti, sono di enorme rilievo. In tal senso F. Capalbo, *La privatizzazione di enti pubblici dopo la legge 178/2002*, cit.. Il profilo più critico inerisce senza dubbio alla difficile riconducibilità degli atti posti in essere da soggetti anche solo formalmente privati all'alveo degli atti amministrativi, con le dovute conseguenze in punto di impugnabilità e di tutela. Ma le criticità non si fermano qui, come ad esempio rileva il Consiglio di Stato (sez. IV, 10 agosto 2000, n. 4454, in *Foro Amm.*, 2000, 2638, s.m.), "[a]i sensi dell'art. 1 d.l. 6 maggio 1994 n. 269, la trasformazione di enti pubblici economici in S.p.a. determina la privatizzazione del rapporto di impiego del personale, che opera immediatamente solo in mancanza di una norma transitoria"; ancora il Tribunale di Genova (26 maggio 2000, in *Lav. nelle p.a.*, 2000, 928) rileva come "[c]on la privatizzazione del rapporto del pubblico impiego la p.a. agisce con i poteri e la capacità del privato datore di lavoro, pertanto è da escludere che residui in capo ad essa un potere di autotutela consistente nella revoca di atto di gestione del personale per esigenze pubbliche"; ancora il T.A.R. Campania (sez. I, Napoli, 3 aprile 2000, n. 904, in *Foro Amm.*, 2000, 2375) osserva come "L'organizzazione dei servizi pubblici locali mediante l'affidamento ad aziende speciali, nell'ambito della legge 142/90, non realizza una privatizzazione reale ed una dequalificazione dell'attività ad attività d'impresa; pertanto, quando tali aziende speciali agiscano come stazioni appaltanti, il rapporto con i terzi può assumere connotati pubblicistici ed esse possono ritenersi rientranti nel novero delle imprese pubbliche soggette alla disciplina del d.lgs. n. 158/1995, con la conseguenza che sussiste la giurisdizione del giudice amministrativo sugli atti di gara adottati".

⁷⁰ In tal senso Così M. Francesca, *Privatizzazione strutturale e funzione pubblica*, in Di Raimo e C. Ricciuto (a cura di), *Impresa pubblica e intervento dello Stato nell'economia. Il contributo della giurisprudenza costituzionale.*, cit., 174. Questa impostazione è peraltro ampiamente accolta in dottrina : c., tra gli altri, P.G. Jaeger, *Problemi attuali delle privatizzazioni in Italia*, in *Giur. Comm.*, 1992, I, 990 s.; M. Clarich, *Privatizzazione di imprese ed attività economiche*, cit., 558 ss.; F. Bonelli e M. Roli, *Privatizzazioni*, in *Enc. Giur.*, IV, Aggiornamento, Milano 2000, 994 ss.; M. Clarich e A. Pisaneschi, *Privatizzazioni*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, Aggiornamento, Torino 2000, 432 ss.; C. Ibba, *La*

Mentre nel primo caso siamo in presenza di quel fenomeno comunemente conosciuto come privatizzazione sostanziale, nel secondo caso, invece, si tratta della non rara ipotesi di privatizzazione solo formale⁷¹.

Entrambi i processi sono, comunque, necessariamente caratterizzati, da una privatizzazione soggettiva, ovvero strutturale, incidente sulla natura del soggetto economico, a cui dovrebbe, poi, seguire un intervento diretto alla modifica dell'assetto proprietario dell'impresa, più o meno penetrante. Il condizionale è d'obbligo dal momento che il completo assorbimento da parte del mercato della partecipazione pubblica non può essere considerato un evento certo⁷². A riguardo il d.l. n. 386, del 5 dicembre 1991, prevede espressamente la possibilità della dismissione delle partecipazioni statali, ma la misura in cui la stessa sia destinata a realizzarsi non è stabilita.

tipologia delle privatizzazioni, cit., 464 ss.; A. Pavone La Rosa, La costituzione di società per azioni nelle procedure di privatizzazione, in Giur. comm., 2003, I, 5. Sul punto si veda altresì C. Ibba, La tipologia delle privatizzazioni, in Giur. comm., 2001, 464 ss. il quale osserva che di "privatizzazioni può parlarsi con riferimento a (molti) fenomeni diversi; se ne può parlare addirittura con riferimento a fenomeni non solo diversi, ma contrapposti (quando sulla stampa leggiamo di "municipalizzate scatenate" che "si lanciano su telecomunicazioni, luce, gas, acqua", viene da pensare che la così detta privatizzazione assomigli molto più ad una pubblicizzazione, perché nella sostanza corrisponde ad un'espansione - e non ad una contrazione- della presenza pubblica nella gestione di attività produttive)".

⁷¹ *"Com'è noto nell'ordinamento italiano si contendono due opposte tendenze: quella delle false privatizzazioni, delle privatizzazioni soltanto formali originarie dall'intento del legislatore di conservare poteri pubblicistici in mano ad organi politici o indirettamente politicizzati oppure dall'intento di aggirare prescrizioni comunitarie, e quello sostanzialistico della formazione comunitaria inteso ad applicare il diritto amministrativo ad ogni struttura che appaia pubblica sulla base di indici sostanziali, non in generale, ma settore per settore (negli appalti, negli aiuti di stato, nella finanza pubblica, ecc.)" così F. Merusi, Sentieri interrotti della legalità. La decostruzione del diritto amministrativo, cit., 178.*

⁷² *Sul punto M. Francesca, Società miste per la gestione dei servizi pubblici locali e regole di mercato: prime riflessioni, cit., 17, che a sua volta richiama M. T. Cirenei, Le società per azioni a partecipazione pubblica, in Trattato delle S.p.a. Colombo e portale 8, Torino 1992, 73, la quale rileva che "la scelta della cessione o meno ai privati è legata alla necessità di contemperare, nei limiti dell'autosufficienza, l'interesse generale con le esigenze della società. Nel sistema della legge se è fisiologica la cessione ai privati di partecipazioni negli enti trasformati, la perdita della partecipazione di controllo da parte dello Stato è disciplinato come evento di particolare gravità".*

Sul punto autorevole dottrina⁷³ osserva che l'iniziativa economica pubblica non sia coperta da alcuna garanzia Costituzionale, dovendosi ritenere che l'art. 41 Cost. riconosca solo quella privata e che quindi nessun limite sia posto alla privatizzazione delle imprese in mano pubblica.

Parte della dottrina⁷⁴ rileva ancora, che al più l'impresa pubblica potrebbe trovare una garanzia Costituzionale solo entro i limiti di quanto previsto dell'art. 43 Cost., norma a cui sembrerebbe possibile ricondurre addirittura la stessa legittimità costituzionale delle partecipazioni statali⁷⁵.

La dismissione delle partecipazioni incide direttamente con riguardo ai poteri di indirizzo e gestione dell'attività sociale. Questi, infatti, permangono nelle mani dei pubblici poteri fino a quando la cessione delle azioni non vada ad intaccare la posizione dell'azionista pubblico come socio di controllo. Tuttavia la presenza di azionisti privati potrebbe comunque avere conseguenze per la conduzione dell'attività, in relazione soprattutto all'attesa di dividendi da parte dei privati investitori, nonché,

⁷³ Si veda G. C. Spattini, *Poteri pubblici dopo la privatizzazione. Saggio di diritto amministrativo dell'economia*, Torino 2006, 121 ss., il quale richiama ritiene che se le attività economiche possono presentarsi tanto pubbliche quanto private, la libertà di iniziativa economica, sancita dall'art. 41 Cost., è solo privata, mentre l'iniziativa economica pubblica è priva di qualunque garanzia costituzionale. Lo stesso autore richiama in dottrina, tra gli altri, G. Di Gaspare, *Diritto dell'economia e dinamiche istituzionali*, Milano, 2003, 87. Di contro si veda F. A. Roversi Monaco, *Gli interventi pubblici in campo economico*, in *Diritto Amministrativo*, L. Mazzaroli e altri (a cura di) cit., II, 97 ss. che sostiene che l'art. 41 Cost. non farebbe alcuna distinzione tra attività privata e pubblica.

⁷⁴ Si veda G. C. Spattini, *Poteri pubblici dopo la privatizzazione. Saggio di diritto amministrativo dell'economia*, Torino 2006, 121.

⁷⁵ La dottrina più risalente ha autorevolmente osservato l'art. 43 Cost. darebbe fondamento Costituzionale ad una sola delle forme autoritative di intervento dello Stato nell'economia, quello dell'azienda pubblica operante in regime di monopolio, ritenendo il sistema delle partecipazioni statali, e quindi il modello dello stato imprenditore in regime di concorrenza, molto più configgente con lo spirito della Costituzione rispetto al modello della gestione monopolistica, considerando il sistema delle partecipazioni alla stregua di una gestione pubblica occulta, atta a creare un regime di concorrenza solo apparente, in contrasto con le garanzie assicurate dall'art. 43 Cost., e quindi con la libertà di iniziativa economica privata sancita dall'art. 41 Cost.. Così A. di Majo, *L'avocazione delle attività economiche alla gestione pubblica o sociale*, in *Trattato di diritto commerciale Galgano*, I, Padova 1977, 434.

nella prospettiva di collocare sul mercato ulteriori quote di società, l'azionista pubblico potrebbe essere spinto a seguire un indirizzo che renda appetibile l'acquisto delle stesse, magari proprio destinando alla distribuzioni di utili le risorse che avrebbero potuto proficuamente essere reinvestite per autofinanziare la stessa società⁷⁶.

Per distinguere, in seno ai fenomeni di privatizzazione, le ipotesi di privatizzazione sostanziale da quella solo formale, sembra necessario rintracciare quale sia quel punto di non ritorno che segni l'effettivo e definitivo passaggio dell'ente da soggetto pubblico a soggetto privato e che produca, quindi, un sostanziale mutamento delle regole organizzative e di gestione dell'impresa.

Come è stato autorevolmente affermato suddetta operazione non sembra essere affatto palese dal momento che *“il processo di privatizzazione non si mostra in ogni caso di per sé sufficiente a determinare la diretta applicazione di regole privatistiche e che anzi esso, assai spesso, mostra la corda proprio in sede di osservazione della disciplina conseguentemente applicabile”*⁷⁷.

Sul punto è intervenuta la Corte Costituzionale⁷⁸, in tema di legittimità del controllo amministrativo contabile sulle nuove società nascenti dal processo

⁷⁶ In tal senso F. Trimarchi Banfi, *Lezioni di diritto pubblico dell'economia*, cit., 26.

⁷⁷ Così M. Francesca, *Privatizzazione strutturale e funzione pubblica*, in *Impresa pubblica e intervento dello Stato nell'economia*, cit., 174. L'autrice osserva come tali difficoltà siano del tutto confermate dalle non rare ipotesi in cui vengano qualificati come privatizzazioni strutturali quei mutamenti diretti esclusivamente al fine di realizzare un cambiamento del modello di gestione pubblica.

⁷⁸ La Corte Costituzionale (pronuncia n. 466 del 28 dicembre 1993, cit.), richiamata la normativa comunitaria in materia di impresa pubblica, osserva come *“sul piano della individuazione dei soggetti sottoposti al controllo, si può anche ricordare come tra ente pubblico e società di diritto privato si sia andata, di recente, tanto in sede normativa che giurisprudenziale, sempre più stemperando: e questo in relazione, da un lato, all'impiego crescente dello strumento della società per azioni per il perseguimento di finalità di interesse pubblico (c. ad es., L. 5 marzo la stessa dicotomia 1982 n. 63; L. 19 dicembre 1983, n. 700; L. 22 dicembre 1984, n. 887, art. 18, nono comma; L. 8 giugno 1990 n. 142, art. 22); dall'altro, agli indirizzi emersi in sede di normazione comunitaria, favorevoli*

di privatizzazione, invitando a superare criteri meramente strutturali qualora sia chiaro che nonostante il mutamento della natura giuridica del soggetto gestore non vi sia alcun mutamento della funzione pubblica dell'attività dell'impresa gestita.

Quindi, come ha giustamente osservato parte della dottrina⁷⁹ si dovrebbe più correttamente parlare di privatizzazione solo a seguito del completo assorbimento della partecipazione pubblica da parte del mercato, dal momento che la necessità dell'applicazione di regole organizzative di tipo pubblicistico sembrano giustificate, in virtù del controllo pubblico totalitario o di minoranza esercitato sulla società, tanto nel caso della mera trasformazione del soggetto, quanto *medio tempore* in pendenza del processo di privatizzazione⁸⁰. In entrambi i casi, infatti, il soggetto giuridico trasformato, o in trasformazione, non potrebbe dirsi altresì privatizzato⁸¹. Solo una volta che i pubblici poteri abbiano effettivamente perso, a seguito della cessione delle partecipazioni, il controllo della società, e con esso il potere di indirizzo dell'attività, si potrebbe, a ragion veduta, parlare di "dismissione" del compito che l'ordinamento aveva assegnato allo Stato e

all'adozione di una nozione sostanziale di impresa pubblica (art.2 direttiva CEE n. 80/723, in tema di trasparenza delle relazioni finanziarie tra gli Stati membri e le loro imprese pubbliche; art. 1 direttiva CEE n. 90/531, in tema di procedure di appalto degli enti erogatori di servizi)".

⁷⁹ M. Francesca, *Privatizzazione strutturale e funzione pubblica*, in *Impresa pubblica e intervento dello Stato nell'economia*, cit., 176, che precisa come "[l]a mera trasformazione strutturale o formale dell'ente economico, si diceva, non si mostra mai riconducibile nelle linee della privatizzazione atteso che le regole organizzative non si distaccano da quelle proprie dell'ente pubblico economico. Esse, più chiaramente, risentono della funzione assolta dall'ente originario e altresì impressa a quello derivato".

⁸⁰ Critici, tra gli altri, S. Cassese, *Le privatizzazioni arretramento o riorganizzazione dello Stato?*, in G. Marasà (a cura di), *Profili giuridici delle privatizzazioni*, Torino 1998, 9 ss.; G. Marasà, *Il punto sulle privatizzazioni in campo societario*, in *Studium Juris*, 1998, 1317 ss.

⁸¹ M. Francesca, *Privatizzazione strutturale e funzione pubblica*, cit., 176. L'autrice fa riferimento, in particolare, al caso degli enti previdenziali (precipuamente all' ENPAV), alla cui trasformazione in associazioni non ha fatto seguito una sostanziale modifica del regime giuridico, soprattutto per quel che concerne l'obbligo di iscrizione. Sul punto si è pronunciata la Corte Costituzionale 18 luglio 1997, n. 248, in *Giur. cost.*, 1997, 2334.

per il quale esso si avvaleva, prima, dell'ente pubblico economico, e, poi, della società privatizzata derivante dalla trasformazione⁸².

Alla luce della giurisprudenza Costituzionale⁸³, pronunciatasi relativamente alla privatizzazione di alcuni enti previdenziali la cui trasformazione non ha comportato alcuna sostanziale modifica del regime giuridico previgente, è possibile sostenere che il mutamento formale e l'autonomia organizzativa, contabile e amministrativa acquistata dall'ente perdano rilevanza di fronte alla continuità, in capo al soggetto privatizzato, della funzione pubblica. Proprio tale continuità legittimerebbe, infatti, l'esistenza di un articolato sistema di poteri ministeriali di controllo e d'intervento sugli organi di amministrazione e sui bilanci.

Secondo una tale interpretazione sembrerebbe giusto ammettere che, a seguito dei processi di privatizzazione, la disciplina giuridica applicabile non possa dipendere meramente dalla natura formale assunta dal soggetto,

⁸² In tal senso F. Trimarchi Banfi, *Lezioni di diritto pubblico dell'economia*, cit., 26 – 27, che, in oltre, rileva come *“la legge consente la cessione delle partecipazioni azionarie dello Stato, anche in misura che faccia perdere il controllo della società, ma dispone che le relative decisioni siano assunte con il concorso delle Camere (art. 1, co. 9, d.l. n. 386/1991). La legge dispone anche altre cautele: se le società per azioni hanno preso il posto di enti pubblici che operavano in condizioni di monopolio nei settori dei servizi di pubblica utilità, il controllo pubblico dovrà essere conservato fino a quando nei relativi mercati non siano create condizioni che evitino il rischio di abusi da parte del monopolista privato. Per questo la legge prevede che nei casi suddetti “le dimissioni delle partecipazioni azionarie [...] sono subordinate alla creazione di organismi indipendenti per la regolazione delle tariffe ed al controllo della qualità dei servizi di rilevante interesse pubblico (art. 1 bis, d.l.332/1994). La funzione del monopolio pubblico, in quanto concepita come correttivo alle disfunzioni del monopolio privato, non ha più ragion d'essere solo se, contemporaneamente si attua il regime di regolazione del mercato”*. Con riguardo al problema relativo alla transizione dallo c.d. Stato proprietario/gestore delle attività produttive al c.d. Stato regolatore si veda G. C. Spattini, *Poteri pubblici dopo la privatizzazione. Saggio di diritto amministrativo dell'economia*, cit., 127 ss..

⁸³ Corte Costituzionale, 18 luglio 1997, n. 248, in *Giur. cost.*, 1997, 2334, pronuncia in cui la Corte, con riguardo alla privatizzazione dell' Ente nazionale di previdenza ed assistenza per i veterinari (Enpav), ha negato la rilevanza del mutamento strutturale, dal momento che questo non intaccherebbe *“la continuità della collocazione dell'ente nel sistema, come centro d'imputazione dei rapporti e soprattutto come soggetto preposto a svolgere le attività previdenziali ed assistenziali in atto”*.

essendo piuttosto necessario valutare quali norme siano in concreto compatibili con la funzione svolta dall'ente.

Neppure, però, di fronte ad una completa dismissione delle partecipazioni pubbliche, le criticità sembrano stemperarsi. Infatti, alla luce dell'art. 2, d.l. n. 332, del 31 maggio 1994, è possibile che gli atti prodromi alla perdita del controllo statale, diretto o indiretto, sulle società privatizzate, siano preceduti dall'inserimento negli statuti delle stesse di clausole atte a riservare allo Stato alcuni poteri speciali, diretti ad assicurare il controllo su decisioni di particolare rilevanza per l'attività sociale, quali poteri di gradimento riguardo alle modificazioni delle compagini sociali di una certa entità e poteri di veto sulle delibere di particolare importanza per l'attività sociale o che dispongano lo scioglimento della società.

Si parla al riguardo di "golden share"⁸⁴, ovvero di "azione d'oro", perché l'azionista che ne è provvisto diviene titolare di poteri che non sono proporzionati all'entità delle partecipazioni detenute, anzi con riguardo ai poteri speciali attribuiti allo Stato, questi restano fermi anche qualora lo stesso non sia più azionista, a seguito dell'ormai contemplata dismissione azionaria⁸⁵.

⁸⁴ Sul tema relativo alle "golden share" si veda G. C. Spattini, *Poteri pubblici dopo la privatizzazione. Saggio di diritto amministrativo dell'economia*, cit.; G. C. Spattini, *La "golden share" "all'italiana" finalmente "presa sul serio" dalla Corte di Giustizia? La nuova (e forse perplessa) condanna della "Grundnorm" delle privatizzazioni "sostanziali"*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2009, 06, 1599; M. Carbone, *Golden share e fondi sovrani: lo Stato nelle imprese tra libertà comunitarie e diritto statale*, in *Dir. comm. internaz.*, 2009, 03, 503; I. Demuro, *La necessaria oggettività per l'esercizio dei poteri previsti dalla golden share.*, in *Giur. comm.*, 2009, 4, 640; G. C. Spattini *"Vere" e "false" "golden shares" nella giurisprudenza comunitaria. La "deriva sostanzialista" della Corte di Giustizia, ovvero il "formalismo" del principio della "natura della cosa": il caso Volkswagen, e altro ...*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2008, 01, 303; F. Santanastaso Postilla, *La saga "della golden share" tra libertà di movimento di capitali e libertà di stabilimento*; in *Giur. comm.*, 2007, 03, 302; S. De Vido, *La recente giurisprudenza comunitaria in materia di golden shares: violazione delle norme sulla libera circolazione dei capitali o sul diritto di stabilimento?*, in *Dir. comm. Internaz.*, 2007, 04, 861.

⁸⁵ F. Trimarchi Banfi, *Lezioni di diritto pubblico dell'economia*, cit., 27.

Attraverso tale previsione, è quindi possibile che anche qualora lo Stato sia un semplice azionista di minoranza, o non sia più azionista, perché abbia dismesso totalmente il proprio pacchetto azionario, questo possa continuare a detenere poteri di controllo ed indirizzo delle società medesime.

In pratica, siffatta disciplina permette di sottoporre le società privatizzate a poteri di direzione esterni. La *ratio* ivi sottesa sembrerebbe connessa ad esigenze di cautela rispetto a particolari scelte di politica economica che sopravvivrebbero anche a seguito della rinuncia da parte dello Stato alla sua posizione di azionista di controllo⁸⁶.

Alla luce delle considerazioni effettuate è possibile osservare come, non diversamente dalle ipotesi di privatizzazione formale, tali soggetti siano comunque regolati da discipline in parte difformi, e non facilmente compatibili, con quella propria delle S.p.a..⁸⁷

Con riguardo alle incertezze derivanti dal raffronto tra gestione pubblicistica e privatistica dell'attività d'impresa, la giurisprudenza Costituzionale fornisce una risposta convincente con riguardo ai poteri di controllo rimessi Corte dei Conti, che legittimamente permangono fin quando l'impresa continui a gestire denaro pubblico⁸⁸, dal momento che “la

⁸⁶ F. Trimarchi Banfi, *Lezioni di diritto pubblico dell'economia*, cit., 27.

⁸⁷ In tal senso M. Francesca, *Privatizzazione strutturale e funzione pubblica*, in *Impresa pubblica e intervento dello Stato nell'economia. Il contributo della giurisprudenza costituzionale*, cit., 178.

⁸⁸ La tematica relativa alla legittimità dei poteri di rendicontazione giudiziaria rimessi alla Corte dei Conti nei confronti di società in mano pubblica è stata compiutamente affrontata in una risalente pronuncia (Corte Costituzionale, 21 maggio 1975, n. 114 m in www.giuricost.org) dove viene in rilievo la necessità del controllo ogni qual volta vi sia gestione di mezzi di provenienza pubblica. In particolare osserva La Corte che è “È principio generale del nostro ordinamento che il pubblico denaro proveniente dalla generalità dei contribuenti e destinato al soddisfacimento dei pubblici bisogni debba essere assoggettato alla garanzia costituzionale della correttezza della sua gestione, garanzia che si attua con lo strumento del rendiconto giudiziale. Requisito indispensabile del giudizio sul conto è quello della necessità in virtù del quale a nessun ente gestore di mezzi di provenienza pubblica e a nessun agente contabile che abbia comunque maneggio di denaro e valori di proprietà dell'ente è consentito sottrarsi a questo

*semplice trasformazione degli enti pubblici economici di cui all'art. 15 della legge n. 359 del 1992 non può essere, infatti, ritenuto motivo sufficiente a determinare l'estinzione del controllo di cui all'art. 12 della legge n.259 del 1958, fino a quando permanga inalterato nella sostanza l'apporto finanziario dello Stato alla struttura economica dei nuovi soggetti, cioè fino a quando lo Stato conservi nella propria disponibilità la gestione economica delle nuove società mediante una partecipazione esclusiva o prevalente al capitale azionario delle stesse*⁸⁹.

Sembra quindi che il limite all'operatività del controllo venga rintracciato nell'effettiva dismissione delle quote azionarie in mano pubblica e nell'uscita *“delle società derivate dalla sfera della finanza pubblica”*⁹⁰, potendo ritenere che solo in queste ipotesi, mezzi propri utilizzati dalla società siano di natura privata.

Attentamente la dottrina osserva che solo in prima battuta potrebbe giungersi alla conclusione che se nelle ipotesi della privatizzazione formale ciò che rileva è il fine perseguito, in quella sostanziale assumono un ruolo centrale i mezzi finanziari utilizzati. Infatti, a ben vedere, la Suprema corte Costituzionale, *“lungi dal creare differenze tra le due ipotesi, utilizza due differenti percorsi argomentativi per raggiungere il medesimo scopo. È noto infatti che il capitale proprio non è la principale fonte di finanziamento di una S.p.a. di diritto comune. Il problema centrale non è*

fondamentale dovere. Se la giurisdizione contabile non avesse tale carattere non potrebbe assolvere alla sua obbiettiva funzione di garanzia ed è per questo che nel nostro sistema l'obbligo del rendiconto giudiziale (salvo deroghe temporanee ed eccezionali per i conti consuntivi degli enti locali tassativamente disposte con leggi per il periodo bellico e post-bellico fino alle gestioni relative all'esercizio finanziario 1953) ha trovato costante applicazione”.

⁸⁹ Corte Costituzionale, 21 maggio 1975, n. 114m in www.giuricost.org.

⁹⁰ Secondo la già citata pronuncia della Corte Costituzionale 466/1993 *“[i]l controllo in questione verrà, invece, a perdere la propria ragione d'essere, legata alla sua specifica funzione, nel momento in cui il processo di "privatizzazione", attraverso l'effettiva "dismissione" delle quote azionarie in mano pubblica, avrà assunto connotati sostanziali, tali da determinare l'uscita delle società derivate dalla sfera della finanza pubblica”.*

cioè quello del capitale pubblico ma la presenza in se dell'ente pubblico che con la sua partecipazione (anche finanziaria) alla S.p.a. conforma il fine sociale."⁹¹.

Quindi dal momento che il controllo della Corte dei Conti trova il suo fondamento nella gestione di denaro pubblico da parte della società trasformata, la giurisprudenza Costituzionale sembra suggerire soluzioni ben più complesse, collegate semmai al rilievo organizzativo espresso dalla partecipazione pubblica al capitale sociale⁹².

L'impiego di fondi pubblici si riflette, infatti, nella modalità di gestione indirizzata al perseguimento di fini pubblici, a prescindere, dunque, dalla distinzione tra privatizzazione sostanziale e formale. Anche alla luce della citata della giurisprudenza Costituzionale, il punto di non ritorno, in relazione al quale sembra potersi parlare a ragion veduta reale trasformazione di soggetto da pubblico a privato, appare ravvisabile nella circostanza del completo assorbimento da parte del mercato della

⁹¹ M. Francesca, *Privatizzazione strutturale e funzione pubblica*, in *Impresa pubblica e intervento dello Stato nell'economia. Il contributo della giurisprudenza costituzionale*, cit., 179.

⁹² Sul punto ancora la citata pronuncia Costituzionale n. 466/1993, relativamente al controllo esercitato dalla Corte dei conti, afferma che si tratti, in sostanza, di rimettere al giudizio del parlamento l'attività svolta da questi enti: si tratterebbe in questo senso di garanzia in ordine alla partecipazione democratica. In tal senso M. Francesca, *Privatizzazione strutturale e funzione pubblica*, in *Impresa pubblica e intervento dello Stato nell'economia. Il contributo della giurisprudenza costituzionale*, cit., 179, la quale richiama a tal proposito P. Stella Richter, *Dall'ente pubblico all'ente a legittimazione necessaria*, cit., p. 3299 ss., dottrina che propone la nomenclatura "di ente a legittimazione democratica (diretta o indiretta) necessaria" spiegando che "L'evoluzione dell'ordinamento ha progressivamente fatto emerge, accanto alla garanzia della libertà dei cittadini, l'esigenza di rispetto altresì alla loro sostanziale uguaglianza nei confronti di interventi ampliativi della sfera privata attuati con risorse della collettività; e tuttavia non è venuto meno il ruolo del diritto amministrativo come strumento di garanzia che deve conservare una sua diversità proprio perché diverso ne è l'oggetto e diverse sono le esigenze che deve soddisfare. Tali esigenze sono ancora quelle della legalità e della tipicità degli atti nelle ipotesi di interventi ablatori, come si ricava soprattutto dall'art. 23 della Costituzione, ma sono altresì e su un piano più generale quella della necessaria democraticità degli organismi cui viene attribuito il potere di disporre discrezionalmente delle risorse della collettività".

partecipazione pubblica. Soltanto in questa ipotesi il controllo di tipo gestionale realizzato dalla Carte dei Conti potrebbe cessare e, a questo punto, la società potrebbe dirsi in concreto privatizzata.

Argomentando *a contrario*, c'è chi⁹³ sostiene che nelle restanti ipotesi le società trasformate costituiscano, fino a totale dismissione della partecipazione pubblica, degli enti pubblici a tutti gli effetti, dal momento che la connotazione assunta dalle società derivate non sembra diversa da quella originaria, in base alla assimilabilità della funzione pubblica e del servizio pubblico offerto.

Alla stregua di un tale assunto, la dottrina tradizionale⁹⁴ ha espresso la necessità di individuare indici sintomatici della pubblicità al fine di poter tentare di distinguere gli enti pubblici da quei sempre più numerosi soggetti privati preposti all'espletamento di compiti di spiccata valenza pubblicistica⁹⁵, posto che, sebbene non sia possibile ritenere che sussista una disciplina tipica uniforme per tutti gli enti pubblici, è possibile affermare che la presenza di particolari regimi giuridici possa essere rivelatrice della natura pubblica degli stessi⁹⁶.

Le conclusioni proposte non appaiono pienamente condivisibili dal momento che tendono a ricondurre a quelle rigide categorie giuridiche di stampo formalistico le nuove e multiformi realtà figlie degli esaminati

⁹³ In tal senso M. Francesca, *Privatizzazione strutturale e funzione pubblica*, in *Impresa pubblica e intervento dello Stato nell'economia. Il contributo della giurisprudenza costituzionale*, cit., 180.

⁹⁴ Cfr. F. G. Scoca, *Le amministrazioni come operatori giuridici*, cit., 324 ss.

⁹⁵ Ci si riferisce soprattutto a società per azioni, società di diritto speciale e ai concessionari di opere e servizi pubblici figure che saranno approfondite in seguito.

⁹⁶ Si pensi alle disposizioni relative al patrimonio indisponibile (artt. 828 ss. c.c.), alla sottrazione al fallimento (art. 2221 c.c.), alla nomina di amministratori e sindaci nella società (artt. 2458 e 2459 c.c.), alla natura del rapporto di lavoro (impiego pubblico o lavoro privato), oppure alla consistenza dei poteri dello Stato/enti territoriali sugli organi e gli atti dell'ente.

processi di trasformazione, correttamente inquadrabili solo attraverso nozioni di stampo funzionale⁹⁷.

Invero, quelle società coinvolte in processi di privatizzazione non del tutto portate a compimento, possono essere correttamente qualificabili (a seconda del grado di pubblicità della struttura e della funzionalizzazione dell'attività posta in essere) solo in termini di impresa pubblica o organismo di diritto pubblico, figure di origine comunitaria, entrambe di stampo funzionale, nessuna delle due sovrapponibili alla nozione formale di ente pubblico, come osserva, con rammarico, autorevole dottrina⁹⁸, e sulle quali ci si soffermerà ampiamente nel prosieguo di questo lavoro.

4. Le persone giuridiche private di rilievo pubblicistico.

Il processo di ibridazione dell'apparato amministrativo e la tendenza all'esternalizzazione di prerogative tipicamente pubbliche verso soggetti privati è confermata, a livello normativo, dalle modifiche apportate dal legislatore, soprattutto con gli interventi del 2005⁹⁹, che ha esteso il rispetto di principi e regole tipicamente pubblicistiche anche a soggetti formalmente privati.

L'introduzione dell'art. 1 *ter* ha, infatti, sensibilmente ampliato l'ambito di applicazione della legge n. 241 del 1990, dimostrando come lo Stato (nel senso di amministrazioni statali) e gli enti pubblici non siano più gli unici

⁹⁷ Altra cosa sarebbe ritenere che per che le società per azioni a cui la legge (come nel caso dell'Agecontrol), o la giurisprudenza (come per la SIAE; discussa è invece la natura della RAI) attribuiscono natura pubblica, queste, nonostante siano soggetti strutturalmente privati, potrebbero essere considerate a tutti gli effetti enti pubblici proprio in virtù di quel riconoscimento legislativo/giurisprudenziale.

⁹⁸ In tal senso si veda G. Greco, *Ente pubblico, impresa pubblica, organismo di diritto pubblico*, cit.

⁹⁹ L. 11 febbraio 2005, n. 15 e d. l. 14 marzo 2005, n. 35.

soggetti preposti all'esercizio della funzione pubblica, ma anche soggetti formalmente privati possano esercitare attività di diritto pubblico, acquisendo, quindi, essi stessi un rilievo pubblicistico.

La disposizione prevede espressamente che “[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*”¹⁰⁰.

A sua volta, l'art. 23 della legge sul procedimento, sempre a seguito degli interventi del 2005, prevede che la disciplina relativa al diritto d'accesso ai documenti si applichi anche a soggetti privati, limitatamente alla attività di pubblico interesse da questi svolta, ed ancora l'art. 29 prevede che le disposizioni della l. 241/90 siano estese anche a società con totale o prevalente partecipazione pubblica, limitatamente all'esercizio delle funzioni amministrative poste in essere.

Osserva giustamente la dottrina¹⁰¹ come tali definizioni ricordino quella di “soggetti equiparati” alle pubbliche amministrazioni, nozione in base alla quale, ai fini della definizione giurisdizionale, si intendono alla stregua delle amministrazioni quei soggetti comunque tenuti al rispetto delle norme sul procedimento amministrativo, nozione utilizzata dall'art. 34 del d. lgs. 31

¹⁰⁰ Disposizione così modificata dalla dall'art. 1, l. 6 novembre 2012, n. 190. C'è chi ritiene si tratti di una pubblicizzazione “debole”, che impone genericamente, a tutti i soggetti privati preposti all'esercizio di pubbliche funzioni, il rispetto dei soli principi e criteri generali dell'azione amministrativa. Di contro l'art. 29, l. 241/90, prevede una pubblicizzazione “forte”, obbligando soggetti determinati, quali le società a partecipazione pubblica, maggioritaria o totalitaria, al rispetto delle singole disposizioni normative. In tal senso R. Dipace, *I privati e il procedimento amministrativo*, cit., 179.

¹⁰¹ R. Dipace, *I privati e il procedimento amministrativo*, cit., 178. L'autore constata, in maniera critica, come queste norme siano “un guazzabuglio definitorio che dimostra l'intento inequivocabile di pubblicizzare schiere di soggetti privati che svolgono attività di pubblico interesse. Questa operazione è una reazione al proliferare dell'utilizzo di forme privatistiche in luogo dei tradizionali modelli amministrativi”.

marzo 1898, n. 80, ad oggi confluita nell'art. 1 co. 2 del codice del processo amministrativo (d. lgs. 7 luglio 2010, n. 156).

L'esercizio delle pubbliche funzioni da parte di soggetti privati non rappresenta un terzo *genus* di amministrazione, oltre quella statale e quella degli enti autarchici¹⁰², si tratta piuttosto di un mezzo particolare di cui si avvalgono lo Stato e gli stessi enti al fine di accudire gli specifici interessi pubblici.

Perché si possa parlare di esercizio privato di pubbliche funzioni è necessario che l'attività svolta dal privato sia esplicazione di una potestà pubblica dello Stato o di altro ente pubblico, e che il soggetto, persona fisica o giuridica, eserciti l'attività in nome proprio¹⁰³.

Molteplici sono gli strumenti privatistici utilizzati per accudire funzioni di stampo pubblicistico, da modelli societari, tipici per l'esercizio di attività d'impresa¹⁰⁴, a moduli di stampo non lucrativo, come le associazioni¹⁰⁵ o le fondazioni¹⁰⁶. Elemento comuni di questi modelli è la devianza dalla normale disciplina di diritto comune, spesso talmente forte da far pensare che ci si trovi davanti ad un "*ente pubblico mascherato da ente privato*"¹⁰⁷.

¹⁰² Per autarchia si vuole intendere "*la caratteristica di amministrare i propri interessi, svolgendo una attività avente gli stessi caratteri e la stessa efficacia dell'attività amministrativa dello Stato*". Così F. Caringella, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 512.

¹⁰³ In tal senso F. Caringella, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 505.

¹⁰⁴ È il caso delle società statali discendenti dalle privatizzazioni degli enti pubblici economici o delle aziende statali, o delle società miste, tipico strumento di gestione dei servizi pubblici locali.

¹⁰⁵ G. Marchigiani, *La nozione di Stato inteso in senso funzionale nelle direttive comunitarie in materia di appalti pubblici e sua rilevanza nel contesto generale del diritto comunitario*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Comunitario*, 2002, 1233.

¹⁰⁶ Si pensi alle privatizzazioni delle casse di risparmio che hanno dato origine alle fondazioni bancarie, alle fondazioni di enti pubblici musicali o alle fondazioni per la prestazione dei servizi della persona.

¹⁰⁷ Così R. Dipace, *I privati e il procedimento amministrativo*, cit., 178.

Particolari difficoltà si pongono soprattutto per quel che concerne le società a partecipazione pubblica, soggetti che, seppur formalmente privati, sono sottoposti a discipline ampiamente derogatoria rispetto a quella codicistica tipica, spesso proprio a causa delle finalità di interesse pubblico perseguite o dei particolari legami intercorrenti tra il soggetto privato e l'amministrazione.

Il fenomeno ha sollevato dubbi interpretativi circa la compatibilità della forma societaria con la qualifica del soggetto quale ente pubblico¹⁰⁸, tanto nei casi di privatizzazione di enti preesistenti¹⁰⁹, quanto di costituzione *ex novo* di organismi societari per la gestione di pubblici servizi.

Come sostenuto dalla Corte Costituzionale non sembra che il modello societario possa in assoluto essere considerato incompatibile con lo svolgimento della funzione pubblica, dal momento che il perseguimento di

¹⁰⁸ *“Quanto alla configurabilità in astratto di enti pubblici organizzati in forma societaria, si può osservare che, pur non mancando chi, aderendo ad un orientamento negli ultimi anni recessivo, sostiene l'incompatibilità in via di principio tra ente pubblico e schema giuridico delle società per azioni, va progressivamente guadagnando terreno la tesi contraria per cui è possibile riconoscere alla società per azioni, qualora ricorrano determinate condizioni, natura di ente pubblico”.* Così. F. Capalbo, *La privatizzazione di enti pubblici dopo la legge 178/2002*, cit.. Sul punto si veda per tutti la recente pronuncia Consiglio di Stato, sez. VI, 20 marzo 2012, n. 1574, *Giuffrè*, 2012, che sarà ampiamente analizzata nella seconda parte di questo lavoro.

¹⁰⁹ *“Le società per azioni così costituite sono dette società legali, perché la loro esistenza non trae origine da un negozio - come accade di regola - bensì da disposizioni di legge. Quando le società nascono per disposizione di una legge che ne definisce l'oggetto, la permanenza in vita della società e l'oggetto di questa sono sottratti alla disponibilità degli organi sociali. Quando [...] la legge dispone la trasformazione di enti preesistenti, le società che traggono origine dalla trasformazione conservano i compiti degli enti trasformati. L'impresa prima esercitata dall'ente pubblico è ora esercitata dalla società per azioni, ma i nuovi soggetti conservano la funzione strumentale, rispetto allo Stato, che era assegnata ai precedenti soggetti”.* Così F Trimarchi Banfi, *Lezioni di diritto pubblico dell'economia*, cit.; cfr, Corte Costituzionale 19 dicembre 2003, n.363, in *Giur. cost.*, 2003, 6.

scopi pubblici “non è di per sé in contraddizione con il fine societario lucrativo descritto dall'art. 2247 c.c.”¹¹⁰.

Ammessa in via di principio la possibilità per la pubblica amministrazione tanto di utilizzare nel proprio agire gli strumenti tipici del privato¹¹¹, quanto che interessi pubblici possano essere perseguiti da soggetti privati, incluse le società, occorre individuare i parametri in base ai quali definire quando un ente privatizzato possa definirsi di natura sostanzialmente privata o quando, nonostante il mutar d'abito, sopravviva un animo sostanzialmente pubblicistico¹¹².

Per quel che concerne le società di diritto speciale, soggetti nascenti dagli esaminati processi di privatizzazione degli enti pubblici economici (come ad esempio l'ENEL e L'INA) e delle aziende autonome dello Stato (come ad

¹¹⁰ Corte Cost., 28 dicembre 1993, n. 466, *www.giurcost.org*; Consiglio di Stato, sez. VI, 28 ottobre 1998, n. 1478, *Foro it.*, 1999, III, 178. Osserva la dottrina che a sostegno della compatibilità rileva il preciso e testuale dato normativo relativo all'art. 18 della legge finanziaria 22 dicembre 1984, n. 887 che, nel prevedere la costituzione dell'AGEControl S.p.a., espressamente l'ha definita “S.p.a. con personalità giuridica di diritto pubblico”. In tal senso F. Capalbo, *La privatizzazione di enti pubblici dopo la legge 178/2002*, cit..

¹¹¹ Soprattutto ai sensi dell'art. 1 co. 1 bis, della l. 241/90. Sul punto si veda P. Chirulli, *Autonomia pubblica e diritto privato nell'amministrazione. Dalla specialità del soggetto alla rilevanza della funzione*. Padova, 2005; V. Cerulli Irelli, *Note critiche in tema di attività amministrativa secondo moduli negoziali*, in *Dir. amm.*, 2003, 217; F. Liguori, *La funzione amministrativa. Aspetti di una trasformazione*, cit., F. G. Scoca, *Autorità e consenso*, in *Dir. amm.*, cit.; G. Napolitano, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003; F. Trimarchi Banfi, *L'atto autoritativo*, in *Dir. amm.*, cit., G. Sciallo, *Profili degli accordi fra amministrazioni pubbliche e privati*, in *Dir. amm.* 2007, 04, 805; F. Cangelli, *Riflessioni sul potere discrezionale della pubblica amministrazione negli accordi con i privati*, in *Dir. amm.*, 2000, 02, 277.

¹¹² Sul punto è stato autorevolmente osservato che “[s]otto il profilo della disciplina, infatti, classificare un ente come pubblico significa applicare allo stesso tutto quel novero di norme e principi che disciplinano l'agire della pubblica amministrazione, ponendo in primo piano il perseguimento del pubblico interesse. Si pensi al modulo della evidenza pubblica in tema di contratti, al principio della autotutela con la quale potere intervenire in senso correttivo sul proprio operato, al regime dei controlli della propria attività, in particolare la soggezione ai controlli della corte dei conti, l'applicabilità della disciplina in tema di patrocinio da parte della avvocatura dello Stato, la classificazione dei propri atti nel novero dei provvedimenti amministrativi, il rispetto dei principi di imparzialità, trasparenza e così via”. Così. Deodato, *Le società pubbliche. Il regime dei contratti*, cit.

esempio le Ferrovie dello Stato e le Poste Italiane)¹¹³, la giurisprudenza Costituzionale rileva che la natura di diritto speciale, di stampo pubblicistico, riconosciuta a dette società discenderebbe dal complesso della disciplina adottata al fine di regolare il processo di privatizzazione¹¹⁴.

Il tratto che differenzia sostanzialmente questo tipo di società dalle ordinarie società di capitali è costituito dalla circostanza che la partecipazione azionaria è di proprietà dello Stato o di altri enti pubblici, e non di imprenditori o investitori privati¹¹⁵. La circostanza non appare di poco rilievo, dato che è proprio in relazione a tale evenienza che la giurisprudenza sembra affermare la natura giuridica pubblica di tali soggetti, in base al già esaminato presupposto che la trasformazione formale

¹¹³ Intanto, a livello locale, l'art.22 della l. numero 142/1990, poi trasfuso nell'art. 113 del. lgs 18 agosto 2000, n.267, prevedeva la possibilità di costituire società per azioni a partecipazione comunale o provinciale a cui affidare la gestione dei servizi pubblici locali. Né si è mai dubitato che le Regioni avessero la possibilità di costituire o assumere partecipazioni in società per azioni. Ad oggi tale possibilità è stata sensibilmente limitata dagli ultimi interventi normativi, in tal senso si rinvia a C. Acocella, *Riflessioni sugli attuali limiti delle partecipazioni pubbliche tra attività amministrativa e attività d'impresa*, pubblicato il 19 novembre 2012, in www.giustamm.it.

¹¹⁴ Ci si riferisce alla già citata pronuncia della Corte Costituzionale 28 dicembre 1993, n.466, in *Giur. cost.*, 1993, 3845 ss., ivi anche gli atti processuali; nota di Cerri, *La "mano pubblica" e la gestione in forma privata di attività economiche: problemi processuali e sostanziali in un interessante conflitto*, 3870 ss.; con nota di Pinelli, *Prudenza e giurisprudenza in un'interpretazione adeguatrice*, 3862 ss.. Come è stato autorevolmente osservato in base a tale giurisprudenza la natura speciale che "risulta sia dalla costituzione che dalla struttura e dal sistema di gestione delle nuove società e che si delinea in conseguenza della previsione di norme particolari- differenziate a quelle proprie del regime tipico delle società per azioni- sia in tema di determinazione del capitale sociale, sia in tema di esercizio dei diritti dell'azionista, sia in fine, in tema di patti sociali, poteri speciali, clausole di gradimento, modifiche statutarie, quorum deliberativi delle assemblee, limiti al possesso di quote azionarie da parte di terzi acquirenti. Non senza infine considerare il vincolo esterno connesso al fatto che i ricavi derivanti dalla cessione dei cespiti da dismettere vanno destinati alla riduzione del debito pubblico. Da questo complesso di norme la Corte fa emergere la "natura differenziata e speciale delle società sorte dalla trasformazione degli enti pubblici economici". Così F. G. Scoca, *Le amministrazioni come operatori giuridici*, cit., 325.

¹¹⁵ In tal senso F. G. Scoca, *Le amministrazioni come operatori giuridici*, cit., 324. Il quale rileva, com'è stato rimarcato nell'analisi del presente lavoro, come il fenomeno della azionariato pubblico sia assai diffuso nell'esperienza italiana e sia strettamente connesso alla recessione del 1929, a seguito della quale, con l'intento di salvare dell'economia nazionale, si era provveduto all'istituzione dell'IRI, dell'ENI e dell'EFIM.

degli enti pubblici in società per azioni non appare sufficiente a mutarne la natura sostanziale.

Alla luce di tali considerazioni sembrerebbe potersi ritenere, dunque, che tutte le società per azioni a prevalente partecipazione azionaria pubblica, seppur formalmente persone giuridiche di diritto privato, possano essere considerate quali soggetti sostanzialmente pubblici, non molto difformi per disciplina e natura dai comuni enti pubblici¹¹⁶.

Più problematiche sembra il riconoscimento dell'animo pubblicistico di quelle società che non abbiano una partecipazione pubblica totalitaria. Infatti, come osserva giustamente il Consiglio di Stato "[b]en si comprende [...] che una mera deviazione rispetto alla disciplina ordinaria, per quanto indicativa di una certa rilevanza pubblicistica, propria di quel determinato organismo societario, non può considerarsi per ciò solo sufficiente a tal fine, se non affiancata da una serie di anomalie di struttura e di funzionamento tali da denotare lo stretto legame della società all'ente pubblico e la reale capacità di quest'ultimo di incidere dall'esterno sull'attività dell'ente sì da garantirne la coerenza rispetto alle finalità pubbliche che attraverso lo stesso si intende perseguire."¹¹⁷.

¹¹⁶ In questo senso anche il Consiglio di Stato ha affermato che la semplice trasformazione in società per azioni degli enti pubblici economici, in forza di una delibera CIPE, non appare di per se idonea ad abrogare integralmente la disciplina pubblicistica che regolava l'attività degli enti trasformati. In altri termini, le attuali società continuerebbero ad essere affidatarie della cura dei rilevanti interessi pubblici, la cui tutela non può risultare soppressa solo in conseguenza del mutamento della veste formale de soggetto giuridico, che per il resto mantiene inalterate le proprie funzioni e quindi la propria connotazione sostanzialmente pubblicistica. Cons. Stato, sez. VI, 20 maggio 1995, n.489, in *Dir. proc. amm.*, 1996, 158 ss., con nota di Police, *Dai concessionari di opere pubbliche alle società per azioni "di diritto speciale": problemi di giurisdizione*.

¹¹⁷ Così Consiglio di Stato, sez. VI, 5 marzo 2002, n. 1303, in *Giust. civ.*, 2002, I,2309. La citata pronuncia, avente ad oggetto l'applicabilità delle norme in tema di accesso ai documenti in capo alla società privatizzata Poste Italiane, rileva inoltre che ai fini dell'individuazione dell'effettiva estensione dell'ambito di attività entro cui i gestori di servizi pubblici sono tenuti a garantire l'esercizio del diritto di accesso, la connotazione,

Alla luce delle riflessioni giurisprudenziali appena esposte sembrerebbe, pertanto, che la natura sostanzialmente pubblica di un soggetto formalmente privato, sia rilevabile, da un lato, alla luce del dato funzionale relativo allo svolgimento di attività dirette al perseguimento di interessi di rilievo pubblicistico, e, dall'altro, da una sostanziale alterazione del regime tipico delle società per azioni.

Alla luce di tale rilievo parte della dottrina ritiene, quindi, che *“in caso di enti pubblici trasformati in S.p.a. o di S.p.a. costituite ex novo per la gestione di servizi pubblici, al fine di definire la natura delle stesse se pubblica o privata occorre analizzare la disciplina cui sono sottoposte, ascrivendole nel novero degli enti pubblici laddove si registrino delle deviazioni sostanziali sotto il profilo genetico, organizzativo e funzionale rispetto alla normale disciplina privatistica”*¹¹⁸.

Una tale conclusione non appare completamente soddisfacente, dal momento che, non potendosi individuare una chiara linea di confine atta a distinguere il pubblico dal privato, resterebbe dubbia e dipendente da scelte

se non addirittura la natura, pubblicistica dell'organismo gestore comporta una dilatazione del modo di intendere il requisito della strumentalità all'interesse pubblico. Di contro la Suprema Corte di Cassazione, 6 maggio 1995, n. 4991, SS. UU., in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1995, 1056 con nota di G. Greco, pur non lungi escludendo a priori la natura pubblicistica delle società per azioni a prevalente partecipazione pubblica in ragione della loro veste societaria, e seppur mostrando di condividere l'orientamento secondo cui il riconoscimento di tale natura richiede la previsione di regole di organizzazione e di funzionamento comportanti una consistente alterazione del modello societario tipico, afferma la natura privatistica delle stesse, rilevando che la legge non introduce alcuna apprezzabile deviazione rispetto alla comune disciplina privatistica delle società di capitali, per le società miste incaricate della gestione di servizi pubblici istituiti dall'ente locale. Cfr. C. Deodato, *Le società pubbliche. Il regime dei contratti*, cit.

¹¹⁸ C. Deodato, *Le società pubbliche. Il regime dei contratti*, cit., che fa concretamente riferimento al caso della privatizzazione dell'ANAS, di cui all'articolo sette del D.L. n. 178 dello 08/08/2002, ritenendo che *“laddove dall'analisi del regime giuridico previsto dovesse concludersi per una privatizzazione reale e non solo formale, gli atti adottati in sede di gestione degli interessi di cui è affidataria dovranno essere definiti "atti privati", non sarà possibile intervenire sugli stessi in sede di autotutela, in linea di principio non dovrebbe essere applicabile il modulo della evidenza pubblica alla attività contrattuale delle stesse e l'assoggettamento al controllo della corte dei conti”*.

giurisdizionali caso per caso, la disciplina giuridica applicabile. Se indubbiamente non si può negare che la devianza dalla tradizionale disciplina giuridica delle società per azioni, connessa al dato della funzionalizzazione dell'attività, faccia propendere perché il soggetto, nonostante la forma, non abbia un animo puramente privatistico, ed anzi se a fronte di certi regimi particolarmente derogatori, accompagnati dalla dominanza della partecipazione pubblica, si potrebbe anche affermare che si sia in presenza di soggetti dall'animo sostanzialmente pubblico, non sarà mai possibile stabilire quale sia il grado di devianza dalla disciplina di diritto comune atto a determinare la natura pubblica o privatistica del soggetto.

Per quanto si possa tentare di ricercare una natura più o meno pubblica, marginalizzando il dato formale, non si può negare la realtà dei fatti, ovvero che si tratti di soggetti di natura sostanzialmente ibrida.

Sembra pertanto necessario inquadrare la problematica sotto un'angolatura che tenda a marginalizzare lo spasmodico tentativo di determinare la natura pubblica o privata del soggetto, dicotomia che bisogna ammettere ormai compromessa, e che badi più a guardare all'effetto utile delle discipline di settore. Un approccio funzionale, come insegna il diritto europeo, appare, pertanto, l'unica strada percorribile.

5. Uno sguardo alla nozione comunitaria di Pubblica Amministrazione.

In mancanza di definizioni normative nazionali idonee a descrivere in maniera universalmente valida la nozione di "ente pubblico" (nel senso di soggetto pubblico), autorevole dottrina invita a *"rivolgere l'attenzione ad istituti di origine comunitaria, ma validi e vigenti anche presso di noi.*

Anche perché il legislatore comunitario, a differenza di quello nazionale, è più proclive a fornire definizioni normative degli istituti, dovendo imporre gli stessi in modo uniforme a tutti gli Stati membri”¹¹⁹.

Sembra pertanto opportuno procedere ad una più generale disamina dell’approccio comunitario al concetto di pubblica Amministrazione¹²⁰.

Preliminarmente sembra necessario ricordare quel principio fondamentale, statuito dalla Corte di Giustizia in una risalente pronuncia¹²¹, secondo il quale la nozione di pubblica amministrazione deve essere interpretata ed applicata “*in modo uniforme nell’ intera comunità [onde evitare che] il richiamarsi a disposizioni dell’ordinamento giuridico interno per limitare la portata delle norme di diritto comunitario [abbia] l’ effetto di sminuire l’unità e l’efficacia di questo diritto [...]*”.

¹¹⁹ Così G. Greco, *Ente pubblico, impresa pubblica, organismo di diritto pubblico*, cit. L’autore nel menzionato contributo procede ad un’analisi delle figure di matrice comunitarie di impresa pubblica ed organismo di diritto pubblico, nel vano tentativo di trovare una nozione universalmente valida di ente pubblico. In tema vedi anche F. Capalbo, *La privatizzazione di enti pubblici dopo la legge 178/2002*. Sul punto vale la pena evidenziare l’incongruenza, colta da autorevole dottrina, relativamente alla circostanza che mentre l’Unione è molto puntuale nel definire, seppur in una prospettiva funzionale, una nozione comunitaria di pubblica amministrazione per ciò che concerne le amministrazioni nazionali, grigia è ancora la definizione di pubblica amministrazione dell’Unione. Ciò sarebbe dovuto al criterio comunitario della esecuzione indiretta che ad oggi sembra ormai anacronistico. Sul punto M. Chiti, *L’organismo di diritto pubblico e la nozione comunitaria di pubblica amministrazione*, Bologna 2000, 46 che a sua volta fa riferimento a M. Chiti *L’organizzazione amministrativa*, in M. Chiti – G. Greco (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, I, Milano, 1997, 167 ss.; G. della Cananea, *L’amministrazione europea*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto Amministrativo*, I, Milano, 2000, 1541 ss..

¹²⁰ Per tutti si veda M. Chiti, *L’organismo di diritto pubblico e la nozione comunitaria di pubblica amministrazione*, cit. ; M. Chiti, *Diritto Amministrativo europeo*, Milano 1999; S. Cassese, *La nozione Comunitaria di pubblica amministrazione*, in commento a Corte di Giustizia, sentenza 2 luglio 1996, causa C-473/93, ed altre, in *Giorn. Dir. Amm.*, 1996

¹²¹ Corte di Giustizia, 17 dicembre 1980, C-149/79, Commissione c. Regno del Belgio, P 19-20. La pronuncia in questione aveva ad oggetto l’accertamento di una violazione da parte del Regno del Belgio relativamente agli obblighi connessi alla libertà di circolazione dei lavoratori, avendo imposto il requisito della cittadinanza al di là delle ipotesi contemplate dall’art. 48 co. 4 TCE (oggi art. 54 TFUE).

La differenza più rilevante dell'approccio comunitario rispetto a quello nazionale è che a livello europeo non si è neppure tentata l'individuazione di una nozione unitaria ed universalmente valida di soggetto pubblico. Al contrario la nozione comunitaria di Amministrazione è il risultato di un approccio funzionale, che, sia sul piano legislativo quanto su quello interpretativo, si presenta sufficientemente flessibile per adattarsi alle finalità e alle esigenze sottese alle singole discipline di settore, garantendo l'effetto utile del diritto comunitario e quindi la sua più ampia applicazione¹²².

La fluidità di un siffatto approccio funzionale si manifesta in maniera lampante attraverso l'analisi delle differenti nozioni di persona giuridica pubblica date dalla Corte di Giustizia nei differenti settori di riferimento.

Emblematica è la diversa ampiezza della nozione elaborata con riferimento al concetto di pubblica Amministrazione rilevante quale eccezione alla libertà di libera circolazione dei lavoratori di cui art. 45 TFUE (ex art. 39 TCE), e quella relativa all'imputabilità degli obblighi nascenti dai trattati ed alla conseguente responsabilità per inadempimento¹²³ degli Stati membri.

Con riguardo alla prima delle due nozioni, la Corte di Giustizia ha elaborato una nozione fortemente restrittiva della nozione oggetto d'esame, limitando fortemente l'ambito della deroga alla libera circolazione dei lavoratori,

¹²² Nello stesso M. Chiti, *L'organismo di diritto pubblico e la nozione comunitaria di pubblica amministrazione*, cit., 44, che a sua volta richiamo, quale dottrina concorde: A. Massera, *Una nozione comunitaria di pubblica amministrazione*, in *El desenvoliment del dret administratiu europeu*, Ecola d' Administraciò Publicade Catalunya, Barcellona, 55; S. Cassese, *La nozione comunitaria di pubblica amministrazione*, cit.; F. Merusi, *La natura delle cose come criterio di armonizzazione comunitaria nella disciplina sugli appalti*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 1997, 37. ss.; J. A. Moreno Molina, *Le distinte nozioni comunitarie di pubblica amministrazione*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 1998, 561 ss; M. Chiti, *Diritto amministrativo europeo*, cit, 183 ss.; R. Garofoli, *Organismo di diritto pubblico: allineamento tra Giudice comunitario e nazionale*, in www.altalex.com.

¹²³ In tal senso F. Caringella, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 517 e R. Garofoli, *Organismo di diritto pubblico: allineamento tra Giudice comunitario e nazionale*, cit.

ritenendola operante solo con riguardo “*all'accesso ai posti che implicano la partecipazione, diretta o indiretta, all'esercizio dei pubblici poteri e alle mansioni che hanno ad oggetto la tutela degli interessi generali dello Stato o delle altre collettività pubbliche*”¹²⁴.

L'interpretazione data appare chiaramente funzionale a garantire, il più possibile, l'effetto utile del diritto comunitario, circoscrivendo l'operatività della deroga cui al co. 4 art. 45 TFUE (ex art. 39 TCE) alle sole posizioni che abbiano una astratta strumentalità con “*l'esercizio dei pubblici poteri e [con le] mansioni che hanno ad oggetto la tutela degli interessi generali dello Stato o delle altre collettività pubbliche*”.

Come è stato autorevolmente osservato¹²⁵ “[p]er quanto la posizione della Corte appaia un evidente forzatura sul dato testuale del Trattato, e sia poco puntuale nei riferimenti alle nozioni di “partecipazione all'esercizio dei pubblici poteri”, manifesta una prima costante all'approccio comunitario, ovvero la valorizzazione dell'elemento sostanzialistico ed empirico, teso a garantire il massimo effetto utile per il diritto comunitario”.

¹²⁴ Corte di Giustizia, 2 luglio 1996, causa C-473, P. 39, www.eur-lex.europa.eu. Nel caso di specie la Grecia è stata sanzionata per non aver adempiuto agli obblighi relativi alla libera circolazione dei lavoratori all'interno della Comunità non avendo “*limitato il requisito della cittadinanza ellenica all'accesso ai posti che implicano una partecipazione, diretta o indiretta, all'esercizio dei pubblici poteri e alle mansioni che hanno ad oggetto la tutela degli interessi generali dello Stato o delle altre collettività pubbliche, nei settori pubblici della distribuzione dell'acqua, del gas e dell'elettricità, nei servizi operativi nel settore della pubblica sanità, nei settori della pubblica istruzione, dei trasporti marittimi ed aerei, delle ferrovie, dei trasporti pubblici urbani e regionali, della ricerca effettuata a scopi civili, delle poste, delle telecomunicazioni e della radiotelevisione, nonché presso l'ente lirico dell'opera di Atene e nelle orchestre municipali e comunali, alla libera circolazione dei lavoratori all'interno della Comunità*”. Nello stesso senso sentenze 3 giugno 1986, causa 307/84, *Commissione c. Francia*, in *Racc.*, 1986, 1725, relativa al settore della sanità; 16 giugno 1987, causa 225/85, *Commissione c. Italia*, in *Racc.*, 1987, 2625, relativa al settore della ricerca condotta a fini civili; 3 luglio 1986, causa 66/85, *Lawrie-Blum*, in *Racc.*, 1986, 2121; 30 maggio 1989, causa 33/88, *Allué e Coonan*, in *Racc.*, 1989, 1591, e 27 novembre 1991, causa C-4/91, *Bleis*, in *Racc.*, 1991, I-5627, relative all'insegnamento.

¹²⁵ M. Chiti, *L'organismo di diritto pubblico e la nozione comunitaria di pubblica amministrazione*, cit., 12-13.

Tra l'altro, la stessa Corte di Giustizia, ha affermato che la nozione di pubblica amministrazione elaborata in questo ambito ha carattere funzionale, onde adattarsi alle esigenze sottese alla normativa di settore.

È stato sul punto osservato¹²⁶ come la definizione giurisprudenziale di soggetto pubblico, elaborata nell'ambito della libera circolazione dei lavoratori, non possa considerarsi vincolante allorché si proceda alla elaborazione della nozione di Pubblica Amministrazione in altri settori del diritto comunitario. Di contro, la stessa nozione non potrebbe essere condizionata dalla elaborazione, tanto giurisprudenziale quanto normativa, del concetto di soggetto pubblico in altri settori che abbiano un ambito di estensione differente.

Quanto agli obblighi di implementazione delle normative europee ed alla connessa responsabilità dello Stato per inadempimento vediamo, invece, come la Corte di Giustizia abbia volutamente dato un'interpretazione più che mai estensiva della nozione di Pubblica Amministrazione¹²⁷.

Infatti, affermata la responsabilità extra-contrattuale degli Stati membri¹²⁸, nel caso del mancato o cattivo adempimento degli obblighi nascenti a livello comunitario¹²⁹, la Corte ha statuito che tale responsabilità possa essere fatta valere quale che sia l'organo dello Stato autore della violazione, dal momento che *“il diritto al risarcimento del danno da parte dei singoli*

¹²⁶ R. Garofoli, *Organismo di diritto pubblico: allineamento tra Giudice comunitario e nazionale*, in www.altalex.com.

¹²⁷ Sul tema M. Chiti, *L'organismo di diritto pubblico e la nozione comunitaria di pubblica amministrazione*, cit., 38 ss.; R. Mehdi, *Institutions Européennes*, Boulogne, 2007, 214, 21; J.P. Jacqué, *Droit Institutionnel de l'Union Européenne*, Paris, 2006, 614-615.

¹²⁸ Per la prima volta con la pronuncia Corte di Giustizia, 19 novembre 1991, *Frankovitch e Bonifaci*, cause riunite C-6/90 e C-9/90, in *Racc.*, I-5357; in seguito, tra le altre, con le pronunzie 5 marzo 1996, *Brasserie du Pêcheur e Factortama*, cause riunite C-46/93 e 48/93, in *Racc.*, I-1029 e 26 marzo 1996, *British Telecommunications*, C-392/93; 23 maggio 1996, *Hedley Lomas*, C-5/94, in *Racc.*, I-2553; 8 ottobre 1996, *Dillenkofer e a.*, C-178/94, C-179/94 e C-188/94 a C-190/94, in *Racc.*, I-4845.

¹²⁹ Corte di Giustizia, causa *Frankovitch e Bonifaci*, cit.

*cittadini non può dipendere da regole interne di ripartizione delle competenze*¹³⁰.

Di tal fatta, ferma restando la responsabilità solo ed esclusivamente dello Stato per le eventuali violazioni del diritto europeo, gli obblighi di trasposizione ed implementazione delle normative comunitarie vengono estesi a tutte le pubbliche amministrazioni nazionali, e ciò anche in forza di una lettura estensiva del principio di leale cooperazione che vincolerebbe non solo gli Stati, ma tutte le amministrazioni nazionali, obbligate a collaborare con le istituzioni europee e con le amministrazioni degli altri Stati membri per assicurare il perseguimento degli obiettivi dell'Unione (previsione dapprima garantita ai sensi dell'art 10 TCE, e ad oggi confluita nell'art. 3 *bis* TUE).

Sembra quindi irrilevante che la violazione sia imputabile al legislatore, come dimostrato dalle cause riunite *Brasserie du Pêcheur e Factortama*, o da un tribunale di ultima istanza, come nei casi *Kobler* e *Traghetti del Mediterraneo*¹³¹, o da un semplice ufficio statale, come nel caso *Lomas*¹³², o ancora da un ente territoriale, come nella sentenza *Konle*¹³³, dovendo comunque lo Stato rispondere per il danno causato dall'inosservanza del diritto comunitario “*a prescindere dalla pubblica autorità che ha commesso tale violazione e a prescindere da quella a cui, in linea di principio, incombe, ai sensi della legge dello Stato membro interessato, l'onere di tale*

¹³⁰ In tal senso la pronuncia *Brasserie du Pêcheur e Factortama*, *cit.*, caso in cui la violazione era imputabile al legislatore. Un tale approccio è classico del diritto pubblico internazionale secondo cui il comportamento degli organi dello Stato è sempre imputabile allo Stato stesso, tanto che il giudice internazionale non è tenuto a prendere in considerazione né la natura né l'autonomia di questi organi in seno alla struttura statale.

¹³¹ Corte di Giustizia 30 settembre 2003, *Kobler c. Repubblica d'Austria*, C- 224/01, in *Racc*, I-10239 e 13 giugno 2006, *Traghetti del Mediterraneo c. Repubblica Italiana*, C- 173/03.

¹³² Corte di Giustizia, causa *Hedley Lomas*, *cit.*

¹³³ Corte di Giustizia, 1 settembre 1999, *Klaus Konle c. Republik Österreich*, C-302/97, nel caso in questione trattasi di un Land della Repubblica d'Austria.

risarcimento. Uno Stato membro non può pertanto far valere la ripartizione delle competenze e delle responsabilità tra gli enti locali esistenti nel proprio ordinamento giuridico interno per sottrarsi alla propria responsabilità al riguardo”¹³⁴.

La giurisprudenza comunitaria è poi arrivata ad affermare, nella pronuncia relativa al caso *Haim*¹³⁵, che sebbene spetti a ciascuno Stato membro accertarsi che i singoli ottengano un risarcimento del danno loro causato dalla violazione del diritto comunitario, non è indispensabile che sia lo Stato membro a provvedere al risarcimento dei danni perché i suoi obblighi comunitari possano ritenersi adempiuti.

“Pertanto, negli Stati membri nei quali talune funzioni legislative e amministrative sono assunte in maniera decentrata da enti locali dotati di una certa autonomia o da qualsiasi altro ente di diritto pubblico giuridicamente diverso dallo Stato, il risarcimento di tali danni, causati da provvedimenti adottati da un ente di diritto pubblico, può essere garantito da quest'ultimo. Il diritto comunitario non osta neppure a che sia chiamata in causa la responsabilità incombente a un ente di diritto pubblico di risarcire i danni provocati ai singoli da provvedimenti da esso adottati in violazione del diritto comunitario in aggiunta alla responsabilità dello Stato membro stesso”.

Spetta poi all'ordinamento interno disciplinare concretamente le modalità di risarcimento e di ripartizione della responsabilità all'interno delle

¹³⁴ *“Fatto salvo ciò, il diritto comunitario non impone agli Stati membri alcuna modifica della ripartizione delle competenze e delle responsabilità tra gli enti pubblici territoriali esistenti sul loro territorio. Purché le modalità procedurali in essere nell'ordinamento giuridico interno consentano una tutela effettiva dei diritti derivanti ai singoli dall'ordinamento comunitario senza che sia più difficoltoso far valere tali diritti rispetto a quelli derivanti agli stessi singoli dall'ordinamento interno, gli obblighi comunitari sono rispettati”*, Corte di Giustizia sentenza *Kolne*, cit., P.62-63.

¹³⁵ Corte di Giustizia, 4 luglio 2000, *Salomone Haim c. Kassenzahnärztliche Vereinigung Nordrhein*, C-242/97, P. 30-31, 33, 46-47, 50.

amministrazioni, sempre che le condizioni previste non siano meno favorevoli di quelle che riguardano i reclami interni¹³⁶.

Altro esempio rilevante dell'approccio funzionale elaborato dalla Corte di Giustizia, circa la nozione comunitaria di Amministrazione, è relativo alla materia degli aiuti di Stato, regolata dagli art. 106 ss. TFUE (prima art. 86 ss. TCE).

Anche qui l'interpretazione elaborata sembra quanto mai estensiva, intendendosi con il termine "Stato" non soltanto lo "Stato persona", ma lo "Stato ordinamento", ovvero il complesso di tutte le strutture amministrative nel suo insieme, oltre a quegli organismi che seppur formalmente privati erogano aiuti imputabili a fondi pubblici¹³⁷.

Sulla base di una tale nozione ricadono sotto la normativa di cui agli art. 106 ss. TFUE, tanto gli aiuti imputabile allo Stato, inteso quale amministrazione statale centrale, tanto quelli imputabili agli enti locali, una differente interpretazione condurrebbe a discriminazioni tra Stati che non abbiano la stessa struttura politico-amministrativa, incitando gli stessi a decentrare il proprio regime di aiuti, per sfuggire agli obblighi del Trattato¹³⁸.

Per quanto concerne, invece, gli aiuti versati da altri organismi pubblici o privati, ma di rilevanza pubblica, , la Corte di Giustizia ha elaborato una

¹³⁶ Tale problematica è strettamente connessa all'efficacia diretta verticale delle direttive, e quindi alla responsabilità risarcimento conseguenti alla mancata implementazione. Cfr. Corte di Giustizia, 12 luglio 1989, C-188/89, *Foster c British Gas*, in *Racc.*, 1990, I-3133. Sul tema si veda M. Chiti, *L'organismo di diritto pubblico e la nozione comunitaria di pubblica amministrazione*, cit., 42., che a sua volta richiama D. Sorace, *L'ente pubblico tra diritto comunitario e diritto nazionale*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 1992, 357-360; si veda anche R. Garofoli, *Organismo di diritto pubblico: allineamento tra Giudice comunitario e nazionale*, cit..

¹³⁷ Così M. Chiti, *L'organismo di diritto pubblico e la nozione comunitaria di pubblica amministrazione*, cit., 14 ss..

¹³⁸ L. Dubois – C. Blumann, *Droit matériel de l'Union européenne*, Paris, 2004, 460 ss.

giurisprudenza che fonda sull'intensità del legame di dipendenza con lo Stato.

Possono, dunque, presentarsi due ipotesi: o e che si tratti di organismi che funzionano fondamentalmente grazie a fondi pubblici (è l'esempio di alcune *holding* pubbliche), e in questo caso gli aiuti ricadrebbero a pieno titolo sotto le previsioni di cui all' art. 107 TFUE (prima art. 87 TCE), dal momento che sia da un punto di vista formale che sostanziale tali aiuti sarebbero imputabili agli Stati; oppure, qualora si tratti di organismi finanziati privatamente, perché il finanziamento possa essere qualificato come aiuto è necessario che sia dimostrato che lo Stato eserciti un controllo specifico sulle attribuzioni dell'organismo in questione, o che in realtà l'impresa pubblica agisca per conto dello Stato.

Questo tema apre tutta una serie di problematiche strettamente connesse all'argomento di ricerca oggetto d'esame, ovvero relativamente ai concetti di impresa pubblica ed organismo di diritto pubblico, alla cui trattazione si preferisce rinviare per avere la possibilità di una disamina più analitica e dettagliata delle menzionate figure.

Per il momento basti rilevare, che ciò che accumuna la molteplicità di accezioni di soggetto pubblico, rilevanti nei differenti settori, è l'approccio di tipo funzionale utilizzato a livello comunitario che, completamente slegato da concetti di tipo formale, permette che la nozione di soggetto pubblico acquisti diverse esenzioni a seconda della disciplina di riferimento adattandosi perfettamente alle esigenze di settore e garantendo il massimo effetto utile¹³⁹.

¹³⁹ Di contro, come emergerà da un'analisi della giurisprudenza, soprattutto quella europea, un tale approccio sostanziale pone la difficoltà di identificare, una volta per tutte uno o più dati formali al cui riscontro subordinare la qualificazione del singolo ente, quale organismo di diritto pubblico. Così R. Garofoli, *Organismo di diritto pubblico: allineamento tra Giudice comunitario e nazionale*, cit..

Parte seconda. Organismo di diritto pubblico e impresa pubblica. Ibridi a confronto.

I. Nozioni preliminari.

1. Le nozioni di appalto e concessione.

Sembra necessario preliminarmente chiarire alcune nozioni che sembrano basilari per affrontare il tema dell' organismo di diritto pubblico.

Tale figura, come è noto, si è sviluppata specialmente nell'ambito della disciplina europea relativa agli appalti pubblici. Istituti quali appalto e concessione¹⁴⁰ non sono certo estranee alla nostra cultura giuridica, ma per un corretto inquadramento della materia è bene far riferimento dapprima alle nozioni comunitarie di questi istituti.

L'art. 1 co. 2 lett. a) delle direttive 2004/18/CE e 2004/17/CE, relativamente al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi (nei settori ordinari e speciali), definisce gli "appalti pubblici" come "*contratti a titolo oneroso*

¹⁴⁰ Per lungo tempo è stata denunciata la mancanza di una specifica definizione comunitaria di concessione, avente valore normativo, atta a distinguere la figura da quella dell'appalto. In tal senso le conclusioni dell'Avv. generale Alber con riguardo al caso 18 marzo 1999, *RI.SAN. s.r.l.*, C-108/98, in *Racc.*, 1999, I-05219, le conclusioni dell'Avv. generale La Pergola nel caso *BFI Holding*, cit. ed anche le conclusioni Avv. generale Fennelly relativamente al già citato caso *Teleaustria*. A tale mancanza la dottrina italiana ha supplito elaborando criteri idonei a differenziare le due figure. Sinteticamente le differenze rilevate (ad oggi non più attuali a seguito degli interventi del legislatore europeo in materia) riguardavano: l'unilateralità del titolo concessorio, contrapposta al carattere negoziale dell'appalto; l'attitudine surrogatoria, tipica della concessione, ovvero la sostituzione soggettiva del concessionario nello svolgimento dei compiti istituzionali del concedente, quando l'appaltatore pone in essere solo attività di mera rilevanza economica nell'interesse del committente pubblico; il trasferimento di potestà pubbliche in capo al concessionario, che acquisterebbe, quindi, la qualità di organo indiretto dell'amministrazione, mentre l'appaltatore avrebbe solo quelle prerogative tipiche di qualsiasi soggetto economico. In tal senso B. Mameli, *L'organismo di diritto pubblico. Profili sostanziali e processuali*, cit., 109.

stipulati per iscritto tra uno o più operatori economici e una o più amministrazioni aggiudicatrici aventi per oggetto l'esecuzione di lavori, la fornitura di prodotti o la prestazione di servizi ai sensi della presente direttiva". Le successive lettere b), c) e d), definiscono rispettivamente i concetti di appalti di lavori, forniture e servizi.

Ai sensi del capo due di entrambe le direttive¹⁴¹, gli appalti rilevanti per l'applicazione delle stesse, sono solo quelli al di sopra della c.d. soglie di rilevanza comunitaria.

La portata della nozione amministrativistica di appalto è ben più ampia della stessa nozione in campo civilistico, essendo qualificabile come appalto qualsiasi contratto passivo della pubblica amministrazione, con la possibile eccezione dei contratti di lavoro subordinato e forme assimilate¹⁴².

Com'è stato correttamente affermato¹⁴³ l'appalto pubblico non è un qualsiasi contratto di rilevanza pubblica, ma si presenta, tanto sul piano soggettivo e oggettivo, quanto sul piano dell'onerosità e del destinatario della prestazione, come un contratto tipico. Infatti, l'appalto è un contratto a titolo oneroso concluso in forma scritta fra un potere aggiudicante ed un operatore economico, il cui oggetto riguarda l'esecuzione di lavori, la fornitura di prodotti ovvero la prestazione di servizi, eseguito in favore dello stesso ente appaltante¹⁴⁴.

¹⁴¹ Art. 7, direttiva 2004/18/CE e art. 16, direttiva 2004/17/CE.

¹⁴² Ciò anche in ragione dell'ampia e residuale nozione di "servizi". Così R. Caranta, *I contratti pubblici*, cit. 162

¹⁴³ M. A. Sandulli, *Imprese pubbliche ed attività estranee ai settori esclusi: problemi e spunti di riflessione*, in M. A. Sandulli (a cura di), *Organismi e imprese pubbliche*, cit., 6.

¹⁴⁴ Con riguardo al carattere dell'onerosità, questa non implica necessariamente un esborso pecuniario. La Corte di Giustizia (ha recentemente affermato 25 marzo 2010, *Helmut Müller*, C-451, in *Riv. it dir. pubbl. comunitario*, 2012, 999, P. 54) la necessità che l'amministrazione aggiudicatrice soddisfi con il contratto un proprio interesse economico. Tale affermazione è stata giustamente criticata dal momento che seppur si voglia ammettere, e non lo si vuole, che l'amministrazione persegua interessi che siano "propri", di certo questi non potrebbero mai essere né diretti, né soprattutto

La figura dell'appalto deve essere distinta da quella della concessione. La stessa direttiva 18/2004/CE, all'art. 1 co. 3 e 4 definiscono rispettivamente la concessione di lavori pubblici, come un *“contratto che presenta le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di lavori, ad eccezione del fatto che il corrispettivo dei lavori consiste unicamente nel diritto di gestire l'opera o in tale diritto accompagnato da un prezzo”*, e la concessione di servizi, come *“un contratto che presenta le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di servizi, ad eccezione del fatto che il corrispettivo della fornitura di servizi consiste unicamente nel diritto di gestire i servizi o in tale diritto accompagnato da un prezzo”*.

Con riferimento alle concessioni di lavori, bisogna dire che, l'originaria formulazione della prima direttiva lavori¹⁴⁵ escludeva dal suo ambito d'applicazione quei contratti, denominati “concessioni”, nei quali la controprestazione a favore dell'appaltante consistesse nel diritto a gestire l'opera eventualmente accompagnato da un prezzo.

La previsione è stata strumentalizzata al punto che per evitare l'applicazione della regola di scelta del contraente le amministrazioni tendevano a qualificare i propri contratti quali concessioni, istituto che tra l'altro, nella cultura tradizionale, rappresentavano l'espressione tipica del potere discrezionale amministrativo¹⁴⁶.

È per questo che il legislatore europeo a partire dalla direttiva 89/440/CEE, amplia l'ambito d'applicazione della stessa alle concessioni di lavori, costruzione e gestione.

economici. Cfr. R. Caranta, *I contratti pubblici*, cit., 162. In senso contrario Corte di Giustizia, 15 luglio 2010, *Commissione c. Germania*, C-271/08, in *Foro amm. CDS*, 2010, 1361, p. 30, P. 80

¹⁴⁵ Direttiva 71/305/CEE, cit.

¹⁴⁶ Tale assunto è stato, come visto, messo in crisi dalla definizione europea di concessione, che ne afferma una natura contrattuale.

Con riferimento, invece, alle concessioni di servizi, è da dire che queste sono a tutt'oggi escluse espressamente dall'applicazione della direttiva 18/2004/CE¹⁴⁷. Tale esclusione sarebbe giustificata alla luce della circostanza che le concessioni di servizi abbiano normalmente ad oggetto attività che per loro natura, oggetto e disciplina rientrino nella sfera di responsabilità dello Stato e pertanto possano essere oggetto di diritti esclusivi o speciali¹⁴⁸. Infatti, il diritto comunitario esige che l'attività affidata in concessione, per poter essere qualificata come servizio pubblico, debba inerire ad un interesse generale, nel senso che la sua erogazione dovrebbe competere istituzionalmente ad una pubblica autorità¹⁴⁹.

Le concessioni di servizi¹⁵⁰, come le concessioni di lavori, sono comunque sottoposte alle regole ed ai principi generali derivanti dai trattati, segnatamente alle previsioni di cui agli artt. 34–36 e 49-62TFUE (prima 28–30 TCE), come rilevato dalla Commissione nella Comunicazione

¹⁴⁷ che all'art. 17 prevede chiaramente che *“fatta salva l'applicazione delle disposizioni di cui all'articolo 3, la presente direttiva non si applica alle concessioni di servizi definite all'articolo 1, paragrafo 4”*, a norma dell'art. 3 della direttiva 18/2004/CE, il concessionario di pubblico servizio che non sia un'amministrazione aggiudicatrice, per gli appalti di forniture conclusi con terzi nell'ambito di tale attività, deve rispettare il principio di non discriminazione in base alla nazionalità. Mentre la direttiva 2004/17/CE, all'art. 18 esclude sia le concessioni di servizi che le concessioni di lavori dal proprio ambito di applicazione: *“la presente direttiva non si applica alle concessioni di lavori e di servizi rilasciate da enti aggiudicatori che esercitano una o più attività di cui agli articoli da 3 a 7, quando la concessione ha per oggetto l'esercizio di dette attività”*.

¹⁴⁸ Comunicazione interpretativa della Commissione sulle concessioni nel diritto comunitario, Bruxelles, 12 aprile 2000, P.2.2.; in tal senso anche Corte di Giustizia 18 marzo 1997, *Digo Cali e Figli s.r.l.*, C-343/95, in *Racc.*, in 1997, I, 1547.

¹⁴⁹ Così M. A. Sandulli, *Imprese pubbliche ed attività estranee ai settori esclusi: problemi e spunti di riflessione*, cit., 6.

¹⁵⁰ In presenza di contratti misti che presuppongono la realizzazione di lavori e la prestazione di uno o più servizi, ipotesi frequente, posto che il concessionario di lavori svolge spesso un servizio per l'utilizzatore sulla base dell'opera realizzata, bisogna ritenere che qualora l'obiettivo principale del contratto riguardi la costruzione di un'opera per conto del concedente, allora si è in presenza di una concessione di lavori (ad esempio nel caso di un'autostrada ovvero di un ponte a pedaggio); qualora, invece il contratto comporti vari oggetti dissociabili, sarà opportuno applicare a ciascuno di questi le regole specifiche relative (ad esempio, con riguardo ai servizi di ristorazione di un'autostrada che possono essere oggetto di una concessione di servizi diversa dalla concessione di costruzione o di gestione dell'autostrada).

interpretativa sulle concessioni nel diritto comunitario del 27 aprile 2000, e confermato dalla successiva giurisprudenza comunitaria¹⁵¹.

Si deve pertanto ritenere che, nell'affidamento di concessioni di servizi, non coperte dalle regole di evidenza pubblica *strictu sensu*, le amministrazioni¹⁵² non possono sfuggire dal rispetto dei principi comunitari di parità di trattamento¹⁵³, trasparenza¹⁵⁴, proporzionalità e riconoscimento reciproco.

Quel che distingue l'appalto e la concessione, istituti che la dottrina giuridica europea ha ormai equiparato sul piano della natura giuridica¹⁵⁵, è

¹⁵¹ Corte di Giustizia, 7 dicembre 2000, *Teleaustria*, cit., P. 60, in; sulla non derogabilità dei principi di cui ai Trattati, se non per eccezione tassative si veda anche *Comune di Almelo*, C-393/92, in *Racc.*, 1994, I-1478. Sulla base dell'esigenze del rispetto dei principi fondamentali di derivazione comunitaria anche per le concessioni, la giurisprudenza nazionale è arrivata ad affermare che lo strumento concessorio non sia più di per sé idoneo a giustificare affidamenti *intuitu personae*; in tal senso Consiglio di Stato, sez. IV, 17 gennaio 2002, n.253 e sez. V, 30 aprile 2002, n. 2294.

¹⁵² La Commissione nella già citata Comunicazione interpretativa della sulle concessioni nel diritto comunitario, al punto 3.3, con riguardo ai settori speciali, specifica *che "nell'ipotesi in cui il concedente sia un ente privato, quest'ultimo non è sottoposto né alle norme né ai principi sopra descritti" aggiungendo in nota che "[t]uttavia, nella misura in cui il concessionario beneficia di diritti esclusivi o speciali per attività di cui alla direttiva settori speciali, per questi appalti pubblici esso dovrà rispettare le norme di tale direttiva"*. In questo stesso senso la circolare 1 marzo 2002 n. 3944 relativo alle procedure di affidamento di concessioni di beni e lavori, in *GUCE*, n. 102 del 3 maggio 2002.

¹⁵³ Secondo la Comunicazione interpretativa della Commissione sulle concessioni nel diritto comunitario citata, sono contrarie alla parità di trattamento tutte le disposizioni che riservano contratti pubblici alle imprese nelle quali lo Stato o il settore pubblico detiene una partecipazione maggioritaria o totale.

¹⁵⁴ In proposito, la Corte di Giustizia, nella pronuncia *Telaustria* citata, sottolinea l'obbligo per il potere aggiudicante di garantire un adeguato grado di pubblicità nei confronti di ogni offerente potenziale, nel quadro dell'attribuzione di concessioni.

¹⁵⁵ Infatti l'esplicito riferimento al contratto sembrerebbe atto a superare l'acceso dibattito relativo alla natura provvedi mentale o meno dell'istituto.. La qualificazione comunitaria si è imposta anche nell'ordinamento interno, Mentre l'art. 4, co. 1, d. lgs. 19 dicembre 1991, n.406, di recepimento della direttiva 89/440/CEE, cit., disponeva che la qualifica in termini contrattuali dell'istituto era valevole solo ai fini dello stesso decreto legislativo, la legge *Merloni III*, l. 11 febbraio 1994, n.109, al co. 2 dell'art. 19, come modificato dalla l. 18 novembre 1998, n.415, s arrende a qualificare le concessioni di lavori come contratti. In dottrina si veda M. Protto, *Il nuovo diritto europeo degli appalti*, in *Urbanistica e appalti*, 2004, 757

il fatto che il diritto di gestione, dell'opera o del servizio, figura quale corrispettivo a favore del concessionario, alternativo o cumulativo rispetto ad un prezzo. Il concessionario, in pratica, trae la sua remunerazione dall'utilizzatore, segnatamente per il tramite della riscossione di un diritto. La concessione si connota, pertanto, da un rapporto trilaterale tra l'amministrazione concedente, il concessionario e gli utenti su cui normalmente grava il costo del servizio (quantomeno in parte).

Tanto per le concessioni di lavori, quanto per quelle di servizi, quel che rileva è, quindi, l'esistenza di una sostituzione soggettiva che comporta l'effettivo trasferimento della responsabilità di gestione da concedente a concessionario.

La presenza del rischio di gestione, di un elemento aleatorio¹⁵⁶ legato all'investimento realizzato, rappresenta elemento fondamentale della fattispecie, quant'anche, infatti, sia previsto anche un prezzo, la Commissione europea ha espressamente chiarito che questo non può eliminare il rischio inerente alla gestione¹⁵⁷, se non compromettendo la natura stessa della concessione, che, pertanto, potrà essere riqualificabile solo in termini di appalto.

La medesima distinzione tra appalto e concessione presente, in seno alle direttive europee, è stata recepita nel nostro codice dei contratti¹⁵⁸ e dalla stessa giurisprudenza nazionale.

Il Consiglio di Stato ha infatti specificato che le concessioni si distinguono dagli appalti *“non per il titolo provvedimentale dell'attività, né per il fatto*

¹⁵⁶ Il rischio è tradotto in aleatorietà per il concessionario, cfr rischio C. Iaione, *L'ambito oggettivo e soggettivo*, cit., 212.

¹⁵⁷ Comunicazione interpretativa della Commissione sulle concessioni nel diritto comunitario, GUCE, 29 aprile 2000, n. C 121/2, p. 2.1.2.. Sulla centralità dell'elemento di rischio Corte di Giustizia, 13 ottobre 2005, *Parking Brixen*, C-458/2003 in *Urbanistica e appalti*, 2006.

¹⁵⁸ Che riprende le medesime nozioni di appalto e concessione all'art. 3, co. da 7 a 12, d. lgs. 12 aprile 2006, n. 163, in *G.U.*, 100, 2 aprile 2006, s.o., n.107.

*che ci si trovi di fronte ad una vicenda di trasferimento di pubblici poteri o di ampliamento della sfera giuridica del privato, (che sarebbe un fenomeno tipico della concessione in una prospettiva coltivata da tradizionali orientamenti dottrinali), né per la loro natura autoritativa o provvedimentale rispetto alla natura contrattuale dell'appalto, ma per il fenomeno di traslazione dell'alea inerente una certa attività in capo al soggetto privato”.*¹⁵⁹

Anche secondo la nostra giurisprudenza il tratto distintivo tra concessioni e appalti risiederebbe, quindi, nell'assunzione del rischio di gestione da parte del concessionario, e nella particolare modalità di remunerazione dello stesso, ovvero la tariffa/canone percepito degli utenti.

2. Compatibilità tra le nozioni di concessionario e organismo di diritto pubblico.

La presenza o meno dell'alea del rischio di gestione oltre ad essere, com'è stato appena osservato, l'elemento distintivo dell'attività affidata in concessione rispetto a quelle attività attribuite con appalto, è anche l'elemento determinante per qualificare un'attività come industriale o commerciale al fine di poter qualificare o meno un soggetto in termini di organismo di diritto pubblico, dal momento che, come sarà approfondito in seguito, l'art. 9 della direttiva 18/2004/CE, riconosce come organismi di diritto pubblico quei soggetti istituiti per soddisfare specificatamente

¹⁵⁹ Consiglio di Stato, sez. VI, 15 maggio 2002, n. 2634, in *www.giustizia-amministrativa.it.*, P. 5.7. Nel caso di specie si ha riguardo ad un servizio di trasporto pubblico di linea. La Supremo Tribunale amministrativo ritiene che questo sia qualificabile come appalto di servizi “quando come talvolta accade ad es. nel caso di un servizio di "scuolabus" il suo onere sia interamente a carico dell'amministrazione, mentre se il servizio venga reso non a favore dell'amministrazione ma di una collettività indifferenziata di utenti, e venga almeno in parte pagato dagli utenti all'operatore del servizio, allora si è in ambito concessorio”.

esigenze di interesse generale di carattere non industriale o commerciale, che abbiano personalità giuridica e che siano assoggettati ad un controllo pubblico.

In base ai rilievi svolti in questa sede, sembrerebbe potersi preliminarmente affermare che un concessionario¹⁶⁰ di pubblici servizi, benché preposto alla cura di bisogni di interesse generale, non sarebbe qualificabile in termini di organismo di diritto pubblico, almeno in relazione alle attività affidategli in concessione, proprio in virtù del summenzionato trasferimento del rischio di gestione¹⁶¹.

¹⁶⁰ La figura del concessionario è stata riconosciuta dalla giurisprudenza più risalente quale organo indiretto dell'amministrazione, essendo la concessione un caso tipico di esercizio privato di pubbliche funzioni, posto che le funzioni che l'amministrazione attribuisce al privato attraverso l'atto concessorio non cessano di essere pubbliche per il fatto solo di essere esercitate da un soggetto privato. In tal senso Corte Cassazione, SS. UU., 29 dicembre 1990, n. 12221, in *Riv. Trim appalti*, 1992, 779, sez V, 21 ottobre 1991, n. 1250, in *Riv. Giur. polizia locale*, 1993, 73. Come osserva autorevolmente la dottrina *"In realtà di norma nessun potere e nessuna attività pubblica vengono trasferiti al concessionario, il soggetto privato concessionario (che è un imprenditore) non sottentra nella veste e nella posizione di diritto pubblico dell' Amministrazione. Peraltro anche se si volesse riconoscere nel concessionari, una forma di esercizio privato di funzioni pubbliche, ciò non comporterebbe affatto la trasformazione del soggetto privato in pubblico, né imporrebbe per i suoi atti il regime pubblicistico in luogo di quello proprio dell' agente. In questi casi lo Stato, cui spetta l'esercizio del potere autoritativo, ne trasferisce l'esercizio ad un privato; che in qualità di ausiliario della pubblica Amministrazione, cura un interesse alieno, che si aggiunge, senza cumularsi, agli interessi propri dell'imprenditore; il quale continua ad agire in nome proprio in qualità di soggetto privato"*. Così F. G. Scoca, *Le amministrazioni come operatori giuridici*, cit., 326. Sul punto Consiglio di Stato, sez. VI, 28 ottobre 1998, n. 1478, *Foro Amm.* 1998, fasc. 10, *Urbanistica e appalti* 1999, 71 con nota di M. Chiti. La menzionata pronuncia vale a superare la teoria dell'organo indiretto, ammettendo che la qualifica di concessionario di opera pubblica non è di per sé sufficiente ad imprimere agli atti valenza amministrativa, tanto sul versante oggettivo quanto sotto il profilo soggettivo, posto che, anche alla stregua della recente evoluzione legislativa in tema di appalti di lavori pubblici, il titolo concessorio non integra una fattispecie traslativa di funzioni pubbliche idonea a decretare la trasformazione del privato in organo indiretto della pubblica amministrazione, potendo lo stesso al massimo essere qualificabile in termini di organismo di diritto pubblico.

¹⁶¹ In questo senso B. Mameli, *L'organismo di diritto pubblico. Profili sostanziali e processuali*, cit., 116 e 117, secondo cui una tale conclusione dovrebbe essere viepiù confermata dall'interpretazione fornita dalla suprema Corte di Cassazione che ha

Invero tale assunto si pone in contrasto con esplicite indicazioni di diritto positivo¹⁶² e con l'elaborazione giurisprudenziale europea¹⁶³ e nazionale¹⁶⁴.

Nel senso della compatibilità delle due nozioni, l'art. 62 della direttiva 2004/18/CE (trasfuso nell'art. 148 del Codice dei contratti pubblici) statuisce che qualora il concessionario sia esso stesso un'amministrazione aggiudicatrice dovrà rispettare le disposizioni della direttiva per i lavori affidati a terzi.

Parte della dottrina ritiene di dover interpretare la norma estensivamente, anche alla luce della previsione di cui all'art. 29 co. 6, del Codice dei contratti pubblici, obbligando il concessionario al rispetto delle regole

ripetutamente affermato che perché si possa parlare di concessione di pubblico servizio è necessario che l'attività trasferita consista in prestazioni da eseguirsi a favore degli utenti che ne facciano richiesta e non in attività necessarie per la gestione del servizio, ma ad esso estranee. Cfr. Cassazione civile, SS. UU., 17 novembre 1998, n. 11574, in *Giust. civ. Mass.*, 1998, 2368. Anche con riguardo alla vecchia normativa, non difforme nella sostanza da quella attuale, è stato giustamente osservato come “[d]a una parte, dobbiamo innanzitutto ricordare l'art. 3 della direttiva 93/37/CEE (12), il quale prevede che il c.d. « concessionario » può anche essere una « amministrazione aggiudicatrice ». Nel contempo, dal combinato disposto delle lett. a) e d) dell'art. 1 della stessa direttiva si può agevolmente dedurre che il concessionario è anche imprenditore”. Così G. Marchigiani, *La nozione di Stato inteso in senso funzionale nelle direttive comunitarie in materia di appalti pubblici e sua rilevanza nel contesto generale del diritto comunitario*, cit., 1233.

¹⁶² Nel senso della incompatibilità delle due nozioni poteva essere rilevante il fatto che la legge quadro in materia di lavori pubblici n. 109/94, (abrogata dall'art. 256 del Codice dei contratti pubblici, d. lgs 163/2006) classificasse, all'art. 3 co. 2 lett. b), i concessionari tra gli altri enti aggiudicatori, non compresi nella categoria di amministrazioni aggiudicatrici e quindi estranei alla categoria degli organismi di diritto pubblico. Rilevante sul punto sembra essere la pronuncia della Suprema Corte di Cassazione, SS. UU., 11 febbraio 2005, n. 2852, in *Riv. giur. edilizia* 2005, 3, I, 746, circa una sub concessione di un bene demaniale, nella quale la Corte non pone alcuna questione riguardo alla qualificabilità del soggetto in termini di organismo di diritto pubblico.

¹⁶³ Cfr. Corte di Giustizia, *Teleaustria*, cit.; Comunicazione interpretativa della Commissione sulle concessioni nel diritto comunitario, Bruxelles, 12 aprile 2000.

¹⁶⁴ In tal senso Consiglio di Stato, sez. VI, 30 giugno 2011, n. 3892, in *Foro amm. CDS*, 2011, 6, 2103; sez. VI, 24 maggio 2002, n. 2855, in *Foro amm. CDS* 2002, 1325, in cui Poste Italiane S.p.a. viene qualificata sia come concessionario che come organismo di diritto pubblico; sez. V, 03 marzo 2001 n. 1227, in *Foro Amm.*, 2001, 472 (s.m.); sez. VI, 7 giugno 2001, n. 3090, in *Giust. civ.*, 2002, I, p. 1432; in *Gior. Dir. amm.*, 2001, 906, con nota di C. Guccione, *Gli appalti pubblici di servizi dei concessionari autostradali*; con nota di G. Pasquini, *La nozione di organismo di diritto pubblico*.

dell'evidenza pubblica anche per quanto attiene agli appalti di servizi e forniture¹⁶⁵.

Da ultimo il Supremo Collegio amministrativo¹⁶⁶ ha considerato il concessionario di opera pubblica, GEIE TMB (preposto alle realizzazione dei lavori relativi al tunnel del Monte Bianco), suscettibile di autonoma qualificazione come organismo di diritto pubblico, alla luce della sua personalità giuridica, del fine per cui è stato costituito secondo la convenzione italo-francese (creato ai fini esclusivi di: gestire, mantenere, rinnovare e modernizzare il tunnel ed i suoi annessi; gestire, mantenere e rinnovare gli impianti necessari alla gestione del traforo) e del suo integrale finanziamento e controllo da parte delle due società concessionarie che a loro volta sono organismi di diritto pubblico.

Nonostante l'equivocità in premessa, relativa alla natura dell'attività data in concessione, alla luce del diritto positivo e della giurisprudenza consolidata non si può quindi negare la potenziale qualificabilità del concessionario in termini di organismo di diritto pubblico, con la conseguente applicazione delle regole di scelta del contraente a cui lo stesso è obbligato.

¹⁶⁵ In tal senso R. Caranta, *I contratti pubblici*, cit., 286.

¹⁶⁶ Consiglio di Stato, sez. VI, 30 giugno 2011, n. 3892, cit.

II. L'organismo di diritto pubblico

1. L'evoluzione normativa della nozione di "amministrazioni aggiudicatrici".

Com'è già stato accennato, la figura di organismo di diritto pubblico è una figura di carattere sostanziale che fonda sulla coesistenza di tre presupposti necessari: il possesso della personalità giuridica; l'essere costituito per il perseguimento di bisogni di interesse generale non aventi carattere industriale o commerciale; la sottoposizione ad un'influenza dominante pubblica.

Il settore dove la nozione di organismo di diritto pubblico è stata prevalentemente sviluppata è stato quello degli appalti pubblici, anche se non mancano richiami della stessa in seno a Trattati¹⁶⁷. Del resto, com'è stato autorevolmente sottolineato¹⁶⁸ la funzionalizzazione pubblicistica dell'attività posta in essere da soggetti privati è strettamente correlata all'evenienza che questi si collochino al di fuori o in una posizione di privilegio rispetto alle regole del libero mercato. Per tanto, solo l'ampliamento della disciplina degli appalti a tutti i soggetti preposti allo svolgimento di attività sostanzialmente pubbliche, in base ad un approccio funzionale di soggetto pubblico, sembra poter garantire una sana concorrenza dei mercati.

La figura in esame è, ad oggi, annoverata tra i soggetti qualificati come enti aggiudicatori / amministrazioni aggiudicatrici ai sensi delle direttive 17 e 18

¹⁶⁷ La figura è infatti espressamente richiamata dagli art. 123, 124 e 125 TFUE.

¹⁶⁸ B. Mameli, *L'organismo di diritto pubblico. Profili sostanziali e processuali*, cit. 5.

del 2004¹⁶⁹, le quali accolgono, per l'appunto, una definizione aperta, non tassativa, di soggetto aggiudicatore.

La prima normativa in materia, direttiva 26 luglio 1971, n. 305, avente ad oggetto il coordinamento delle procedure di aggiudicazione in materia di appalti di lavori, contemplava un ambito soggettivo di applicazione molto più ristretto rispetto a quello odierno, accogliendo una nozione tassativa dei soggetti aggiudicatori: lo Stato, gli enti pubblici territoriali e le persone giuridiche di diritto pubblico enumerate tassativamente nell'allegato 1 della direttiva¹⁷⁰.

È stata, in realtà, la giurisprudenza comunitaria ad introdurre la nozione di organismo di diritto pubblico, in relazione, in particolare, ad un caso¹⁷¹ in cui si dubitava della qualifica di amministrazione aggiudicatrice di un ente di diritto privato a dominanza pubblica, in riferimento all'appena richiamata direttiva 71/305/CEE.

È solo con le direttive comunitarie di seconda generazione¹⁷² in materia di appalti pubblici, precisamente con la direttiva del 18 luglio 1989, n. 404, in materia di lavori, che la nozione di organismo diritto pubblico viene positivizzata, entrando a pieno titolo a far parte del novero dei soggetti aggiudicatori.

¹⁶⁹ Direttiva del 31 marzo 2004, n. 18, in *G.U.C.E.*, n. 134 del 30 aprile 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, che ha sostituito le direttive 92/50/CEE, 93/36/CEE e 93/37/CEE; direttiva del 31 marzo 2004, n. 17, in *G.U.C.E.*, n. 134 del 30 aprile 2004, relativa al coordinamento delle procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali, sostitutiva della vecchia direttiva 93/38/CEE.

¹⁷⁰ Allegato I, art. 1, lett. B, che per l'Italia riportava un esiguo numero di soggetti per altro non riconducibili all'allora sconosciuta figura dell'organismo di diritto pubblico.

¹⁷¹ Corte di Giustizia, 20 settembre 1998, *Beentjes*, C-31-87; vedi anche *Buy Irish*, C-249/81.

¹⁷² Termine così utilizzato da M. Chiti, *L'organismo di diritto pubblico e la nozione comunitaria di pubblica amministrazione*, cit., 53, riferendosi alle direttive 18 luglio 1989, n. 404, in materia di lavori, 88/295, in materia di forniture, 92/50 in materia di servizi, 90/531 per quanto concerne i settori speciali.

Tale definizione, “*potenzialmente capace di ricomprendere la maggior parte degli strumenti di realizzazione di lavori, forniture e servizi di natura pubblica di cui si serve discrezionalmente l’amministrazione in base al principio dell’autorganizzazione*”¹⁷³, ha considerevolmente ampliato l’ambito di applicazione soggettivo della disciplina.

Come è stato autorevolmente osservato¹⁷⁴, la necessità di un’espansione della nozione di amministrazioni aggiudicatrici, è stata avvertita soprattutto dal Parlamento europeo, al fine di evitare, da un lato, che un trattamento privilegiato delle imprese nazionali a scapito delle libertà fondamentali assicurate dai Trattati, dall’altro, che le normative di settore fossero facilmente eludibili sulla scorta di qualificazioni in termini strettamente formali dei soggetti aggiudicatori, in un contesto in cui la dicotomia tra pubblico e privato, come abbiamo visto, andava progressivamente stemperandosi¹⁷⁵.

Tale scelta viene confermata nelle successive direttive “consolidamento” del 1993¹⁷⁶, in materia di lavori pubblici, servizi, forniture, dove il legislatore continua ad adottare una nozione aperta di soggetti aggiudicatori attraverso l’utilizzo della figura dell’organismo di diritto pubblico.

Attualmente la nozione è stata recepita nelle citate direttive di coordinamento delle procedure di appalto pubblico di forniture, servizi e lavori, 31 marzo 2004, n. 18 e 17, relative rispettivamente ai settori ordinari ed ai c.d. settori speciali.

¹⁷³ B. Mameli, *L’organismo di diritto pubblico. Profili sostanziali e processuali*, cit., 2.

¹⁷⁴ M. Chiti, *L’organismo di diritto pubblico e la nozione comunitaria di pubblica amministrazione*, cit., 54.

¹⁷⁵ In tal senso si veda la già citata pronuncia Corte Costituzionale, 28 dicembre 1993, n. 466, www.giurcost.org.

¹⁷⁶ Direttiva 14 giugno 1993, n. 37 in materia di lavori pubblici, 93/36 forniture, nozione poi recepita anche alla dir. 92/50servizi. Per tutti, l’art. 1 della dir. 93/37 cit. statuisce, infatti, che “*si considerano amministrazioni aggiudicatrici lo Stato, gli enti pubblici territoriali, gli organismi di diritto pubblico e le associazioni costituite da uno o più di tali enti pubblici territoriali o di tali organismi di diritto pubblico*”.

La nozione di organismo di diritto pubblico è atta a ricomprendere qualunque soggetto che, indipendente dalla peculiare natura giuridica sia *“a) istituito per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale, b) dotato di personalità giuridica, e c) la cui attività sia finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico oppure la cui gestione sia soggetta al controllo di questi ultimi oppure la cui organo d'amministrazione, di direzione o di vigilanza sia costituito da membri dei quali più della metà è designata dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico”*¹⁷⁷.

È necessario, preliminarmente, sottolineare che, sebbene entrambe le direttive annoverano tra i soggetti aggiudicatori gli organismi di diritto pubblico, le due direttive non hanno lo stesso ambito soggettivo di applicazione¹⁷⁸ dal momento che, mentre il catalogo degli enti aggiudicatori, di cui al co. 2 art. 2 direttiva 2004/17/CE¹⁷⁹, è comprensivo anche della nozione di impresa pubblica, e di soggetti titolari di diritti

¹⁷⁷ Art. 1 co. 9, direttiva n. 18/2004//CE, cit., nozione per altro omogenea a quella riportata in seno all'art 2 co 1 , direttiva n. 2004/17/CE.

¹⁷⁸ Relativamente, invece, all'ambito di applicazione oggettivo della disciplina, questo non sarà oggetto di approfondimento del presente lavoro. È però necessario ricordare che la nozione di organismo di diritto pubblico assume rilievo in sede di delimitazione dell'ambito soggettivo di operatività della disciplina comunitaria (e nazionale di recepimento) relativa alle procedure di aggiudicazione degli appalti c.d. sopra soglia. A livello nazionale la nozione rileva anche con riguardo ai c.d. appalti sotto soglia, ai sensi dell'art. 121 del Codice dei contratti pubblici che espressamente prevede l'applicazione, anche ai contratti pubblici aventi per oggetto lavori, servizi, forniture, di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, delle disposizioni di cui alla parte I, parte IV e parte V, nonché delle disposizioni di cui alla parte II, in quanto non derogate dalle norme del titolo II. Ovvero, detto in termini più semplici, la disciplina delle gare sopra soglia vale anche per quelle sotto soglia, tranne laddove sia espressamente disposto diversamente, come ad esempio, in materia di pubblicità e termini di presentazione delle domande e delle offerte. Con riguardo alla determinazione delle soglie, ovvero del valore dell'appalto, vedi R. Caranta, *I contratti pubblici*, cit.

¹⁷⁹ *“La presente direttiva si applica agli enti aggiudicatori: a) che sono amministrazioni aggiudicatrici o imprese pubbliche che svolgono una delle attività di cui agli articoli da 3 a 7”*.

speciali o esclusivi, queste figure non risultano, invece, annoverate tra le amministrazioni aggiudicatrici di cui all'art 1 della direttiva n. 18/2004/CE.

Questa differenza ha sollevato la problematica, che sarà in seguito analizzata, circa i rapporti e le relazioni intercorrenti tra le figure in questione.

Nonostante le necessità di un adeguamento della disciplina degli anni Novanta, il nuovo quadro normativo più che riformare ha inteso riorganizzare la disciplina relativa alle procedure di aggiudicazione di settore, lasciando fundamentalmente inalterata le regole di affidamento degli appalti pubblici.

Tanto alla luce dei “considerando”¹⁸⁰ contenuti nel preambolo delle direttive, quanto dal tenore letterale della disposizione che si riferisce esplicitamente a “qualsiasi organismo”, sembra evidente che la priorità fondamentale del legislatore comunitario sia stata quella di garantire al massimo l'effetto utile della normativa di settore, ampliando il più possibile l'ambito d'applicazione soggettivo della disciplina, al fine di assicurare al massimo la liberalizzazione dei singoli mercati e la tutela della libera concorrenza.

¹⁸⁰ Si fa, in particolare, riferimento ai “considerando” 2 e 4 della direttiva 18/2004CE e 9 e 11 della direttiva 2004/17/CE. Con riferimento proprio al considerando numero 2 citato, autorevole dottrina sottolinea come non appaia “*del tutto centrato il rilievo per cui ciò che caratterizza le direttive appalti è snidare la pubblicità reale che si nasconde sotto diverse forme. Non si tratta infatti di cogliere il rilievo pubblicistico di molti organismi, tipico di un'epoca in cui le chiare distinzioni tra pubblico e privato del passato non esistono più; quanto più semplicemente di assicurare il massimo ampliarsi del mercato attraverso l'assoggettamento del maggior numero di soggetti possibili alle procedure di evidenza pubblica*”. Così, M. Chiti, *L'organismo di diritto pubblico e la nozione comunitaria di pubblica amministrazione*, cit., 55, che, nello specifico, critica quanto affermato da G Torregrossa, *I principi fondamentali dell'appalto comunitario, in Gli appalti nel settore energetico*, in *Quaderni della Rassegna giur. Energ. Elettr.*, 1994, 3 ss.. Tale dottrina è invece condivisa e richiamata da R. Garofoli, *Organismo di diritto pubblico: il recente allineamento tra Giudice comunitario e nazionale e i profili ancora problematici*, cit..

Questo è dimostrato, tra l'altro, dalla circostanza che l'allegato in cui sono specificati gli elenchi degli organismi di diritto pubblico per ogni Stato membro, ha un valore meramente dichiarativo/esemplificativo¹⁸¹, lasciando la nozione aperta alla verifica, caso per caso, della coesistenza dei tre criteri di riferimento¹⁸². Per altro, la circostanza che determinati soggetti siano richiamati negli elenchi in allegato non comporta che tutti gli enti della categoria siano per forza organismi di diritto pubblico. Al più, com'è stato giustamente osservato, si potrebbe parlare di una presunzione relativa in tal senso, altrimenti si avrebbe il paradosso di ritornare ad una enumerazione rigida, stridente con la stessa *ratio* sottesa alla nozione in esame¹⁸³.

Se da un lato è incontestabile che la finalità della figura dell'organismo di diritto pubblico nasca con l'obiettivo di dilatare al massimo l'ambito d'applicazione delle direttive appalti, al fine di preservare al meglio le prerogative del libero mercato, dall'altro, è bene, sin da ora, avvisare che la nozione in esame presenta una forte ambivalenza, infatti una interpretazione troppo estensiva dell'istituto potrebbe, invece, condurre a distorsioni del mercato, dal momento che, per deroga espressa¹⁸⁴ le stesse direttive non si applicano agli appalti aggiudicati da un'amministrazione aggiudicatrice a un'altra amministrazione aggiudicatrice o ad un'associazione di amministrazioni aggiudicatrici, in base ad un diritto esclusivo di cui esse beneficiano in virtù di disposizioni legislative, purché tali disposizioni siano compatibili con il trattato.

¹⁸¹ In tal senso l'Avvocato generale Lenz nelle conclusioni della causa C-247/89.

¹⁸² In questo senso, S. Girella, *Organismo di diritto pubblico e imprese pubbliche. L'ambito soggettivo nel sistema degli appalti europeo e nazionale*, Milano, 2010, 16.

¹⁸³ Al contrario, gli elenchi allegati alle discipline nazionali di recepimento danno vita a ad una qualificazione *ex lege* di organismo di diritto pubblico che sembra possa essere superata solamente attraverso una modifica degli elenchi stessi. In tal senso M. Chiti, *L'organismo di diritto pubblico e la nozione comunitaria di pubblica amministrazione*, 58, che a sua volta si rifà a M. Mensi, *Appalti, servizi pubblici e concessioni*, Padova, 1999, 12.

¹⁸⁴ Art. 18 Dir. 18/2004/CE cit., che fa espresso richiamo solo agli appalti di servizi, e art. 25 Dir. 2004/17/CE, cit..

È quindi evidente che, se da un lato, la qualificazione di un soggetto come organismo di diritto pubblico impone allo stesso il rispetto delle regole dell'evidenza pubblica, dall'altro gli conferisce anche la possibilità di operare fuori mercato scavalcando tutte le regole della libera concorrenza, attraverso affidamenti diretti tra pubbliche amministrazioni formali ed singoli enti gestori, c.d. affidamenti "a monte", in quanto riconducibili alla categoria delle amministrazioni aggiudicatrici¹⁸⁵.

Per quanto concerne il quadro normativo interno, il legislatore nazionale ha recepito in modo coerente la disciplina comunitaria in materia di appalti pubblici, confluita, ad oggi, nel codice dei contratti pubblici, d. lgs. 163 del 12 aprile 2006 e relative modificazioni¹⁸⁶.

All'art. 3 co. 25 e 26 sono specificate le amministrazioni aggiudicatrici ed è definita la nozione di organismo di diritto pubblico in modo sostanzialmente analogo a quanto previsto dall'art. 1 co. 9 della direttiva 2004/18/CE e art. 2 co. 1 lett. a) della direttiva 2004/17/CE.

Il co. 29 dello stesso articolo include, poi, nel novero degli enti aggiudicatori, ai fini dell'applicazione delle norme relative ai settori speciali, anche l'impresa pubblica, definita dal precedente co. 28, mentre i commi 27 e 30 definiscono come non tassativi gli elenchi allegati al decreto

¹⁸⁵ Cfr. T.A.R. Milano Lombardia, sez. I, 11 gennaio 1995, n. 54, in *Foro Amm.*, 1995, 1037, in cui il giudice esclude l'applicabilità della direttiva 92/50/CEE ad una società, contemplata dalla l. reg. Lombardia 28 dicembre 1983 n. 36, a capitale quasi interamente pubblico, attiva nel settore dei servizi informatici destinati agli enti pubblici locali anche territoriali, i cui contraenti possano essere esclusivamente enti pubblici, che sia priva dello scopo di lucro, e che rivesta carattere di organismo di diritto pubblico; parere 366/96.

¹⁸⁶ In precedenza le norme di riferimento erano contenute nei d. lgs. 17 marzo, n. 157 (come modificato dal d. lgs. n. 65/2000) e n. 158, e nel d. lgs. 358 del 1992 (come modificato dal d. lgs. n. 402/1998), oltre alle previsioni di cui alla legge quadro in materia di lavori pubblici n. 109, dell'11 febbraio 1994.

in cui sono annoverati rispettivamente parte degli organismi di diritto pubblico e degli enti aggiudicatori presenti nel panorama nazionale¹⁸⁷.

“Il panorama normativo descritto, in ambito sovranazionale come in sede di recepimento interno, profila quindi in modo univoco l’assoggettamento di molteplici soggetti, qualificabili secondo le categorie classiche, come di diritto privato, alle regole di evidenza pubblica intese ad assicurare i principi comunitari in tema di libertà di concorrenza e libertà di circolazione di merci servizi e persone”¹⁸⁸.

Proprio alla luce dell’alto potenziale distorsivo a cui, come osservato, un’exasperazione della nozione potrebbe condurre, è necessario operare una corretta identificazione dei tre criteri rilevanti. A tal fine sembra, pertanto, opportuna un’analisi puntuale dell’evoluzione di ognuno dei tre requisiti alla luce della giurisprudenza europea.

2. Alcuni principi fondamentali in materia. L’irrilevanza della natura giuridica soggettiva; l’ininfluenza della relatività dell’attività preposta alla soddisfazione di bisogni di interesse generale; la c.d. teoria del contagio.

Come già visto è in seno alla giurisprudenza europea che la nozione di organismo di diritto pubblico nasce, ed è in questa sede che prende forma e si sviluppa nelle sue odierne accezioni, dal momento che a livello legislativo, ormai dalla prima enunciazione della figura, non è stata prevista alcuna modifica benché *“dalla giurisprudenza dei giudici comunitari e*

¹⁸⁷ In tal senso S. Girella, *Organismo di diritto pubblico e imprese pubbliche. L’ambito soggettivo nel sistema degli appalti europeo e nazionale*, cit, 65 ss..

¹⁸⁸ Così Consiglio di Stato, sez. VI, 28 ottobre 1998, n. 1478, cit..

nazionali emergessero tutti i limiti di una definizione troppo vaga, specie circa il requisito di bisogni di interesse generale”¹⁸⁹.

Proprio perché l’istituto appartiene “*al novero di quelli comunitari, occorre [preliminarmente] far necessario riferimento alla Corte del Lussemburgo, le cui interpretazioni assumono valore di principio vincolante per le singole giurisdizioni nazionali*”¹⁹⁰.

Prima di procedere all’analisi dei tre requisiti determinanti per la qualificazione di un soggetto come organismo di diritto pubblico, sembra necessario soffermarsi su tre fondamentali principi in materia: il principio di neutralità della forma giuridica, il principio secondo il quale non è necessario che l’attività diretta alla soddisfazione di bisogni di interesse generale di carattere non industriale o commerciale sia la sola attività svolta dal soggetto considerato, o comunque l’attività prevalente, ed il dubbio principio della non ammissibilità di un “*organismo di diritto pubblico in parte qua*”¹⁹¹, anche conosciuto come teoria del contagio o dell’attrazione.

Per quanto concerne il primo dei tre menzionati principi, questo già sembra emergere dal carattere testuale della disposizione che, come osservato, utilizza l’accezione “*qualsiasi organismo istituito per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale, b) dotato di personalità giuridica, e c) la cui attività sia finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico oppure la cui gestione sia soggetta al controllo di questi ultimi oppure il cui organo*

¹⁸⁹ M. Chiti, *L’organismo di diritto pubblico e la nozione comunitaria di pubblica amministrazione*, cit.

¹⁹⁰ T.A.R. Lazio, sez. III, 26 febbraio 2003, n. 1559, in *Dir. trasporti* 2003, 1066 (s.m.)

¹⁹¹ Così Garofoli, *Organismo di diritto pubblico: allineamento tra Giudice comunitario e nazionale*, cit.; con riguardo alla ammissibilità della figura dell’organismo di diritto pubblico *in parte qua*, di cui si argomenterà più dettagliatamente nell’ultimo capitolo del presente lavoro, vedi in particolare M. A. Sandulli, *Impresa pubblica e regole di affidamento dei contratti*, in www.federalismi.it, 18.

d'amministrazione, di direzione o di vigilanza sia costituito da membri dei quali più della metà è designata dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico”.

È chiara, quindi, già dal tenore letterale della norma, la palese irrilevanza della natura del soggetto, in favore di una ricostruzione funzionale e teleologica dei tre requisiti caratterizzanti, di tal che il concetto di amministrazione aggiudicatrice non sia più identificabile con una nozione soggettiva di pubblica amministrazione, a cui è connesso l'attribuzione di specifici poteri autoritativi, abbracciando soggetti i quali, sebbene privi di potestà autoritative, siano, tuttavia, incaricati della gestione di bisogni di interesse economico generale aventi carattere non industriale o commerciale¹⁹².

Conformemente al principio di neutralità della natura giuridica del soggetto, già sancito dalle dalla giurisprudenza europea al fine di determinare la nozione di impresa, rilevante nel quadro della disciplina della libera concorrenza, anche con riguardo alla figura di organismo di diritto pubblico l'attenzione sembra radicarsi nella natura dell'attività posta in essere piuttosto che nella qualificazione giuridico - soggettiva dell'ente. È, infatti, proprio dalla qualificazione della natura dell'attività, come pubblica o privata, che dipenderà l'applicazione di uno o altro regime giuridico.

Con riguardo al secondo ed al terzo dei principi citati, invece, la Corte di Giustizia, rileva, nella nota pronuncia *Mannesman*¹⁹³, che, al fine della qualificabilità di un soggetto come organismo di diritto pubblico non rileva il fatto che questi abbia come scopo prevalente o esclusivo quello di soddisfare bisogni di interesse generale non avente carattere industriale o commerciale, dal momento che, *“la condizione [...] secondo cui*

¹⁹² In tal senso B. Mameli, *L'organismo di diritto pubblico. Profili sostanziali e processuali*, cit., 13 ss..

¹⁹³ Corte di Giustizia, 15 gennaio 1998, *Mannesmann*, C-44/96, in *Racc.*, 1998, I-00073.

l'organismo dev'essere stato istituito per soddisfare «specificatamente» bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale non implica che esso sia incaricato unicamente di soddisfare bisogni del genere»¹⁹⁴.

Circa la prevalenza dell'attività, la stessa Corte afferma che far dipendere la qualifica di organismo di diritto pubblico dall'ampiezza dell'attività svolta sarebbe contrario al principio di certezza del diritto¹⁹⁵. Per tanto, fin quando il soggetto continui ad assolvere anche a bisogni di interesse generale non aventi carattere industriale o commerciale, indipendentemente dalla predominanza o meno di tale attività, questo dovrà essere qualificato come organismo di diritto pubblico e quindi sottoposto alla relativa disciplina¹⁹⁶. Principio, per altro, del tutto coerente con il dato testuale della disposizione, che non fa alcuna distinzione tra le differenti attività poste in essere dallo stesso soggetto.

In base a tale assunto sarebbero così attratte sotto la disciplina pubblicistica tutte le attività comunque poste in essere da un soggetto qualificato come organismo di diritto pubblico, quand'anche solo una parte, benché minima,

¹⁹⁴ Corte di Giustizia, *Mannesmann*, cit., P. 26., nel caso di specie si trattava della tipografia di Stato Austriaca, la quale, senza dubbio istituita per soddisfare bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale. essendo i documenti alla cui produzione la stessa era preposta strettamente collegati all'ordine pubblico ed al funzionamento istituzionale dello Stato, che esigono una garanzia di approvvigionamento e condizioni di produzione che garantiscano il rispetto delle norme di riservatezza e di sicurezza. oltre a tale compito, ed in misura non prevalente, la stessa si occupava della produzione di altri stampati nonché l'edizione e la distribuzione di libri destinati al libero mercato.

¹⁹⁵ Corte di Giustizia Sentenza *Mannesmann*, cit., P. 34.. Lo stesso principio della irrilevanza dell'importanza relativa dell'attività preposta al soddisfacimento dei bisogni di interesse generale di carattere non commerciale viene ripreso dalla Corte di Giustizia nella successiva pronuncia, *Arnhem*, cit., P. 58.

¹⁹⁶ Il giudice nazionale non è uniforme nel recepimento di tale principio, infatti in questo senso, sul punto si tornerà con più dovizia nell'ultimo capitolo del presente lavoro.

delle attività poste in essere siano rivolte al perseguimento di bisogni di interesse generale di carattere non industriale o commerciale¹⁹⁷.

Tale soluzione è stata fortemente criticata da parte della dottrina la quale afferma che con questa pronuncia è stato dato un avvio “*nel senso di un vero e proprio status giuridico dell’organismo di diritto pubblico [...] che soggettivizza la problematica in esame, in evidente contraddizione con l’approccio funzionale ripetutamente dichiarato come qualificante*”¹⁹⁸.

Quel che la dottrina richiamata critica non sono tanto le soluzioni apprestate dalla Corte, ritenute anzi, “*del tutto appropriat[e] al caso sottopostole*”, piuttosto l’omissione di passaggi logici essenziali. Se da un lato, infatti, non viene contestato che principi come la certezza del diritto abbiano un valore cruciale, soprattutto in un contesto come l’ordinamento comunitario, dove i singoli sono parte essenziale, dall’altro viene sottolineato come “*per assicurare tale esigenza non si può eliminare il dato della molteplice rilevanza giuridica delle attività poste in essere da un medesimo soggetto di natura pubblica o privata che sia.*”. Del resto proprio la stessa Corte di Giustizia ha riconosciuto la molteplice rilevanza giuridica delle differenti attività poste in essere da uno stesso soggetto, in ambiti liminari a quelli

¹⁹⁷ Tale principio dell’attrazione, sancito per la prima volta nella citata sentenza *Mannesmann*, P. 31 – 34, è stato riaffermato dalla Corte di Giustizia, 18 novembre 2004, *Commissione delle Comunità europee contro Repubblica federale di Germania*, C-126/03, P. 18, in *Racc.*, 2004, I-11197; 11 gennaio 2005, *Stadt Halle*, C-26/03, in *Racc.*, 2005, I-00001, P. 52. La circostanza che impone al soggetto di sottostare sempre alle regole dell’evidenza pubblica, solleva problematiche con riguardo alla distinzione tra la figura di organismo di diritto pubblico ed impresa pubblica. In tal senso C. Acocella, *Amministrazioni aggiudicatrici e altri soggetti aggiudicatori - Commento all’art. 32*, in L. Perfetti (a cura di), *Codice dei Contratti pubblici commentato*, Milano, 2013, 416, la quale si rinvia a L. Perfetti, *L’organismo di diritto pubblico e le sue incerte frontiere. Il caso di grandi stazioni tra diritti speciali ed esclusivi ed obblighi di gara*, FA CDS 2005, 1347.

¹⁹⁸ M. Chiti, *L’organismo di diritto pubblico e la nozione comunitaria di pubblica amministrazione*, 67 ss.; nello stesso senso anche R. Garofoli, *Organismo di diritto pubblico: allineamento tra Giudice comunitario e nazionale*, cit.; G. Guccione, *Commento alla sentenza della Corte di Giustizia*, 22 maggio 2003, in causa C-18/01, M. A. Sandulli, *Impresa pubblica e regole di affidamento dei contratti*, in www.federalismi.it.

dell'organismo di diritto pubblico, come dimostrato dalla famosa pronuncia *Eurocontrol*¹⁹⁹.

Per altro, c'è chi ha giustamente rilevato che la necessità di garantire la certezza del diritto verrebbe meno in quelle ipotesi in cui, per il tipo di attività considerata e per il complessivo regime a cui la stessa sia sottoposta, i rischi di incertezza del diritto siano irrilevanti²⁰⁰.

In tal senso, la tesi del contagio è stata aspramente criticata anche dall'Avvocato generale Jacobs, in occasione delle conclusioni relative al caso *Impresa portuale di Cagliari*, che ha affermato che qualora “*l'ente [possa] dimostrare che gli appalti in questione si riferiscono esclusivamente alle sue attività direttamente esposte alla concorrenza e che non vi sono sovvenzioni incrociate tra tali attività e le altre svolte in un regime in cui non vige concorrenza, la teoria della contaminazione dovrebbe soccombere*”²⁰¹.

La giurisprudenza comunitaria ha escluso l'applicazione di tale principio con riguardo all'ambito di applicazione della normativa relativa ai settori speciali, in ragione della “portata ristretta” della stessa²⁰². Nel caso *Aigner*²⁰³ la Corte ha infatti statuito che ai sensi della direttiva 2004/17/CE, un ente aggiudicatore è tenuto ad applicare la procedure ivi prevista solo relativamente agli appalti che sono in relazione con le attività espressamente considerate negli art. 3-7 della direttiva stessa.

¹⁹⁹ Corte di Giustizia 19 gennaio 1994, *Eurocontrol*, C-364, che dà risalto alla molteplicità della rilevanza giuridica di un soggetto in contesti non lontani da quelli in questo lavoro esaminati, facendo espressamente richiamo al criterio dell'attività *détachable*. Cfr. M. Chiti, *L'organismo di diritto pubblico e la nozione comunitaria di pubblica amministrazione*, cit., 67.

²⁰⁰ In tal senso, G. Guccione, *Commento alla sentenza della Corte di Giustizia*, cit..

²⁰¹ Corte di Giustizia, 21 aprile 2005, *Impresa portuale di Cagliari*, C-174/03, Conclusioni Avv. generale Jacobs, P.68.

²⁰² C. Acocella, *Amministrazioni aggiudicatrici e altri soggetti aggiudicatori - Commento all'art. 32*, cit., 416.

²⁰³ Corte di Giustizia, 10 aprile 2008, *Ing. Aigner*, C-393/06, P. 49 – 54.

Tale principio non esonera dal rispetto delle regole dell'evidenza pubblica, ai sensi della direttiva 2004/18/CE, quei soggetti che comunque siano qualificabili come organismo di diritto pubblico, dal momento che, come è stato appena osservato, la Corte di Giustizia ha affermato il principio di attrazione alle regole di scelta del contraente di tutte le attività poste in essere da un organismo di diritto pubblico, indipendentemente dalla natura commerciale o meno delle stesse, con riguardo ai settori ordinari.

Sulla tematica relativa alla c.d. teoria del contagio, ed all'ipotesi della configurabilità di una figura di organismo di diritto pubblico *in parte qua*, si tornerà in maniera più approfondita nel seguito di questo lavoro, relativamente alle relazioni intercorrenti tra la figura di organismo di diritto pubblico e quella di impresa pubblica.

3. I tre criteri di qualificazione dell'organismo di diritto pubblico.

La nozione di organismo di diritto pubblico fonda, dunque, su tre elementi: il carattere dei bisogni per il quale l'ente è stato istituito, la personalità giuridica, ed una serie di indici che lascino presumere che le scelte del soggetto siano concretamente influenzate da un ente già qualificato come pubblico, e quindi con il conseguente rischio che lo stesso organismo non operi secondo le logiche di mercato²⁰⁴.

²⁰⁴ In tal senso R. Caranta, *I contratti pubblici*, Torino, 2012, 256.

Con riguardo ai tre requisiti richiamati, rilevanti al fine della qualifica di un soggetto come di organismo di diritto pubblico, la Corte di Giustizia ha da subito chiarito che questi hanno carattere tra loro cumulativo²⁰⁵.

Pertanto, si proseguirà nella trattazione di questo lavoro analizzando dapprima i requisiti della personalità giuridica e dell'influenza pubblica, i quali hanno sollevato un dibattito giurisprudenziale e dottrinale limitato, e successivamente entrando nel vivo delle criticità inerenti al primo dei tre requisiti, che ha, invece, sollevato molti dubbi interpretativi, soprattutto con riguardo al requisito negativo del carattere non industriale o commerciale.

3.1 La personalità giuridica

Il requisito della personalità giuridica non sembra presentare particolari problematiche, essendo, questo presupposto proprio della stessa capacità di essere parte di un contratto²⁰⁶. D'altronde, in coerenza con il principio di irrilevanza della natura giuridica del soggetto, ed *“in conformità al principio di non discriminazione di ogni forma di soggettività giuridica riconosciuta negli ordinamenti europei”*²⁰⁷, la nozione di personalità giuridica comunitaria si presta ad accogliere tanto la personalità di diritto pubblico, quanto quella di diritto privato²⁰⁸.

²⁰⁵ Corte di Giustizia *Mannessmann*, cit., P. 21 e *BFI Holding*, 10 maggio 2001, cause riunite 22 maggio 2003, in *Racc.*, I, 6821, *Agorà e Excelsior*, C- 223/99 e C-260/99, P. 26, in *Racc.*, I, 3605; *Taitotalo*, 18 gennaio, P.32.

²⁰⁶ R. Caranta, *I contratti pubblici*, Torino, 2012, 260.

²⁰⁷ D. Casalini, *L'organismo di diritto pubblico e l'organizzazione in house*, Napoli, 2003.

²⁰⁸ C. Acocella, *Amministrazioni aggiudicatrici e altri soggetti aggiudicatori - Commento all'art. 32*, cit., 416.

A tal proposito, infatti, la Corte di Giustizia²⁰⁹ sembra aver manifestato una vera e propria indifferenza verso le forme giuridiche di diritto interno, questione che attiene ad un dibattito meramente nazionale.

Anche alla luce della giurisprudenza interna, sembra che la figura dell'organismo di diritto pubblico sia rinvenibile sotto spoglie giuridiche le più variegata²¹⁰: S.p.a., aziende speciali, consorzi, fondazioni, associazioni, enti fieristici enti previdenziali, ecc..

²⁰⁹ Corte di Giustizia, 15 maggio 2003, *Commissione c. Spagna*, C-214/00, P. 54.

²¹⁰ A conferma dell'assenza di un dibattito giurisprudenziale in materia, "giova segnalare come di frequente ci si imbatte nell'osservazione, non particolarmente argomentata, secondo la quale il requisito della personalità giuridica è soddisfatto dalla veste di società per azioni". Così C. Acocella, *Amministrazioni aggiudicatrici e altri soggetti aggiudicatori - Commento all'art. 32*, cit., 416, che a sua volta si rifà a R. Garofoli, *L'organismo di diritto pubblico*, in *Trattato sui contratti pubblici*, I, M. A. Sandulli e altri (a cura di), Milano, 2008, 555. Alla stregua della questione la compatibilità tra il modello della società per azioni e la nozione di organismo di diritto pubblico. cfr. *ex multis*, Consiglio di Stato, sez. VI, 17 luglio 2002 n. 4711, *Dir. proc. amm.*, 2003, 486, sez. VI, 24 maggio 2002 n. 2855, in *Foro amm. CDS*, 2002, 1325, in *Studium Juris*, 2002, 1271; T.A.R. Veneto, Venezia, sez. I, 29 luglio 2009, n. 2247, in *Foro amm. TAR*, 2009, 7-8, 1998 (s.m.); T.A.R. Campania, Napoli, sez. II, 21 marzo 2007 n. 2600, in *Foro amm. TAR*, 2007, 3, 1058 (s.m.); T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 8 agosto 2006 n. 7110, in *Foro amm. TAR*, 2006, 7-8, 2559; T.A.R. Lombardia, Brescia, 27 febbraio 2006 n. 235, in *Foro amm. TAR*, 2006, 2, 489 (s.m.). Con riguardo alla personalità di fondazioni qualificate come organismi di diritto pubblico cfr. Corte di Cassazione, SS. UU., 7 luglio 2011 n. 14958, in *Giust. civ. Mass.*, 2011, 7-8, 1031, SS. UU., 8 febbraio 2006 n. 2637, in *Giust. civ. Mass.*, 2006, 2; Consiglio di Stato, sez. VI, 19 luglio 2007, n. 4060, in *Ragiufarm*, 2008, 103, 54 (s.m.), sez. VI, 15 giugno 2009, n. 3829, in *Giur. it.*, 2009, 457; T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 31 luglio 2007, n. 7283, in *Foro amm. TAR*, 2007, 7-8, I, 2430 (s.m.), con nota di R. Dipace. Con particolare riguardo alle fondazioni bancarie queste non rientrano nell'elenco degli organismi di diritto pubblico salvo che usufruiscano di finanziamenti pubblici o altri ausili, cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, 3 marzo 2010, n.125, in *Giorn. Dir. amm.*, 2010, 530. Con riguardo a consorzi e aziende speciali B. Mameli, *L'organismo di diritto pubblico. Profili sostanziali e processuali*, cit., p. 142. Con riguardo alla qualificabilità degli enti previdenziali in termini di organismo di diritto pubblico, cfr. Corte di Giustizia, 11 giugno 2009, Oymanns, C- 300/07, in *Racc.*, 2009, I-04779; Corte di Cassazione, SS. UU., 15 maggio 2006, 11088 (ord.), in *Mass. Giur. it.*, 2006; Consiglio di Stato, sez. VI, 23 gennaio 2006, n.182, in *Urbanistica e appalti*, 2006, 273, con nota di R. Proietti, *Anche gli enti previdenziali dei liberi professionisti sono organismi di diritto pubblico*. Con riguardo alle associazioni si rinvia a G. Marchigiani *La nozione di Stato intesa in senso funzionale*, cit., 1237. Con riferimento agli enti fieristici si rinvia ai paragrafi 4.1, 4.2, 4.3 del presente capitolo.

È stato, in oltre, autorevolmente posto in evidenza che il requisito della personalità potrebbe essere benissimo ricavato per induzione, ovvero dalla constatazione della presenza del requisito relativo all'influenza dominante, nella misura in cui da quest'ultima possa essere inferita l'alterità dei soggetti di cui è in questione il rapporto. *“Tale rilievo muove, con tutta evidenza, dalla considerazione che al possesso della personalità giuridica sia sottesa l'esigenza di comprovare che l'organismo oggetto di osservazione abbia una configurazione distinta rispetto all'autorità pubblica che lo controlla”*²¹¹.

Il requisito della personalità apre piuttosto delle problematiche relative alla qualificabilità degli enti di fatto e delle associazioni non riconosciute come organismi di diritto pubblico. A questi soggetti, infatti, seppur sprovvisti della personalità giuridica in senso formale, l'ordinamento giuridico riconosce comunque la soggettività giuridica²¹², invero *“da lungo tempo dottrina e giurisprudenza hanno preso coscienza della esistenza di soggetti di diritto diversi ed ulteriori rispetto alla persone fisiche ed alle persone giuridiche [...] che dopo molte resistenze la giurisprudenza ha riconosciuto essere soggetti di diritto. Pertanto l'area della soggettività giuridica deve essere ritenuta più ampia e comprensiva dell'area della personalità giuridica. La nozione di figure soggettive, intese a designare l'insieme dei*

²¹¹ C. Acocella, *Amministrazioni aggiudicatrici e altri soggetti aggiudicatori - Commento all'art. 32*, cit., 11 – 12, che a propria volta rinvia a R. Chieppa - V. Lopilato, *Studi di diritto amministrativo*, Milano 2001, 7.

²¹² *“Nel settore pubblico pertanto, mentre resta centrale ed ineliminabile la nozione di soggetto giuridico, appare meno rilevante la nozione di persona giuridica: ciò che conta è che vi siano centri di imputazione dell'attività di cura degli interessi pubblici. [D'altronde] mentre il soggetto è come tale essenzialmente un centro d'azione, la persona può essere considerata “un centro di azione e responsabilità”. L'agire giuridico implica la soggettività; il soggetto è il protagonista dell'azione. Mentre la persona è il termine dell'avere giuridico, il soggetto è il termine dell'agire: si può recuperare al concetto di diritto positivo di persona giuridica sia ciò che è proprio della persona (l'avere), sia ciò che è proprio del soggetto (l'agire), fermo restando che ci sono soggetti che agiscono senza personalità (senza l'avere)”,* così L. Mazzaroli e altri (a cura di), cit., 317; cfr. anche P. Zatti, *Persona giuridica e soggettività*, Padova, 1975.

*soggetti o delle entità che superano la soglia minima della soggettività, è particolarmente utile nel diritto pubblico, dove la complessità e varietà delle organizzazioni è elevatissimo*²¹³.

Sarebbe pertanto ragionevole chiedersi se il requisito della personalità giuridica, di cui alle direttive in esame, non sia invero sovrapponibile alla semplice soggettività giuridica²¹⁴, essendo questa una nozione di tipo sostanziale, e quindi più affine all'approccio comunitario, piuttosto che alla nozione formale di personalità.

Al riguardo, infatti, è stato autorevolmente osservato come un'interpretazione restrittiva subordinerebbe l'applicazione delle regole dell'evidenza pubblica ad una mera scelta strategica di quei soggetti che pur adempiendo agli altri due requisiti costitutivi, difettino volontariamente del requisito formale della personalità giuridica²¹⁵.

²¹³ F. G. Scoca, *Le amministrazioni come operatori giuridici*, cit., 317. Tale dottrina mette in luce la dubbia ascrivibilità al panorama delle organizzazioni amministrative di quei soggetti che, come gli enti di fatto, sono organizzazioni prive di quel formale riconoscimento idoneo a qualificarli come persone giuridiche, ma a cui è riconosciuta una determinata soggettività giuridica. La citata dottrina rileva che “[t]ale ipotesi sembra in concreto molto difficile dal momento che l'organizzazione amministrativa è necessariamente organizzazione formale, solo la legge, ed eventualmente il regolamento disciplinare le organizzazioni amministrative. Escludere gli enti di fatto dal novero delle organizzazioni amministrative non corrisponde ad escludere anche che possano rivestire una qualche rilevanza pubblicistica, né sono esempio i partiti politici e le associazioni sindacali, dei quali è innegabile il loro rilievo pubblicistico”.

²¹⁴ In tal senso C. Acocella, *Amministrazioni aggiudicatrici e altri soggetti aggiudicatori - Commento all'art. 32*, cit., 416; nello stesso senso D. Casalini, *L'organismo di diritto pubblico l'organizzazione in house*, Napoli, 2003, 228.

²¹⁵ In tal senso C. Acocella, *Amministrazioni aggiudicatrici e altri soggetti aggiudicatori - Commento all'art. 32*, cit., 416, la quale, a sua volta, si rinvia a C. Iaione, *L'ambito oggettivo e soggettivo*, in M. Clarich (a cura di), *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, Torino 2010, 204. Nello stesso senso T.A.R. Sicilia, Palermo, sez III, 25 novembre 2005, n. 6309.

3.2 L'influenza pubblica

Con riguardo al requisito relativo all'influenza pubblica, questa viene presunta dalla presenza di una serie di condizioni, specificate dalla disposizione²¹⁶, alternative tra loro e che hanno riguardo alla presenza di un finanziamento pubblico maggioritario, di un controllo di gestione da parte di un soggetto pubblico, o, della circostanza in cui l'organo di direzione o di vigilanza sia composto da membri più della metà dei quali sia designata dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico.

Osserva la Corte che *“ciascuno dei criteri alternativi [...] riflette una situazione di stretta dipendenza di un organismo nei confronti dello Stato, di enti pubblici territoriali o di altri organismi di diritto pubblico”*²¹⁷. In pratica, la constatazione di un finanziamento pubblico maggioritario o di un controllo di gestione da parte di un soggetto pubblico (o di altro organismo di diritto pubblico), lascia presumere la possibilità che l'attività svolta dal soggetto sia guidata da criteri sostanzialmente differenti, in termini di efficienze allocative, rispetto a quelli che seguirebbe un imprenditore privato.

Mentre palese appare il terzo criterio rilevante al fine di determinare la sussistenza o meno di un controllo pubblico, sembra invece opportuno soffermarsi nell'analisi degli altri due.

²¹⁶ *“la cui attività sia finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico, oppure la cui gestione sia soggetta a un controllo da parte di questi ultimi oppure il cui organo d'amministrazione, di direzione o di vigilanza sia costituito da membri dei quali più della metà è designata dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico”*.

²¹⁷ Corte di Giustizia, 27.febbraio.2003, *Adolf Truley*, C-373/00, P. 68; così già, 1.febbraio.2001, *Commissione c. Francia*, C-237/99, P. 22, e 3.ottobre.2000, causa C-380/98, *University of Cambridge*, P. 20.

Con riguardo alla condizione del finanziamento maggioritario da parte dello Stato, degli enti locali o da altri organismi di diritto pubblico, centrale importanza riveste la pronuncia, *University of Cambridge*²¹⁸, in cui la Corte di giustizia mette in evidenza che “[s]e da un lato la forma di finanziamento di un dato organismo può essere rivelatrice di una stretta dipendenza di quest'ultimo rispetto ad un'altra amministrazione aggiudicatrice, dall'altro bisogna però constatare come tale criterio non abbia valore assoluto. Non tutti i finanziamenti erogati da un'amministrazione aggiudicatrice hanno per effetto di creare o rafforzare uno specifico legame di subordinazione o dipendenza. Soltanto le prestazioni che, mediante un aiuto finanziario versato senza specifica controprestazione, finanzino o sostengano le attività dell'ente interessato possono essere qualificate come «finanziamento pubblico»”.

La Corte ha così affermato che rientrano nella nozione di finanziamento pubblico solo quelle erogazioni che siano svincolate da un controprestazione contrattuale, dal momento che solo l'impiego di risorse pubbliche senza un corrispettivo possa far legittimamente presumere un effettivo condizionamento pubblico, atto a far sorgere il rischio che il soggetto “*agisca in maniera parziale nella scelta di eventuali partners contrattuali*”²¹⁹.

Sono pertanto escluse dalla nozione di finanziamento pubblico, tutte quelle somme percepite in base all'adempimento di specifici rapporti sinallagmatici, che possono essere considerati come rientranti “*nelle*

²¹⁸ Corte di Giustizia, 3 ottobre 2000, *The Queen c. H.M. Treasury ex parte: The University of Cambridge*, P. 21 ss.. Nel caso di specie la Corte è stata chiamata a valutare quali erogazioni pubbliche, percepite dall'Università di Cambridge assumessero rilevanza al fine di qualificare la stessa come organismo di diritto pubblico.

²¹⁹ Così C. Acocella, *Amministrazioni aggiudicatrici e altri soggetti aggiudicatori - Commento all'art. 32*, cit., 416.

normali relazioni commerciali che si sviluppano nell'ambito di contratti liberamente negoziati tra normali contraenti"²²⁰.

Anche in questa sede, la Corte adotta un'interpretazione funzionale della nozione in esame. Il concetto di finanziamento viene, infatti, guardato in funzione della capacità dell'erogazione pubblica di instaurare un legame di dipendenza tra il soggetto erogatore e l'ente beneficiario, nonché del grado di incidenza che meccanismi idonei a compensare eventuali perdite finanziarie abbiano sull'effettività del rischio economico dell'attività esercitata²²¹.

Per quanto ancora concerne l'interpretazione della locuzione "*in modo maggioritario*", la Corte sembra propendere per un criterio quantitativo, nel senso che il finanziamento pubblico debba rappresentare più del cinquanta per cento del *budget* annuale dell'ente come prevedibile all'inizio dell'anno finanziario²²².

Circa le modalità di erogazione dei finanziamenti la Corte si è espressa in un'interessante pronuncia²²³, avente ad oggetto la qualificabilità di organismi di diritto pubblico di soggetti preposti all'erogazione dei servizi radiotelevisivi. In questa sede è stato affermato, in perfetta coerenza con l'approccio funzionale sul tema, il principio dell'indifferenza delle modalità di finanziamento, facendo rientrare nel concetto di finanziamento pubblico anche un finanziamento indiretto quale, nel caso di specie, il canone imposto dallo Stato a carico di coloro che detengano un apparecchio radiotelevisivo ricevente.

²²⁰ Così B. Mameli, *L'organismo di diritto pubblico. Profili sostanziali e processuali*, cit. 34.

²²¹ In tal senso Corte di Giustizia, 10 maggio 2001, *Agorà s.r.l. c. Ente Autonomo Fiera Internazionale di Milano*, cause riunite C-223/99 e C-260/99, in *Urb. e app.*, 1999, 85 ss., con nota di E. Chiti, *Cala il sipario sull'ente fiera di Milano*.

²²² Corte di Giustizia, *Univerity of Cambridge*, cit., P.27 ss..

²²³ Corte di Giustizia, 13 dicembre 2007, *Bayerischer Rundfunk*, C-337/06, in *Foro it.*, 2009, IV, 184.

Tale orientamento è stato, successivamente, confermato, in una pronuncia²²⁴ relativa alla qualificabilità come organismi di diritto pubblico degli enti previdenziali tedeschi. La Corte ha ritenuto, in questa sede, la sussistenza del finanziamento pubblico maggioritario qualora l'attività delle casse pubbliche di assicurazione malattia venga finanziata in via principale mediante contributi a carico degli affiliati, imposti, calcolati e riscossi in base a norme di diritto pubblico, e non corrispondenti ad alcuna specifica controprestazione contrattuale.

Per quanto riguarda poi, in particolare, il criterio relativo al controllo della gestione, la Corte²²⁵ ha statuito che il suddetto controllo debba essere capace di creare una dipendenza del soggetto nei confronti del potere pubblico, tale che le scelte poste in essere siano, in pratica, a quest'ultimo imputabili, in maniera equivalente a quella dipendenza esistente allorché uno degli altri due criteri alternativi è soddisfatto²²⁶.

A tal riguardo la Corte²²⁷ ha escluso che un controllo *ex post*, sia idoneo a determinare un controllo di gestione, dal momento che non permette alle pubbliche autorità di influenzare le decisioni dell'organismo interessato in

²²⁴ Corte di Giustizia, 11 giugno 2009, *Oymanns*, C-300/07, in *Racc.*, 2009, I-04779, P. 52 ss..

²²⁵ Nel caso *Coillte Teoranta*, relativo alla configurabilità come organismo di diritto pubblico dell'Ufficio irlandese delle foreste, la Corte di Giustizia ha fondato le sue argomentazioni proprio in ragione del controllo esercitato dallo Stato sull'Ufficio. La Corte ha quindi affermato che, un'entità, come quella considerata, che è dotata di personalità giuridica e non aggiudica appalti pubblici per conto dello Stato o di un ente locale, non può essere considerata come lo Stato o un ente pubblico territoriale, ma costituisce un ente equivalente a persone giuridiche di diritto pubblico, (ai sensi della normativa allora in vigore: combinato disposto dell'art. 1, lett. b), e dell'allegato I, punto VI (Irlanda), della direttiva 77/62), in quanto lo Stato può esercitare un controllo sull'aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture quanto meno indirettamente. Corte di Giustizia, 17 dicembre 1998, C-306/97, P. 27 ss..

²²⁶ (ovvero il finanziamento che provenga in modo maggioritario dai poteri pubblici oppure la nomina da parte di questi ultimi di una maggioranza dei membri che costituiscono l'organo d'amministrazione, di direzione o di vigilanza di tale organismo) In tal senso Corte di Giustizia *Adolf Truley* cit., P. 69, che riprende un principio già statuito nella pronuncia *Commissione c. Francia*, P 48 e 49.

²²⁷ A partire dalla pronuncia., *Adolf Truley* cit. P. 70 - 74

materia di appalti pubblici, “[s]oddisfa per contro detto criterio una situazione in cui, da un lato, le pubbliche autorità verificano non solo i conti annuali dell'organismo considerato, ma anche la sua amministrazione corrente sotto il profilo dell'esattezza, della regolarità, dell'economicità, della redditività e della razionalità e, dall'altro, le stesse autorità sono autorizzate a visitare i locali e gli impianti aziendali del suddetto organismo e a riferire sul risultato di tali verifiche a un ente locale che detenga, tramite un'altra società, il capitale dell'organismo di cui trattasi.”²²⁸.

Sembra, infine, che la partecipazione maggioritaria pubblica, alla quale corrisponda la maggioranza dei voti esercitabile nell'assemblea ordinaria, determini automaticamente il controllo della società. Qualora invece non si tratti di partecipazione pubblica maggioritaria saranno determinanti, al fine della verifica della consistenza del controllo di gestione, gli altri elementi comprovanti l'esercizio di poteri di ingerenza, come ad esempio l'esistenza di un potere di veto, a favore dei pubblici poteri, sugli atti più significativi dell'organismo²²⁹.

3.3 I bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale.

Le maggiori problematiche, relativamente al tema dell'organismo di diritto pubblico, sono state sollevate dalla difficile interpretazione del concetto di “bisogni di interesse generale non aventi carattere industriale o

²²⁸ Corte di Giustizia, *Adolf Truley*, cit., P. 70-74. Nel caso di specie, trattasi della qualificabilità di organismo di diritto pubblico di un soggetto incaricato per la gestione del servizio mortuario della città di Vienna.,

²²⁹ Sul punto C. Acocella, *Amministrazioni aggiudicatrici e altri soggetti aggiudicatori - Commento all'art. 32*, cit., 416. In tal senso Consiglio di Stato, sez. IV, 27 dicembre 2001, n. 6835; sez. V, 22 agosto 2003, n. 47-48; SS. UU., 12 maggio 2005, n. 9940.

commerciale²³⁰. L'assenza di specificazioni da parte del legislatore, che sembra abbia volutamente scelto di non intervenire sulla definizione di organismo di diritto pubblico dopo la sua prima formulazione, ha lasciato il compito interamente nelle mani della giurisprudenza²³¹.

Come è stato correttamente osservato²³², il primo elemento di criticità emerge nell'esegesi del rapporto intercorrente tra i due termini del requisito in questione, ovvero da una parte i "bisogni di interesse generale", e, dall'altra, la condizione del "carattere non industriale o commerciale".

Preliminarmente è bene sottolineare che la Corte di giustizia si è più volte pronunciata affermando espressamente l'autonomia concettuale dei due termini, facendo cadere quelle interpretazioni che vedevano come incompatibile la stessa nozione di bisogni di interesse generale con una natura commerciale o industriale degli stessi.

La giurisprudenza comunitaria²³³ ha, invero, chiarito che nell'ambito della categoria "bisogni di interesse generale" vi sono due sottocategorie che comprendono l'una, quei bisogni che abbiano carattere industriale o commerciale, l'altra, quelli privi di tale carattere. La Corte ha poi lasciato ai giudici, e agli altri soggetti tenuti in sede nazionale all'applicazione del diritto comunitario, l'onere di verificare caso per caso in quale categoria rientri la singola fattispecie.

Com'è stato autorevolmente affermato tale scelta stride con le stesse esigenze di certezza del diritto più volte fatte valere dalla Corte di

²³⁰ Sul punto F. Cintioli, *Di interesse generale e non avente carattere industriale o commerciale: il bisogno o l'attività?*, in www.giustam.it.

²³¹ Sul punto Casalini critica che "la definizione del carattere non industriale commerciale pare aver assunto un'importanza eccessiva". D. Casalini, *L'organismo di diritto pubblico l'organizzazione in house*, Napoli, 2003, 181.

²³² C. Acocella, *Amministrazioni aggiudicatrici e altri soggetti aggiudicatori - Commento all'art. 32*, cit., 416.

²³³ Corte di Giustizia, *Ghemeente Arnhem*, cit..

Lussemburgo in questo stesso ambito²³⁴, comportando il rischio di una possibile “nazionalizzazione” della problematica²³⁵.

L'autonomia concettuale dei due requisiti impone che l'indagine sia articolata in due momenti, il primo dedicato alla verifica del perseguimento di bisogni di interesse generale ed il secondo relativo alla natura non industriale o commerciale degli stessi.

Sembra pertanto obbligato escludere ogni aprioristica presunzione, avendo la Corte negato tanto che la sottoposizione dell'ente considerato a regole civilistiche possa portare automaticamente ad escludere che il soggetto sia preposto al soddisfacimento di bisogni di interesse generale, dal momento che tali bisogni possono essere ugualmente soddisfatti da imprese private, tanto che la sussistenza di un regime di concorrenza possa automaticamente portare ad escludere che un ente finanziato o controllato ai sensi del normativa in esame non sia guidato da considerazioni non economiche²³⁶.

Questi due fattori possono essere solo considerati come elementi indicativi, nell'analisi, caso per caso, del duplice requisito del perseguimento di bisogni generali di carattere non industriale o commerciale.

Per quanto concerne il requisito della specifica istituzione per il soddisfacimento di bisogni di interesse generale, non si può aver riguardo al particolarismo nazionale del concetto, essendo necessaria un'interpretazione più che mai uniforme, atta ad assicurare un'applicazione

²³⁴ Per tutte Corte di Giustizia, *Mannesmann*, cit..

²³⁵ M. Chiti, *L'organismo di diritto pubblico e la nozione comunitaria di pubblica amministrazione*, cit., 70; G. Greco, *Organismo di diritto pubblico atto secondo: le attese deluse*, in *Riv. it dir. pubbl. comunit.*, 1999, 1, 184.

²³⁶ Corte di Giustizia, *Gemeente Arnhem*, cit., in relazione a tale pronuncia è stato criticato la circostanza che le argomentazioni della Corte non partono “dal carattere dell'attività per poi individuare gli effetti sulla possibile concorrenza; ma dalla circostanza obbiettiva che nel settore della raccolta dei rifiuti esiste in Olanda un mercato aperto anche ad operatori privati”. Così M. Chiti, *L'organismo di diritto pubblico e la nozione comunitaria di pubblica amministrazione*, cit., 71.

omogenea, quindi un'interpretazione di stampo comunitario²³⁷. A tal proposito, sembra però mancare a livello comunitario una nozione di bisogno di interesse generale²³⁸, anche se, alla luce dell'analisi delle singole pronunce della Corte di Giustizia, pare potersi affermare che l'astratta riferibilità dell'attività svolta ad un numero illimitato di persone, ovvero alla collettività, sia sufficiente ad integrare il predetto requisito²³⁹.

Di contro, parte della dottrina²⁴⁰ critica la scelta di una nozione autonoma di bisogni di interesse generale, rilevando che, alla stregua della nozione di servizi di interesse generale, presa come parametro di riferimento, tale concetto non possa non dipendere dalle peculiarità dei singoli Stati membri, trattandosi di un nozione per sua natura variabile a seconda del luogo e della cultura giuridica.

D'altronde anche lo stesso Avvocato Generale, nelle conclusioni relative al caso *Adolf Truley*, ha rilevato che *“anche qualora il concetto di «bisogni di interesse generale» venga interpretato sulla base del diritto comunitario, il diritto nazionale non rimane privo di rilevanza. Nell'applicazione di questi*

²³⁷ Corte di Giustizia, *Adolf Truley*, cit. P.30-40

²³⁸ Come osservato dall' Avv. generale Albert, in seno alle conclusioni relative al caso *Adolf Truley*, cit., P. 64. *“A quanto risulta, ad oggi nemmeno la Corte ha formulato alcuna definizione generalmente valida su cosa sia da intendere, ai sensi delle direttive sugli appalti, con la nozione di bisogni di interesse generale. Nel frattempo in giurisprudenza sono tuttavia stati riconosciuti come di interesse generale una serie di bisogni: la produzione di stampati come passaporti, patenti e carte d'identità , la raccolta e il trattamento dei rifiuti domestici , il mantenimento delle foreste nazionali nonché di un'industria forestale , la gestione di un'università , la gestione di reti pubbliche di telecomunicazioni e l'offerta di servizi pubblici di comunicazioni , l'attività degli «Offices publics d'aménagement et de construction» e una «Société anonyme d'habitations à loyer modéré», che gestiscono l'edilizia popolare , e infine l'organizzazione di fiere e di esposizioni”*

²³⁹ In tal senso B. Marnett, *L'organismo di diritto pubblico. Profili sostanziali e processuali*, cit., 37 - 38.

²⁴⁰ In tal senso R. Caranta, *I contratti pubblici*, cit. 268; G. Marchigiani, *La nozione di Stato intesa in senso funzionale*, cit., 1237.

*concetti giuridici astratti alle fattispecie concrete occorre infatti tener conto dello stato di fatto e di diritto che caratterizza il singolo caso*²⁴¹.

La giurisprudenza ha poi evidenziato alcuni ambiti rilevanti per determinare il requisito in questione, quali l'ordine pubblico, il funzionamento istituzionale dello Stato²⁴², la salute pubblica, la tutela ambientale²⁴³, ed ha, ancora, osservato che un ulteriore elemento atto a qualificare i bisogni come rivolti alla collettività è la scelta delle pubbliche autorità di “provvedervi direttamente” o di “conservare in ordine ai medesimi un'influenza determinante”²⁴⁴.

Ancora rilevante sembra l'interpretazione relativa alla scelta dell'utilizzo dell'avverbio “specificatamente”. Come già visto, la giurisprudenza sul punto ha chiarito, nel citato caso *Mannesman*, che, in realtà, tale specifica non implica che il soggetto non possa contemporaneamente svolgere altre attività non preposte al soddisfacimento di bisogni di interesse generale.

La Corte di Giustizia è però andata oltre statuendo, nella pronuncia *Universale- Bau AG*²⁴⁵, che anche un soggetto che non fosse stato precipuamente istituito per la cura di bisogni di interesse generale, ma che, in corso di attività e senza previa modifica dello statuto, fosse preposto alla cura di bisogni di interesse generale, potesse essere qualificato come organismo di diritto pubblico.

²⁴¹ Conclusioni, Avv. generale Albert, caso *Adolf Truley*, P. 44.

²⁴² Corte di Giustizia, *Mannesman*, cit., P. 24.

²⁴³ Corte di Giustizia, *BFI Holding*, cit. P.52.

²⁴⁴ Così Corte di Giustizia *BFI Holding*, cit., P- 5; *Agorà e Excelsior* cit., p. 51. Sul punto C. Acocella, *Amministrazioni aggiudicatrici e altri soggetti aggiudicatori - Commento all'art. 32*, cit., 416. R. Caranta, *I contratti pubblici*, 268. La Corte, in oltre precisa, che non rileva il fatto che gli stessi bisogni, siano, o possano essere soddisfatte anche da imprese private. Così Corte di Giustizia, 10 aprile 2008, *Ing. Aigner*, cit., P. 40.

²⁴⁵ Corte di Giustizia 12 dicembre 20012, *Universale-Bau*, C-470/99, In *Racc.*, 2002, I, 11617.

Nel caso di specie, era stata affidata la cura del depuratore della città di Vienna, compito inquadrabile come finalizzato alla cura di bisogni di interesse generale di carattere non industriale e commerciale, ad una società non istituita per fini pubblici senza alcuna modifica statutaria. A tal proposito, la Corte di Giustizia ha affermato che al fine di accertare se un ente soddisfi la condizione in esame è necessario prendere in considerazione le attività da esso effettivamente svolte, in quanto l'effetto utile della direttiva verrebbe pregiudicato se l'applicazione della stessa, ad un soggetto che soddisfi le altre condizioni previste, *“potesse escludersi per il solo fatto che sin dalla sua istituzione non gli erano state affidate le attività di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale da esso svolte in pratica”*.

3.4 Il c.d. requisito negativo

Più problematica sembra invece l'interpretazione del requisito negativo, ovvero del testuale richiamo al carattere non industriale o commerciale. Com'è stato autorevolmente osservato, infatti, *“il requisito finalistico è apparso, da subito, sfuggente e riotto a classificazioni rassicuranti. [...] La fonte di questi equivoci sta probabilmente nel fatto che le norme hanno riferito il requisito del carattere industriale o commerciale, appunto, ai bisogni da soddisfare, anziché all'attività esercitata dall'organismo, oggettivamente”*²⁴⁶.

In un primo momento, la giurisprudenza comunitaria, suggestionata dal dato letterale, sembra considerare la “non commercialità ” come predicato del bisogno anziché dell'attività. Seguendo questa impostazione la Corte di

²⁴⁶ Così F. Cintioli, *Di interesse generale e non avente carattere industriale o commerciale: il bisogno o l'attività?*, cit..

giustizia tende a dilatare al massimo il concetto di organismo di diritto pubblico.

Come dimostra la pronuncia relativa al citato caso *Mannesmann*, infatti, la Corte si sofferma sull'analisi dei bisogni perseguiti, osservando semplicemente come i documenti alla cui produzione era preposta la tipografia di Stato austriaca fossero strettamente connessi ad esigenze di ordine pubblico ed al funzionamento istituzionale dello Stato, ma non dimostra come l'attività in questione non fosse di carattere industriale o commerciale.

È stato autorevolmente osservato come tale motivazione “*non consente di comprendere appieno i criteri utilizzati per distinguere con chiarezza tra un organismo istituito per soddisfare specificamente bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale e un organismo privo di tale carattere*”²⁴⁷. Non risulta per nulla spiegato, infatti, perché alcune caratteristiche siano apparse prevalenti rispetto ad altre, pur fissate dalla legge istitutiva, che qualificava espressamente l'ente come “*commerciante ai sensi del codice del commercio*”, sottoponendo altresì la sua attività alle “*norme che disciplinano il commercio*”.

Progressivamente la Corte si apre ad un'analisi delle modalità di esplicazione dell'attività. Infatti, come dimostra la pronuncia relativa al caso *BFI Holding*, una volta affermato che il fatto che un soggetto agisca in regime di libera concorrenza (effettiva o potenziale) possa costituire solo un possibile indizio a dimostrazione del carattere industriale o commerciale dei bisogni²⁴⁸, la giurisprudenza pone l'accento sulla circostanza che i bisogni

²⁴⁷ Così G. Greco, *Organismo di diritto pubblico: atto primo*, Riv. it. dir. pubbl. comunit. 1998, 3-4, 0733.

²⁴⁸ Corte di Giustizia, 10 novembre 1998, causa C-360/96, *BFI Holding*, cit., P. 49; 27 febbraio 2003, causa C-273/00, *Adolf Truley*, cit., P. 61.

di interesse generale siano soddisfatti di regola “*in modi diversi dall’offerta di beni e servizi sul mercato*”²⁴⁹.

Sembra chiaro che, anche se il dato centrale delle argomentazioni resta ancorato ai bisogni, l’*iter* argomentativo della Corte inizia a prendere in considerazione l’attività.

Nella pronuncia appena richiamata, infatti, è possibile notare come la Corte asserisca che nonostante il servizio di raccolta rifiuti in questione si svolgesse teoricamente in un mercato aperto alla libera concorrenza, in pratica il servizio veniva svolto in condizioni di monopolio (con riguardo al mercato rilevante, ovvero quello relativo alla circoscrizione territoriale dove il servizio doveva essere effettivamente svolto). Quel che rileva, per tanto, sembra essere l’effettiva modalità di erogazione dell’attività, il fatto che il soggetto si trovi in pratica ad operare fuori mercato, soggetto all’influenza pubblica, in condizioni peculiari rispetto alle normali modalità di offerta di beni e servizi sul mercato²⁵⁰.

Tale approccio, seppur risulta essere un passo in avanti, sembra comunque non ancora sufficiente a dare un chiaro rilievo al c.d. requisito negativo.

Parte della dottrina²⁵¹ ha giustamente evidenziato come sia stato un errore attribuire alle tendenze seguita dalle pronunce della fine degli anni Novanta, che non hanno dato reale consistenza al requisito negativo richiesto dalla norma, un significato ampio e definitivo.

Ammettere, infatti, che ogni impresa che persegua direttamente o indirettamente, bisogni di interesse generale, sia qualificabile come

²⁴⁹ In tal senso Corte di Giustizia, *Adolf Truley*, cit., P. 50, *Taitotalo*, cit., P.47; *Commissione c. Spagna*, cit., P. 80.

²⁵⁰ R. Caranta, *I contratti pubblici*, cit., 271, il qual si richiama a E. Scotti, *I nuovi confini dell’ organismo di diritto pubblico alla luce delle più recenti pronunce della Corte di giustizia*, in *Foro italiano*, 1999, IV,141 ss..

²⁵¹ Così F. Cintioli, *Di interesse generale e non avente carattere industriale o commerciale*, cit..

organismo di diritto pubblico comporta non solo i rischi e gli appesantimenti che possono derivare da un'eccessiva espansione del modello dell'evidenza pubblica, quanto piuttosto una compromissione della corretta attuazione delle direttive sugli appalti pubblici.

La stessa dottrina ha ritenuto, pertanto, necessario utilizzare ogni utile canone di interpretazione atto non svuotare del tutto la rilevanza del carattere non industriale o commerciale del bisogno, come viceversa accade quando si enfatizza eccessivamente l'importanza dell'interesse generale inteso in senso finalistico.

“Non è possibile che sia indifferente la "quantità di impresa" percettibile in una data attività.[...] Se sul piano testuale il requisito del carattere industriale o commerciale è riferito al bisogno, sul piano della ratio legis è riferito anche all'attività intesa in senso oggettivo. Il legislatore comunitario vuole salvaguardare il libero mercato in un settore che ritiene strategico e interviene imponendo il modello concorsuale di scelta oltre la sfera della soggettività pubblica solo perché possono esistere casi nei quali vi sono analoghi pericoli di discriminazione tra le imprese. Al di fuori di essi, non può che valere l'autonomia privata e la facoltà di scegliere liberamente i propri contraenti. Tale interpretazione teleologica, del resto, è coerente col principio dell'effetto utile, il quale è di ostacolo ad un'applicazione indiscriminata di un modello di impronta pubblicista come l'evidenza pubblica”²⁵².

Com'è stato autorevolmente osservato, infatti, la *ratio* della figura dell'organismo di diritto pubblico impone di equiparare alle amministrazioni aggiudicatrici tutti quei soggetti, ancorché privati, che di fatto non operino in regime di libera concorrenza, perché ad esempio

²⁵² Così F. Cintioli, *Di interesse generale e non avente carattere industriale o commerciale*, cit..

godono di un regime di privativa e di prezzi amministrati²⁵³, ma certo il regime di evidenza pubblica non potrebbe essere esteso al di fuori di queste ipotesi, a meno che non si voglia forzare il dato funzionale dell'approccio comunitario, garantendo in maniera ipertrofica il rispetto delle regole di scelta del contraente anche lì dove non ci sia alcuna attività di rilevanza pubblicistica.

Tra l'altro un simile assunto non sarebbe neppure giustificabile alla luce di un valore primario quale quello della tutela della concorrenza, dal momento che, come abbiamo già visto, la qualifica di organismo di diritto pubblico, se da un lato impone alle soggettività così qualificate il rispetto della disciplina sugli appalti pubblici, dall'altra lascia aperto, in forza della deroga espressa a cui si è fatto già riferimento, la possibilità di fruire di affidamenti diretti²⁵⁴.

La nozione di organismo di diritto pubblico non può essere, quindi, interpretata in maniera irrazionalmente estensiva, e la verifica della sussistenza del carattere non industriale o commerciale deve pertanto essere riferita all'attività posta in essere, tenendo necessariamente in considerazione l'insieme degli elementi giuridici e fattuali pertinenti, quali la natura dell'attività, le circostanze che hanno presieduto alla creazione dell'organismo considerato, le condizioni in cui lo stesso opera, tra le quali in particolare, oltre alla mancanza di concorrenza sul mercato, l'assenza di uno scopo di lucro a titolo principale, ma soprattutto l'assenza di rischi

²⁵³ C. Viviani, *Gli organismi di diritto pubblico davanti alla Corte di Giustizia*, in *Urb. e app.*, 1998, 431 ss..

²⁵⁴ e comunque ragioni di tutela del libero mercato "non possono arrivare al punto di sovvertire altri principi del diritto civile che devono poter svolgere un ruolo per le società private e con i quali non è possibile non fare i conti: su tutti il principio di autonomia privata". Così F. Cintioli, *Di interesse generale e non avente carattere industriale o commerciale: il bisogno o l'attività?*, cit.

d'insolvenza connessi all'esercizio dell'attività ed all'eventuale finanziamento pubblico della stessa²⁵⁵.

In questo senso si pone la Corte di giustizia in quel filone giurisprudenziale che prende il via con la pronuncia relativa al caso Ente fiera di Milano²⁵⁶. Quel che in questo caso sembra essere per la Corte determinate, tra la circostanze riconosciute rilevanti, è quella relativa alla diretta sopportazione del rischio economico e dall'assenza di meccanismi di compensazione di eventuali perdite.

Se da un lato la Corte afferma, infatti, che l'ente Fiera persegue un'attività rivolta alla soddisfazione di bisogni di interesse generale²⁵⁷, peraltro senza perseguire fini lucrativi, dall'altro il fatto che lo stesso operi in un mercato aperto alla concorrenza secondo criteri di rendimento, efficacia e redditività, e soprattutto dal momento non è previsto alcun meccanismo di compensazione delle eventuali perdite porta la Corte ad escludere che lo stesso possa essere qualificabile come organismo di diritto pubblico.

²⁵⁵ Così C. Acocella, *Amministrazioni aggiudicatrici e altri soggetti aggiudicatori - Commento all'art.*, cit., 416; Corte di Giustizia, 27 febbraio 2003, causa C-273/00, *Adolf Truley*, cit., P. 66; 22 maggio 2003, causa C-18/01, *Taitotalo*, PP. 48 e 59; 16 ottobre 2003, causa C-283/00, *Commissione c. Spagna*, cit., P. 81.

²⁵⁶ Corte di Giustizia, 10 maggio 2001, cause C-223/99 e C-260/99, *Agorà e Excelsior*, cit., P. 40. La qualifica dell'Ente Fiera di Milano in termini di come organismo di diritto pubblico non era per nulla univoca nella giurisprudenza nazionale, sul punto si rinvia al paragrafo 4.1 e 4.3 del presente capitolo.

²⁵⁷ "si deve rilevare, da un lato, che le attività dirette all'organizzazione di fiere, di esposizioni e di altre iniziative analoghe soddisfano bisogni di interesse generale. Infatti, l'organizzatore di manifestazioni di tal genere, riunendo in un medesimo luogo geografico produttori e commercianti, non agisce solamente nell'interesse particolare di questi ultimi, che beneficiano in tal modo di uno spazio di promozione per i loro prodotti e per le loro merci, bensì fornisce parimenti ai consumatori che frequentano tali manifestazioni un'informazione che consente ai medesimi di effettuare le proprie scelte in condizioni ottimali. L'impulso per gli scambi che ne deriva può essere ricondotto all'interesse generale". Corte di Giustizia 10 maggio 2001, *Agorà e Excelsior*, cause riunite C-223/99 e C-260/99, in *Racc.*, 2001, I, 3605, P.33 e 34

La circostanza della sopportazione diretta del rischio economico sembra, pertanto, nell'*iter argomentativo* della Corte, l'elemento dirimente al fine di escludere la qualificabilità del'ente come organismo di diritto pubblico²⁵⁸.

Il definitivo superamento di quell'orientamento giurisprudenziale che si limitava a verificare il perseguimento di bisogni di interesse generale, senza verificare concretamente il carattere dell'attività è confermato dalle argomentazioni relative al caso *Taitotalo*²⁵⁹, in cui la Corte statuisce che qualora un soggetto operi in normali condizioni di mercato, perseguendo lo scopo di lucro e subendo le perdite connesse all'esercizio della sua attività, è poco probabile che i bisogni che esso mira a soddisfare abbiano carattere non industriale o commerciale.

Sembra evidente che l'attenzione del giudice comunitario si sia spostata dalle qualità proprie del bisogno alle condizioni oggettive dell'attività svolta²⁶⁰.

La Corte prosegue, nella pronuncia da ultimo richiamata, statuendo che spetta al giudice nazionale valutare le circostanze nelle quali una società sia stata costituita e le condizioni in cui essa eserciti la propria attività, tra cui, in particolare, l'assenza di uno scopo principalmente lucrativo, la mancata assunzione dei rischi connessi a tale attività nonché l'eventuale finanziamento pubblico dell'attività in esame²⁶¹.

²⁵⁸ "L'assunzione dei rischi tipici dell'operatore di mercato assurge pertanto a criterio idoneo a precisare i confini delle impostazioni funzionali che hanno accompagnato, rivelandosi non sempre in linea con il principio di certezza del diritto, l'elaborazione della nozione di organismo di diritto pubblico" Così, C. Acocella, *Amministrazioni aggiudicatrici e altri soggetti aggiudicatori - Commento all'art. 32*, cit., 416. Sulla necessità che difetti l'assunzione del rischio di impresa Corte di Cassazione, SS. UU, 9 maggio 2011, n. 10068.

²⁵⁹ Corte di Giustizia, *Taitotalo*, cit., in cui l'oggetto della decisione versava sulla qualificabilità come organismo di diritto pubblico di una società partecipata e controllata da un ente locale e istituita per la trasformazione di un'area da adibire a polo di sviluppo tecnologico mediante la vendita e locazione dei relativi immobili.

²⁶⁰ Corte di Giustizia, *Taitotalo*, cit., P. 51.

²⁶¹ Corte di Giustizia, *Taitotalo*, cit., P. 56.

Nello stesso senso è anche la pronuncia *Commissione c. Regno di Spagna*²⁶², in cui il giudice europeo ha ribadito che il carattere di diritto privato di un ente non ne preclude la qualificazione come organismo di diritto pubblico, aggiungendo però che è necessaria un'indagine accurata sul carattere non industriale o commerciale dei bisogni. Nonostante la Corte sembri nuovamente riferire il predicato della non commercialità ai bisogni di interesse generale perseguiti piuttosto che all'attività, le argomentazioni sviluppate in pronuncia smentiscono tale impressione ponendo l'accento sulle circostanze che hanno indotto alla creazione della società, nonché alle condizioni in cui essa esercita la sua attività, ivi compresa la mancanza di concorrenza sul mercato, la mancanza del perseguimento di uno scopo di lucro a titolo principale, la mancanza di assunzione dei rischi collegati a tale attività nonché, ancora, l'eventuale finanziamento pubblico di essa, verificando invero, proprio il carattere dell'attività svolta.

Com'è stato autorevolmente osservato, anche tale approccio deve seguire le necessarie cautele, dal momento che l'allontanare il requisito del carattere industriale o commerciale dai bisogni e l'avvicinarlo all'attività comporta inevitabilmente il rischio di restringere eccessivamente l'ambito applicativo delle direttive. Particolarmente pericoloso sembrerebbe soprattutto l'adesione a quella tesi gestionale²⁶³ che regge su quel fuorviante sillogismo

²⁶² Corte di Giustizia, *Commissione c. Spagna*, cit..

²⁶³ Mentre secondo una concezione di stampo finalistico, come quella in questa sede proposta coerentemente con l'approccio comunitario in materia, ai fini dell'identificazione dell'organismo rilevarebbe l'individuazione di un interesse generale della collettività, risultando neutre sia la forma giuridica del soggetto che le modalità gestionali suscettibili di assumere connotazioni anche di tipo economico e commerciale; secondo una tesi di tipo gestionale, non potrebbe venire in rilievo un organismo di diritto pubblico ogni qual volta che l'attività dell'ente sia retta da regole di economicità (metodo economico) e persegua uno scopo lucrativo. Di qui discenderebbe l'automatica estraneità al corpo degli organismi di diritto pubblico dei tutti quei soggetti che rivestano forma societaria, essendo quest'ultima connaturata la finalità lucrativa. A tal proposito il Consiglio di Stato ha giustamente osservato che *“La tesi gestionale - intesa ad escludere in radice l'incasellabilità del tipo societario nel novero degli organismi di*

secondo cui “*dove c'è impresa c'è l'assunzione di rischio - dove c'è organismo di diritto pubblico non c'è assunzione di rischio - dove c'è impresa non c'è organismo di diritto pubblico*”²⁶⁴.

Invero, tale assunto non appare condivisibile dal momento che mette in relazione concetti disomogenei tra loro: la figura dell'impresa pubblica che è nozione, seppur funzionale, di stampo soggettivo, ovvero tesa a svelare la reale struttura pubblicistica di un soggetto, indipendentemente dalla forma giuridica che lo qualifica, e la figura di organismo di diritto pubblico che è, invece, una nozione altresì funzionale, ma di carattere oggettivo, nel senso che indipendentemente dalla natura giuridica soggettiva pubblica o privata del soggetto, quel che qui rileva è la determinazione della natura dell'attività posta in essere a cui consegue l'applicazione o meno di regole di stampo pubblicistico.

diritto pubblico, indipendentemente dalla natura dell'attività svolta e dalla composizione azionaria - non risulta persuasiva sul versante positivo e sistematico. La valorizzazione, in chiave ostativa, del profilo formale non appare, in primo luogo, coerente con l'atteggiamento dell'ordinamento comunitario, indifferente, in distonia con le passate legislazioni nazionali, ai profili formali dei soggetti aggiudicatori ed attento a cogliere il dato sostanziale del coinvolgimento pubblico nella gestione di un determinato assetto di interessi. L'adozione di un principio interpretativo improntato ad un nominalismo rigido comporterebbe infatti la frustrazione delle ragioni - tutela della libertà di concorrenza in primis - che hanno indotto il legislatore europeo a pervenire ad una nozione elastica di amministrazione ai fini della disciplina degli appalti. La creazione di società per azioni controllate da parte dell'Amministrazione pubblica - e quindi in sostanza strumenti alternativi a disposizione di quest'ultima per il perseguimento, con una forma privatistica più duttile, degli interessi istituzionali - sarebbe infatti un'agevole scappatoia percorribile dai soggetti pubblici per sottrarsi alle regole della gara comunitaria e, quindi, eludere, a parità di interessi pubblici coinvolti, il perseguimento delle finalità concorrenziali perseguite dalle direttive con la creazione della categoria elastica degli organismi di diritto pubblico”. Così Consiglio di Stato, sez. VI, 28 ottobre 1998, n. 1478, in Foro it., 1999, III, 178. Sul punto cfr. R. Garofoli, Organismo di diritto pubblico: allineamento tra Giudice comunitario e nazionale, cit., 40.

²⁶⁴ F. Cintioli, *Di interesse generale e non avente carattere industriale o commerciale: il bisogno o l'attività?*, cit..

Il rapporto tra le due nozioni, come si vedrà nei paragrafi a seguire, ha dato luogo a rilevanti dibattiti interpretativi. Le due figure vengono spesso confuse e sovrapposte, tuttavia sono dotate di autonomia concettuale e per quanto non appaia sempre pacifico, è da ritenere che non siano alternative tra loro, ben potendo uno stesso soggetto essere contemporaneamente impresa pubblica ed organismo di diritto pubblico.

4. L'organismo di diritto pubblico alla prova della giurisprudenza italiana.

Sin da prima dell'entrata in vigore del Codice dei contratti pubblici la giurisprudenza nazionale era pacifica nell'ammettere che la mera forma privatistica di un soggetto non fosse di per sé idonea ad escluderne la qualificabilità in termini di organismo di diritto pubblico²⁶⁵.

Certo è che nel linguaggio delle Corti italiane spesso la nozione di organismo di diritto pubblico veniva adoperata con un significato del tutto generico²⁶⁶ per identificare quei soggetti svolgenti attività di rilievo pubblicistico e per giustificare la devoluzione della giurisdizione al giudice

²⁶⁵ Consiglio di Stato, sez. VI, 20 maggio 1995, n. 498, in *Gior. Dir. amm.*, 1995, 1134, con nota di S. Cassese, *Gli enti privatizzati come società di diritto speciale: il consiglio di Stato scopre il diritto naturale*.

²⁶⁶ In tal senso R. Caranta, *I contratti pubblici*, cit., 277 che osserva come la nozione sia stata strumentalizzata ad esempio per qualificare i concessionari, e giustificare la giurisdizione del g.a.. I giudici di Palazzo Spada hanno infatti ritenuto che spetti alla giurisdizione amministrativa la cognizione sulle controversie inerenti ad appalti pubblici affidati da un soggetto sì privato, ma concessionario di beni o servizi pubblici (nella specie, del concessionario di un'autostrada) e tenuto all'osservanza, quale organismo di diritto pubblico, delle regole delle norme pubblicistiche, interne e comunitarie, in soggetta materia. Così Consiglio di Stato, sez. V, 03 marzo 2001 n. 1227, in *Foro Amm.*, 2001, 472 (s.m.). La nozione è stata ancora utilizzata per identificare soggetti privati beneficiari di consistenti sovvenzioni per la realizzazione di opere pubbliche, come nel caso degli enti ecclesiastici beneficiari del finanziamento statale per il Grande Giubileo deciso dal T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 24 marzo 1999, n. 834, in *Giur. it.*, 1999, 1937, *Urbanistica e appalti*, 1999, 994 con nota di M. Protto.

amministrativo, senza spesso argomentare sull'effettiva sussistenza dei tre requisiti richiesti dalla norma.

Come per la giurisprudenza comunitaria, anche per quella nazionale il punto nodale per l'identificazione di un soggetto in termini di organismo di diritto pubblico si è rivelata l'interpretazione del requisito teleologico.

4.1 Il giudice amministrativo e la difficile interpretazione del requisito teleologico nelle pronunce *pre* Ente Fiera di Milano.

Come per la giurisprudenza europea, in un primo momento anche la giurisprudenza amministrativa nazionale tendeva a legare l'applicazione soggettiva della normativa in materia di appalti pubblici soprattutto alla circostanza che un soggetto fosse predisposto al perseguimento di interessi di pubblica rilevanza, trascurando la rilevanza del c.d. requisito negativo. Un siffatto approccio ha inevitabilmente portato ad un'ipertrofia della nozione di organismo di diritto pubblico²⁶⁷, atta a ricomprendere qualsiasi soggetto che svolga attività dirette al soddisfacimento di finalità di stampo pubblicistico, finendo col sovrapporre la nozione di servizio pubblico²⁶⁸ con quella di bisogno di interesse generale non avente carattere industriale o commerciale e, quindi, col confondere le figure di impresa pubblica ed

²⁶⁷ Criticamente rispetto all'ipertrofia della nozione alla luce della giurisprudenza italiana, L. R. Perfetti *Dalla soggettività all'oggettività pubblica. Sull'identificazione delle ipotesi di applicazione della disciplina in tema di evidenza pubblica alla luce della adunanza plenaria n. 9 del 2004*, nota a Consiglio di Stato, Ad. Pl., 23 luglio 2004, n. 9 in *Foro amm. CDS*, 2005, 5, 1347.

²⁶⁸ Sulla nozione di servizio pubblico, si veda Corte di Cassazione, SS. UU., 30 marzo 2000, n. 71, 3 agosto 2006, n. 17573.

organismo di diritto pubblico, soggetti entrambi, di norma, preposti alla cura di interessi di pubblica rilevanza²⁶⁹.

A ciò si aggiungano le tendenze alla dilatazione dell'area di strumentalità dell'interesse pubblico a cui la giurisprudenza ha correlato l'estensione delle regole pubblicistiche di imparzialità e trasparenza in base alla sola circostanza che *“l'organismo societario deputato all'espletamento del servizio sia sottoposto - in forza dello statuto giuridico che disciplina i profili soggettivi dell'ente, prima ancora che quelli oggettivi concernenti l'attività - ad un vincolo di scopo, attestante la sua necessaria funzionalizzazione ad un interesse, di tipo spiccatamente pubblico, definito sulla scorta di determinazioni proprie di soggetti estranei alla compagine societaria”*²⁷⁰.

Sono un chiaro esempio della sconosciuta dilatazione della nozione, tra gli altri, i casi relativi alla qualificazione in termini di organismo di diritto pubblico dell'Interporto toscano S.p.a., della società del sistema informatico del ministero delle finanze (So.Ge.I), dell'Ente Fiera di Milano, delle Poste italiane S.p.a., delle Ferrovie dello Stato S.p.a., della Società struttura Valle d'Aosta s.r.l., della società per l'imprenditoria giovanile e della Autovie Venete S.p.a.

²⁶⁹ Fondamentale una corretta distinzione delle due figure in questione, determinante per delimitare il differente ambito di applicazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE, che contemplano le imprese pubbliche solo con riguardo ai settori speciali. G. Greco, *Organismo di diritto pubblico atto secondo: le attese deluse*, cit.; F. Martinelli – M. Santini, *Il Consiglio di Stato amplia la nozione di organismo di diritto pubblico*, in *Urb. e app.*, 2002, 567 ss..

²⁷⁰ Consiglio di Stato, sez. VI, 24 maggio 2002, n. 2855, in *Foro amm. CDS*, 2002, 1325, *Studium Juris*, 2002, 1271.

Nella maggior parte di questi casi il giudice amministrativo si è trovato a pronunciarsi sulla nozione di organismo di diritto pubblico al fine di affermare, o negare, la propria giurisdizione²⁷¹.

Nei casi relativi all'Interporto toscano²⁷², ad esempio, il Consiglio di Stato ammette l'esistenza del requisito teleologico sulla scorta della sola circostanza per la quale la stessa società sarebbe preordinata proprio a soddisfare specificamente bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale e commerciale, essendo da annoverarsi tra i servizi pubblici la costruzione e la gestione di interporti. È evidente come nessuna analisi riguardo la sussistenza del requisito negativo viene approfondita dal Collegio che, in relazione al fine lucrativo, si limita a constatare come *“il perseguimento di uno scopo pubblico non è di per sé in contraddizione con il fine societario lucrativo descritto dall'art. 2247 c.c., dal momento che la presenza di un utile di gestione è del tutto compatibile con la gestione dei servizi pubblici”*, riprendendo quanto già affermato dalla Suprema Corte Costituzionale²⁷³.

Anche relativamente al caso So.Ge.I.²⁷⁴, lo stesso Consiglio di Stato ha riconosciuto la qualifica di organismo di diritto pubblico semplicemente in virtù della particolare natura dell'atto concessorio per cui sarebbero devoluti alla società in questione compiti attinenti a scopi non esclusivamente commerciali o industriali. Oltre a non verificare la reale sussistenza del

²⁷¹ La materia degli appalti pubblici, infatti, è devoluta alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, ai sensi dell'art. 133, co. 1, lett. e), d. lgs. 2 luglio 2010, n. 104, Codice del processo amministrativo (prima art. 6, l. 21 luglio 2000, n.205. Cfr. R. Caranta, *La giurisdizione amministrativa esclusiva in tema di appalti*, in A. Angioletti (a cura di), *La Corte costituzione e la giurisdizione esclusiva*, Milano, 2005, 49; R. De Nictolis, *L'Organismo di diritto pubblico. Profili relativi alla giurisdizione*, in M. A. Sandulli (a cura di), *Organismi e imprese pubbliche*, cit. 124.

²⁷² Consiglio di Stato, sez. VI, 28 ottobre 1998, n. 1478, *Foro it.*, 1999, III, 178; nello stesso senso anche sez. VI, 17 dicembre 2003, n. 8240, *Foro amm. CDS*, 2003,3844; di contro invece T.A.R., Venezia, Veneto sez., 01 agosto 2002, n. 3841, che nega la qualificabilità dell'interporto di Genova come organismo di diritto pubblico.

²⁷³ Corte Costituzionale, 28 dicembre 1993, n. 466, *www.giurcost.org*.

²⁷⁴ Consiglio di Stato, sez. III, 11 aprile 2000, n. 588, *Foro it.*, 2002, III, 427.

requisito negativo, che come visto alla luce della giurisprudenza comunitaria²⁷⁵ consiste soprattutto nell'assenza di un effettivo rischio di gestione, piuttosto che la mancanza di uno scopo lucrativo, la sentenza in esame si presenta rilevante per accogliere una nozione particolarmente estensiva di organismo di diritto pubblico anche rigettando la configurabilità di un organismo di diritto pubblico *in parte qua*, e quindi applicando al citata regola del contagio²⁷⁶.

Sul punto, i giudici di Palazzo Spada statuiscano, infatti, che la società di gestione del sistema informatico del Ministero delle finanze e dell'anagrafe tributaria, nonostante la sua natura privatistica, debba *“essere qualificata come organismo di diritto pubblico per tutte le attività oggetto della convenzione di concessione”*, senza distinzione alcuna circa il regime giuridico applicabile in ragione della natura commerciale o meno della specifica attività posta in essere.

Soprattutto con riguardo al caso Poste Italiane²⁷⁷, è lampante l'errore in cui incorre il Collegio che nell'interpretazione del requisito teleologico afferma come non vi è dubbio che la società Poste Italiane sia qualificabile come organismo di diritto pubblico, *“tenuto conto che per bisogno non industriale o commerciale non si intende la non imprenditorialità della gestione, ma la funzionalizzazione per il soddisfacimento di bisogni generali della collettività, il requisito deve ritenersi soddisfatto dalla circostanza che trattasi di società costituita per il principale fine di gestire il servizio postale e di essere il soggetto che fornisce l'intero servizio*

²⁷⁵ Si fa riferimento alla pronunce della Corte di Giustizia relative ai casi analizzati *Ente Fiera di Milano, Taitotalo e Commissione c. Regno di Spagna*.

²⁷⁶ Sul punto si rinvia al secondo paragrafo del presente capitolo, in cui è dettagliatamente spigato il principio del contagio affermato della giurisprudenza europea nella citata pronuncia *Mannesmann*.

²⁷⁷ Consiglio di Stato, sez. VI, 02 marzo 2001, in *Foro Amm.* 2001, 614; 05 marzo 2002, n. 1303, Giust. civ., 2002, I,2309, con nota di Gigante; 24 maggio 2002, n. 2855, in *Foro amm.* CDS 2002, 1325.

postale universale su tutto il territorio nazionale, il c.d. "fornitore del servizio universale", di cui al citato D. Lgs. n. 261/99".

Più interessante, invece, sembra essere l'analisi effettuata dal giudice relativamente alla continuità sostanziale dell'ente pubblico in seno alla società di diritto speciale Poste Italiane, cosa che emergerebbe dallo statuto della stessa alla luce del manifesto regime derogatorio, della partecipazione statale totalitaria e della perpetuazione delle medesime finalità pubblicistiche.

Anche in questa sede, il giudice amministrativo rifiuta la possibilità di ammettere la teoria dell'organismo di diritto pubblico *in parte qua*, affermando che la nozione di organismo di diritto pubblico non postula che il soggetto debba essere incaricato unicamente di svolgere attività di carattere non commerciale preposte al soddisfacimento di bisogni di interesse generale, essendo anzi ammissibile l'esercizio di altre attività. Anche tali ultime attività sarebbero però da assoggettare alle regole di scelta del contraente, dal momento che la normativa di riferimento non pone alcun distinguo tra gli appalti aggiudicati da un'amministrazione aggiudicatrice per adempiere il suo compito di soddisfare bisogni di interesse generale e quelli che non hanno alcun rapporto con tale compito. Alla luce di tali considerazioni la Corte ritiene che la società Poste Italiane sia tenuta al rispetto delle regole di evidenza pubblica anche con riguardo all'assegnazione di appalti di chiara natura commerciale, come quelli inerenti al servizio Bancoposta²⁷⁸.

Anche con riguardo alla Società struttura Valle d'Aosta s.r.l.²⁷⁹, preposta alla bonifica e messa in sicurezza dell'area *ex-Cogne*, i giudici di Palazzo

²⁷⁸ Che lo stesso Collegio amministrativo ritenere non essere un pubblico servizio e conseguentemente non atto a determinare la giurisdizione del giudice amministrativo.

²⁷⁹ Consiglio di Stato, sez. V, 10 aprile 2000, n. 2078, Foro Amm., 2000, 1280, in *Urbanistica e appalti* 2000, 528, con nota di F. Caringella.

Spada hanno nuovamente affermato la sussistenza del requisito finalistico sul presupposto della chiara preposizione della stessa ad attività di interesse generale, senza nessun'ulteriore argomentazione relativa al requisito della natura non commerciale o industriale.

Anche qui il giudice amministrativo sembra negare la possibilità di una nozione di organismo di diritto pubblico solo parziale, optando esplicitamente per un vero e proprio *status* giuridico dell'organismo di diritto pubblico. La Corte, infatti, rimodulando i principi statuiti nella pronuncia del giudice europeo *Ghemeente Arnhem*, sopra esaminata, sostiene che *“la qualificazione dell'appaltante quale amministrazione aggiudicatrice può riguardare anche solo un determinato settore della sua attività, purché esso abbia una sua coerenza interna e sia circoscritto da alcuni dati di univoca percezione. La circostanza che l'ente eserciti altre attività imprenditoriali, estranee all'interesse pubblico, non pregiudica siffatta qualificazione, dal momento che lo status di organismo di diritto pubblico non dipende dall'importanza relativa che assumono, nel panorama complessivo delle sue attività, gli individuati bisogni di carattere non industriale e commerciale”*.

Ancora, è stata qualificata quale organismo di diritto pubblico la società per l'imprenditoria giovanile²⁸⁰, in quanto ente costituito in forza di un'espressa previsione di legge²⁸¹ con compiti finalizzati alla creazione di nuove imprenditorialità e all'ampliamento della base produttiva e occupazionale giovanile, finalità individuate direttamente dal legislatore come di interesse generale per il Paese.

Il Collegio, in questa sede, ha sottolineato, a sostegno della ricorrenza del dato teleologico, la circostanza che la società in esame fosse succeduta nei

²⁸⁰ Consiglio di Stato, sez. VI, 22 gennaio 2001, n. 192, *Urbanistica e appalti*, 2001, 330, *Giur. it.*, 2001, 1265.

²⁸¹ D.l. n. 26 del 1995, convertito con l. n. 95 del 1995.

rapporti posti in essere da organismi indubbiamente di rilevanza pubblica, come il comitato per lo sviluppo dell'imprenditoria giovanile e la Cassa depositi e prestiti.

Di rilevante importanza è poi la lunga saga di pronunce relative alla qualificazione dell'Ente Fiera di Milano (EFM), e più in generale agli enti fieristici, in cui la giurisprudenza amministrativa ha dimostrato un'interessante evoluzione.

In un primo momento, infatti, tanto il giudice di primo grado, quanto quello di secondo grado, hanno qualificato l'EFM come organismo di diritto pubblico. Mentre il giudice di prime cure²⁸², ha fondato la propria determinazione sul presupposto che l'attività posta in essere dall'EFM fosse di interesse generale a carattere non commerciale, dal momento che l'attività fieristica risulterebbe di per sé attività riservata alla cura dei pubblici poteri, come dimostrato dal R.D.L. 29 gennaio 1934 n.454, che attribuisce alla pubblica amministrazione il potere indisponibile di promuovere l'organizzazione di fiere e mercati, nonché alla luce delle disposizioni statutarie che attesterebbero come l'Ente sia preposto a svolgere attività di interesse pubblico senza alcun fine lucrativo; il giudice d'appello²⁸³, invece, pur ammettendo la natura intrinsecamente commerciale dell'attività fieristica, sembra ritenere, al fine della qualificazione dell'EFM in termini di organismo di diritto pubblico, assorbente il fine pubblico caratterizzante l'attività, senza dar alcun rilievo al requisito negativo, ponendosi, così, in evidente contrasto con il dato positivo chiaramente unitario del requisito finalistico²⁸⁴.

²⁸² T.A.R. Milano Lombardia, 17 novembre 1995, n. 1365, in *Riv. amm. R. It.*, 1996, 541.

²⁸³ Consiglio di Stato sez. VI, 21 aprile 1995, n. 353, *Foro Amm.* 1995, 984, in *Giur. it.*, 1995, III,1, 525, con nota di B. Mameli.

²⁸⁴ In tal senso S. Girella, *Organismo di diritto pubblico e imprese pubbliche. L'ambito soggettivo nel sistema degli appalti europeo e nazionale*, cit. 86.

A diverse conclusioni è giunto poi lo stesso Consiglio di Stato in una successiva pronuncia del 1998²⁸⁵, con la quale viene finalmente in rilievo il criterio negativo. Il Supremo Consesso amministrativo nega, infatti, la qualificabilità dell'EFM in termini di organismo di diritto pubblico, dal momento che l'attività posta in essere sarebbe "*legata alla promozione ed alla commercializzazione di prodotti e servizi*" e quindi "*complementare all'attività produttiva imprenditoriale*", dando finalmente rilevanza alla natura dell'attività indipendentemente dai fini a cui la stessa è strumentale. Ovviamente gli indici in base ai quali valutare la natura commerciale o meno dell'attività appaiono ancora vaghi e legati al caso concreto (il che dipende anche dallo stadio dello sviluppo comunitario della nozione²⁸⁶), ma quel che ivi rileva è piuttosto l'accostamento del requisito negativo, all'attività anziché ai bisogni.

Il ragionamento adottato dal Consiglio di Stato in quest'ultima pronuncia segna una definitiva svolta tesa ad arginare quella tendenza all'ipertrofia della nozione di organismo di diritto pubblico e si presta, finalmente, a chiarire come il criterio relativo al carattere non industriale o commerciale sia legato all'attività e non ai bisogni, tanto che lo stesso approccio verrà subito ripreso e consolidato tanto dalla Corte di Cassazione²⁸⁷ nonché, come già visto, dalla stessa Corte di Giustizia²⁸⁸.

²⁸⁵ Consiglio di Stato, sez. VI, 16 settembre 1999, n. 1267, in *Foro it.*, 1999, III, 180. Con nota di R. Garofoli.

²⁸⁶ Infatti, come più su evidenziato, è proprio con la pronuncia relativa al caso *Ente Fiera di Milano* che la Corte di Giustizia fa un passo definitivo nel legare il requisito negativo all'attività, cominciando ad individuare chiari criteri di riconoscimento, quali specialmente la sussistenza di un rischio economico e la mancanza di sistemi di compensazione delle perdite.

²⁸⁷ Che assume che pur perseguendo finalità di interesse generale, senza scopi speculativi e con l'ingerenza della p.a., l'EFM opera nel settore della produzione o scambio di beni o servizi mediante un'organizzazione di tipo imprenditoriale e dietro corrispettivi diretti al recupero dei costi e che non può neanche ritenersi provvisto di tutti gli elementi previsti dall'art. 1, lettera b), della direttiva 92/50 riguardo alla figura di "organismo di diritto pubblico", poiché difetta il requisito negativo al cui soddisfacimento l'ente opera, alla luce dei principi elaborati in materia dalla

4.2 Il giudice amministrativo e la difficile interpretazione del requisito teleologico nelle pronunce *post* Ente Fiera di Milano.

Sulla scia dei criteri dettati in seno alle pronunce relative al caso Ente Fiera di Milano, si pongono una serie di statuizioni con cui i giudici amministrativi hanno negato la qualifica di organismo di diritto pubblico ad altri enti fieristici.

Con riguardo in particolare all'Ente Fiera del Levante²⁸⁹, il massimo organo giurisdizionale amministrativo, dando rilevanza al requisito negativo ha, infatti, statuito che, nonostante l'attività fieristica abbia senza dubbio una connotazione di interesse generale (che pure possiedono altre attività economiche di interesse pubblico, quali ad esempio le attività bancarie o quelle relative alle telecomunicazioni), avendo immediati riflessi su posizioni giuridiche soggettive, anche di rango costituzionale, ai sensi

giurisprudenza comunitaria (Corte di Giustizia 15 gennaio 1998, n. 44/96, e 10 novembre 1998, n. 360/96). Nella specie la S.C., confermando la impugnata decisione del Consiglio di Stato, ha dichiarato la giurisdizione del giudice ordinario riguardo all'impugnativa da parte di un terzo dell'atto di affidamento di un servizio. Così Cassazione civile, SS. UU., 04 aprile 2000, n. 97, in *Giust. civ. Mass.*, 2000, 686, *Giornale dir. amm.*, 2000, 549 con nota di S. Cassese, in *Urbanistica e appalti*, 2000, 718 con nota di B. Mameli.

²⁸⁸ Corte di Giustizia, *Ente Fiera di Milano*, cit., su cui si è già argomentato nel paragrafo 3.4 del presente capitolo.

²⁸⁹ Con riferimento all'Ente Fiera del Levante Consiglio di Stato, sez. VI, 29 aprile 2008, n. 1913, in *Foro it.*, 2009, 4, III; con riferimento alla Fiera di Galtine e del Salento, Consiglio di Stato, sez. VI, 218; 09 luglio 2012, n. 4025, in *Foro amm. CDS*, 2012, 7-8, 2055 (s.m.). Nello stesso senso T.A.R. Veneto, Venezia, sez. I, 13 settembre 2011, n. 1383 in www.giustizia-amministrativa.it; in riferimento alla Firenze Fiera S.p.a., T.A.R. Toscana, Firenze, sez. I, 30 dicembre 2010 n. 6877, in www.giustizia-amministrativa.it; in senso contrario Autorità:T.A.R. Puglia, Bari, sez. I, 24 febbraio 2009, n. 399, in www.giustizia-amministrativa.it e 11 novembre 2008, n. 2558, in *Foro amm. TAR*, 2008, 11, 3125 (s.m.) dove è stato sostenuto che l'Ente Autonomo Fiera del Levante fosse qualificabile come organismo di diritto pubblico in ragione del perseguimento di finalità *lato sensu* culturali e politiche che si sono affiancate al consueto scopo di intermediazione commerciale proprio degli enti fieristici pubblici, nonché della circostanza che lo stesso fosse beneficiario di contributi dello Stato e di altri enti pubblici a copertura delle proprie eventuali perdite di gestione,essendo, in tal modo, immune dal rischio d'impresa.

dell'art. 41 della Costituzione, di numerosi soggetti quali operatori e utenti, nega che il riflesso dell'attività fieristica sul sistema economico possa giustificare un'alterazione della sua sostanza commerciale, legata alla promozione e commercializzazione di beni e servizi.

Stesso *iter* argomentativo è rinvenibile anche con riguardo alla pronuncia con cui viene negata la qualificabilità in termini di organismo di diritto pubblico della società Piacenza Expo S.p.a.²⁹⁰, la quale anch'essa come l'Ente Fiera di Milano, recepisce sul mercato le proprie fonti di sostentamento²⁹¹.

Un'occasione perduta per il giudice amministrativo di allinearsi a quanto impartito dalle Corti nazionali e dalla Corte di Giustizia nelle pronunce relative all'Ente Fiera di Milano, soprattutto per quel che concerne la necessaria verifica della natura industriale o commerciale dell'attività, è il di poco successivo caso che ha visto coinvolta la S.A.A.V. Autostrade Venete S.p.a.²⁹², società concessionaria della costruzione e gestione di infrastrutture autostradali, alla quale il Consiglio di Stato attribuisce la qualifica di organismo di diritto pubblico.

Disattendendo quanto sancito nei precedenti relativi all'EFM, il giudice d'appello, nonostante sembra prendere in considerazione l'esistenza di meccanismi atti ad assicurare il raggiungimento di un utile economico attraverso finanziamenti pubblici, derivanti dal pagamento del pedaggio autostradale²⁹³, ha ritenuto nuovamente dirimente la circostanza che

²⁹⁰ TAR Emilia Romagna, Parma, 16 novembre 2009, n. 732, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

²⁹¹ Così R. Caranta, *I contratti pubblici*, cit., 282.

²⁹² Consiglio di Stato, sez. VI, 7 giugno 2001, n. 3090, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

²⁹³ Saranno, invece, le Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione a ritenere determinante, per la qualificazioni della società in questione in termini di organismo di diritto pubblico, e quindi per confermare la giurisdizione del g. a., l'esistenza di meccanismi atti a sopperire ad eventuali perdite, quale il pedaggio autostradale. Così, Corte di Cassazione, SS. UU., 01 aprile 2004, n. 6408, in *Giust. civ. Mass.*, 2004, 4.

l'attività di costruzione ed esercizio di autostrade e strade fosse connessa, per statuto, ad esigenze relative alla sicurezza del traffico e al mantenimento dei livelli minimi di servizio, ivi introducendo la nozione di "obbligo di mandato pubblicistico", fondamentale, nel caso di specie, al fine della affermazione della sussistenza del requisito finalistico: "*[l]a finalità così esplicitata risulta quindi tale da perseguire un interesse generale ulteriore rispetto a quello delle costruzione e gestione stradale [...] ed introduce un obbligo di mandato "pubblicistico" che connota il perseguimento dell'interesse generale, così rapportato a esigenze qualitative, come prioritario, fino al punto da renderlo, se del caso, prevalente sul fine economico utilitaristico proprio dell'attività di impresa comune*".

Nonostante qualche passo in avanti, a tutt'oggi bisogna riconoscere come la giurisprudenza amministrativa italiana sembra non essersi ancora allineata con le statuizioni impartite dalla Corte di Giustizia, soprattutto per ciò che concerne la verifica della sussistenza di concreti rischi di gestione in capo ai soggetti qualificati come organismi di diritto pubblico.

Ne sono un chiaro esempio alcune pronunce più recenti tra cui quella relativa alla qualificazione giuridica dell'Ente nazionali risi (E.N.R.), ente pubblico economico preposto alla tutela e promozione del settore risicolo *made in Italy*; la vicenda che ha visto chiamata in causa la Fondazione Carnevale di Via Reggio ed il recentissimo caso che ha coinvolto la società GEIE TMB, società costituita da due concessionarie autostradali, incaricata dei lavori di manutenzione relativi al traforo del Monte Bianco. Le menzionate pronunce pur argomentando in punto di configurabilità del requisito negativo, sembrano rimanere ancorante ad una non più attuale

giurisprudenza europea²⁹⁴, senza effettuare una concreta analisi atta a verificare la reale consistenza dei rischi economici legati all'attività²⁹⁵.

Con riferimento al primo dei casi menzionati²⁹⁶, il Supremo Consesso amministrativo ha qualificato l'Ente nazionale risi quale organismo di diritto pubblico in quanto preposto a porre in essere differenti attività, tra loro di natura eterogenea, parte delle quali *“esula in modo evidente dal perseguimento di interessi e bisogni di carattere industriale e commerciale, risultando piuttosto strumentale al soddisfacimento di bisogni di carattere generale della collettività dei consumatori e degli utenti, e comunque rivolta a fini di utilità generale non sussumibili all'ambito degli interessi commerciali ed industriali”*. I giudici romani sembrano, quindi, riprendere quel consolidato principio di stampo comunitario, secondo cui non vige alcun principio di prevalenza con riguardo alle differenti attività poste in essere da uno stesso soggetto, tornato a sancire il principio dell'attrazione ed a negare la qualificabilità di un organismo di diritto pubblico *in parte qua*.

In riferimento alla seconda pronuncia²⁹⁷, il Consiglio di Stato sembra affermare la sussistenza del requisito teleologico alla stregua della stretta inerenza dell'attività della Fondazione Santa Cecilia alle finalità istituzionali del Comune, circostanza questa che secondo il Collegio consentirebbe di ravvisare la propensione della fondazione al perseguimento *“di bisogni non*

²⁹⁴ Tale giurisprudenza è ancora ferma a legare il requisito negativo alla natura dei bisogni piuttosto che all'attività posta in essere. Entrambe le sentenze, infatti, fondano sostanzialmente sui principi enunciati dalla Corte di Giustizia nella pronuncia relativa al caso *BFI Holding*, cit., che statuisce criteri, ancora validi, ma non sufficienti, per cui la circostanza che un soggetto agisca in un regime di libera concorrenza costituisce un possibile indizio a dimostrazione del carattere industriale o commerciale dei bisogni, nonché quel principio in base al quale i bisogni di interesse generale siano soddisfatti di regola *“in modi diversi dall'offerta di beni e servizi sul mercato”*.

²⁹⁵ Come insegnato dalle pronunce più recenti statuizioni della Corte di Giustizia relative ai casi sopra analizzati *Ente Fiera di Milano*, *Taitotalo* e *Commissione c. Spagna*, citati.

²⁹⁶ Consiglio di Stato, sez. VI, 19 maggio 2008, n. 2280, in *Foro it.*, 2009, 4, III, 217.

²⁹⁷ Consiglio di Stato sez. V, 12 ottobre 2010, n. 7393, in *Foro amm. CDS*, 2010, 10, 2126 (s.m.).

solo generali ma anche di carattere non industriale e commerciale, ossia non suscettibili di essere efficacemente perseguiti mediante l'applicazione delle normali regole di mercato da parte di soggetti svincolati da controlli di stampo pubblicistico”.

Con riguardo, invece, alla già citata pronuncia relativa al caso che ha visto coinvolta la società GEIE TMB²⁹⁸, essendo quest'ultima un'emanazione delle due società incaricate delle opere relative al traforo del Monte Bianco²⁹⁹, il Collegio ha giustamente proceduto a verificare *in primis* la qualificabilità delle due concessionarie in termini di organismo di diritto pubblico.

Con riguardo al requisito teleologico, il Supremo Consesso amministrativo, ripropone quel principio espresso dalla Corte di Giustizia, per cui i bisogni non aventi carattere commerciale o industriale sarebbero, di regola, soddisfatti in modalità differenti rispetto all'offerta di beni o servizi sul mercato, essendo bisogni che lo Stato preferisce soddisfare o direttamente, o attraverso altri soggetti nei confronti dei quali intende mantenere un'influenza dominante.

È, quindi, sulla scorta della constatazione dell'assenza di un mercato concorrenziale nel settore di riferimento, di fronte ad un regime di

²⁹⁸ Consiglio di Stato, sez. VI, 30 giugno 2011, n. 3892, in *Foro amm. CDS*, 2011, 6, 2103, pronuncia già esaminata con riguardo alla qualificabilità dei concessionari in termini di organismo di diritto pubblico, si veda il secondo paragrafo del precedente capitolo.

²⁹⁹ Relativamente a tale considerazione il Collegio ritiene che ad essa si debbano estendere gli obblighi di rispetto delle procedure di evidenza pubblica imposti alle società concessionarie, onde evitare di ammettere per il concessionario di opera pubblica un comodo espediente per eludere gli obblighi di evidenza pubblica, mediante la creazione di nuovi soggetti cui affidare i propri compiti. Inoltre, i giudici ritengono che la stessa società sia suscettibile di autonoma qualificazione come organismo di diritto pubblico, considerata la sua personalità giuridica, il fine per cui è stata costituito secondo la convenzione italo-francese, ovvero *“creato ai fini esclusivi di: gestire, mantenere, rinnovare e modernizzare il tunnel ed i suoi annessi; gestire, mantenere e rinnovare gli impianti necessari alla gestione del traforo”* e il suo integrale finanziamento e controllo da parte delle due società concessionarie che a loro volta sono stati dallo stesso Collegio qualificati quali organismi di diritto pubblico.

monopolio/oligopolio di fatto, nonché sul presupposto della indubbia vocazione alla soddisfazione di bisogni di interesse generale della costituzione di una società dedicata alla costruzione e manutenzione del Traforo del Monte Bianco, necessario ad assicurare la viabilità del traffico transnazionale, che il Consiglio di Stato ritiene soddisfatto il requisito finalistico, senza nessuna approfondita analisi in punto di rischi relativi alla gestione delle attività considerate.

Appare pertanto chiaro come i dettati della giurisprudenza europea continuino ad essere disattesi anche ad oggi, stadio in cui, ad avviso di chi scrive, sembrano ormai essersi consolidati chiari e lineari criteri di identificazione della figura dell'organismo di diritto pubblico. Non che, il più delle volte, le scelte dei nostri giudici amministrativi siano da ritenersi errate nel merito, quanto, piuttosto, appare criticabile la circostanza che le singole decisioni dipendano troppo dal caso concreto, non basandosi su criteri certi ed uniformi, tali da assicurare certezza ed unità al diritto.

Se per lungo tempo le stesse censure potevano essere mosse anche alla giurisprudenza europea, sembra ormai potersi ritenere che i principi dettati dalla Suprema Corte europea, al fine di determinare la sussistenza del carattere non industriale o commerciale, abbiano assunto un carattere più lineare ed universale. Se, infatti, si ritiene sempre comunque necessaria una preliminare analisi relativa all'insieme degli elementi giuridici e fattuali pertinenti al caso concreto³⁰⁰, che possono essere rilevanti quali indizi del carattere non industriale o commerciale, decisivo appare, invece, determinare la presenza o meno di rischi di gestione connessi all'attività considerata, circostanza questa strettamente collegata alla verifica

³⁰⁰ quali la natura dell'attività, le circostanze che hanno presieduto alla creazione dell'organismo considerato, le condizioni in cui lo stesso opera, tra le quali in particolare, oltre alla citata mancanza di concorrenza sul mercato, la mancanza di uno scopo di lucro a titolo principale (da intendersi come riferibile all'assenza di un intento divisione degli utili e non alla totale mancanza dell'elemento lucrativo, essendo comunque possibile che una conduzione dell'attività secondo criteri di rendimento, efficacia e di redditività).

dell'esistenza di flussi di finanziamento pubblico e di meccanismi compensativi atti a coprire le perdite attraverso fondi comunque pubblici³⁰¹.

Per quanto siano da condividere le perplessità serbate da parte della dottrina circa la difficoltà di una puntuale verifica circa tale ultimo criterio, dal momento che *“l'intervento dell'ente controllante non risulta, infatti, quasi mai prefigurato nello statuto, ma si realizza solo al momento della crisi, sicché riesce difficilmente apprezzabile in una situazione ordinaria”*³⁰², si pensi a casi come quello relativo al TOROC³⁰³, non sembra condivisibile la pigrizia dei nostri giudici amministrativi nel non tentare neppure di allinearsi ai dettati della Corte di Lussemburgo.

4.3 Le soluzioni apprestate dalla Suprema Corte di Cassazione.

Maggiormente in linea con i dettati dei giudici europei sembra essere la giurisprudenza della Suprema Corte di Cassazione che, nonostante in materia si sia potuta esprimere solo limitatamente a profili di giurisdizione, o circa la legittimità interpretativa dei giudici di merito, ha proficuamente contribuito a tracciare linee guida utili all'identificazione della figura dell'organismo di diritto pubblico in esame.

In un primo momento, ovviamente, con riguardo specificatamente alle criticità connesse al requisito teleologico, anche l'attenzione della Corte di

³⁰¹ Corte di Giustizia, 27 febbraio 2003, causa C-273/00, *Adolf Truley*, cit., P. 66; 22 maggio 2003, causa C-18/01, *Taitotalo*, cit., PP. 48 e 59; 16 ottobre 2003, causa C-283/00, *Commissione v. Spagna*, cit., P. 81, 10 ottobre 2001, cause C-223/99 e C-260/99, *Agorà e Excelsior*, cit., P. 40.

³⁰² C. Deodato, *Le società pubbliche. Il regime dei contratti*, cit.

³⁰³ Comitato per l'Organizzazione dei XX Giochi Olimpici Invernali Torino 2006, per il quale fu esclusa la qualifica di organismo di diritto pubblico, svolgendo un'attività definita di interesse pubblico, ma a carattere commerciale (consistente nella vendita agli sponsor ed al pubblico dell'evento olimpico), che fu poi salvato *in extremis* dal dissesto grazie a provvidenziali interventi pubblici. In tal senso Consiglio di Stato, sez. VI, 23 gennaio 2006, 977, con nota di M. De Rosa. Sul punto si veda R. Caranta, *I contratti pubblici*, cit., 284 – 285.

Cassazione è ricaduta sulla natura dei bisogni. Ne è un chiaro esempio la pronuncia delle Sezioni Unite del 5 febbraio, 1999, n. 24, con la quale la Corte precisa che per l'individuazione di un organismo di diritto pubblico, non è determinante la soggettività formale, quanto la natura oggettivamente pubblica degli interessi perseguiti.

Nella specie la Suprema Corte ha ritenuto sussistente la competenza del giudice amministrativo in relazione ad atti di un consorzio privatistico, formato dai comuni della provincia di Bolzano per l'acquisto in comune del materiale scolastico, esprimendosi in termini del tutto innovativi³⁰⁴ con una pronuncia che aprirà la strada ad una serie di arresti amministrativi che si spingeranno a considerare l'essenza pubblica di atti emanati da soggetti privati sulla sola scorta dell'accertata funzionalizzazione dell'attività rivolta al soddisfacimento di interessi di pubblica rilevanza³⁰⁵.

Saltando subito all'analisi della già citata pronuncia in cui le Sezioni Unite hanno negato la qualifica di organismo di diritto pubblico all'Ente Fiera di

³⁰⁴ La pronuncia è il segno di una evidente innovazione sistematica, aggiungendo una fattispecie nuova ed ulteriore alla allora considerata ipotesi eccezionale di disciplina pubblicistica degli atti posti in essere da un soggetto privato, quella del trasferimento di pubblica funzione ad organo indiretto dell'amministrazione (Cfr. Corte di Cassazione, 29 dicembre 1990, n. 12221, in *Gius. civ.*, 1991, I, 888). L'estensione della giurisdizione amministrativa, infatti, viene qui fatta discendere, semplicemente e direttamente, dalla ricomprensione del consorzio privatistico nell'ambito della disciplina di origine comunitaria volta ad imporre regole di trasparenza e procedimento per l'assegnazione e l'aggiudicazione di appalti volti a soddisfare esigenze pubbliche. Di contro Corte di Cassazione, 6 maggio 1995, n. 4291 (*rectius* n. 4991), in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1996, 1266 (ed anche Corte di Cassazione, 6 maggio 1995, n. 4989, in *Gius. civ.*, 1995, I, 2985), che aveva invece concluso per l'esistenza della giurisdizione ordinaria. La fattispecie, invero, si distingueva sostanzialmente in quanto si trattava non di un consorzio con fine pubblicistico, ma di una società per azioni, in cui enti pubblici partecipavano al capitale, detenendo tra l'altro quote minoritarie, accanto a soggetti privati. Cfr. anche Corte di Cassazione, 13 febbraio 1999, n. 64, nella quale si è affermata l'estensibilità anche a società per azioni della giurisdizione del giudice amministrativo.

³⁰⁵ In tal senso S. Girella, *Organismo di diritto pubblico e imprese pubbliche. L'ambito soggettivo nel sistema degli appalti europeo e nazionale*, cit.79.

Milano³⁰⁶, confermando la impugnata decisione del Consiglio di Stato ed attribuendo la giurisdizione della controversia al giudice ordinario, è possibile osservare come la Suprema Corte di Cassazione escluda che l'Ente autonomo Fiera internazionale di Milano non sia qualificabile come organismo di diritto pubblico poiché, pur perseguendo finalità di interesse generale, senza scopi speculativi ed in la presenza di una manifesta ingerenza pubblica, operi mediante un'organizzazione di tipo imprenditoriale e dietro corrispettivi diretti al recupero dei costi, difettando quindi, del requisito del carattere non industriale o commerciale dei bisogni di interesse generale perseguiti³⁰⁷.

Identico è l'*iter* argomentativo seguito in una successiva pronuncia³⁰⁸, con la quale le Sezioni Unite hanno negato la qualifica di amministrazione aggiudicatrice all'Azienda elettrica consorziale delle città di Bolzano e Merano, inquadrabile nella categoria degli enti pubblici economici.

Quel che rileva di queste due menzionate pronunce è, in particolar modo, come, nello svolgimento delle operazioni ricostruttive delle fattispecie la Suprema Corte di Cassazione abbia sempre proceduto preliminarmente ad un'approfondita analisi della giurisprudenza europea in materia, nella manifesta intenzione di conformarvisi³⁰⁹.

³⁰⁶ Corte di Cassazione, SS. UU. 04 aprile 2000, n. 97, in *Giornale dir. amm.*, 2000, 549, con nota di S. Cassese, in *Dir. e giust.*, 2000, 15, 33, *Giur. it.*, 2000, 1496, *Urbanistica e appalti*, 2000, 718, con nota di B. Mameli.

³⁰⁷ In senso analogo la Suprema Corte di Cassazione si era già espressa nel lontano 1995, escludendo la riconducibilità della società Siena Parcheggi alla figura dell'organismo di diritto pubblico. Corte di Cassazione, SS. UU., 06 maggio 1995, n. 4991, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1995, 1056 con nota di G. Greco.

³⁰⁸ Corte di Cassazione, SS. UU., 20 novembre 2003, n. 17635, *Dir. e Formazione*, 2004, 206.

³⁰⁹ Nella pronuncia in esame la Suprema Corte ripercorre chiaramente le pronunce della Corte di Giustizia Mannesmann e *Ghemeente Arnhem*, sopra citate.

Interessate appare anche la pronuncia con cui le Sezioni Unite³¹⁰ confermano la giurisdizione del giudice amministrativo relativamente al già esaminato caso che ha visto i giudici di Palazzo Spada³¹¹ qualificare come organismo di diritto pubblico la S.A.A.V. Autovie Venete S.p.a..

A differenza del Consiglio di Stato, che non ha ritenuto determinante a tal fine il meccanismo compensativo del pedaggio autostradale, considerandolo destinato solo a concorrere al finanziamento degli oneri sostenuti e ad evitare che essi ricadessero interamente sulla spesa pubblica, la Suprema Corte, ha ritenuto, invece, dirimente l'esistenza di tale meccanismo compensativo affermando che, *“lo si configuri come una prestazione pecuniaria imposta all'utente per poter usufruire di un pubblico servizio (S.U.Cass.7 agosto 2001, n. 10983, Cass.9 febbraio 1981, n. 800 e altre), ovvero come un prezzo pubblico (anche in relazione al fatto che alla determinazione delle relative tariffe concorre il Cipe e che gli adeguamenti sono autorizzati con decreti ministeriali) versato per l'utilizzazione di un'opera già realizzata per fini di interesse generale (Cass.13 gennaio 2003, n. 298, si pone sempre, comunque, (anche) in funzione del recupero parziale del costo dell'opera”*, allineandosi, così, in maniera più coerente ai principi sanciti dai giudici di Lussemburgo.

Relativamente, poi, alla qualificabilità della società Grandi Stazioni S.p.a. in termini di organismo di diritto pubblico, e, quindi, alle conseguenti questioni relative alla giurisdizione degli appalti dalla stessa banditi, le Sezioni Unite³¹² offrono una nozione del requisito teleologico che sembra

³¹⁰ Corte di Cassazione, SS. UU., 01 aprile 2004, n. 6408, Giust. civ. Mass., 2004, 4, in Foro amm. CDS, 2004, 1023 (s.m.).

³¹¹ Consiglio di Stato, sez. VI, 7 giugno 2001, n. 3090, in www.giustizia-amministrativa.it.

³¹² Corte di Cassazione, SS. UU., 04 maggio 2006, n. 10218, in *Riv. giur. edilizia*, 2007, 1, I, 143, *Giur. it.*, 2007, 8-9, 1934, s.m., con nota di Rinaldi.

imperniato più sulla verifica della sussistenza di uno scopo lucrativo, che sulla effettività del rischio di impresa³¹³.

La Suprema Corte, infatti, sostiene che per bisogni di interesse generale si abbia a intendere quei bisogni *“riferibili ad una collettività di soggetti, di ampiezza e contenuto tali da giustificare appunto la creazione di apposito organismo, sottoposto all'influenza dominante dell'autorità pubblica, deputato alla loro soddisfazione. E che non abbiano, per altro, carattere commerciale e industriale nel senso che non devono essere suscettibili [...] di soddisfacimento mediante attività di produzione o scambio di beni o servizi connotata da imprenditorialità o scopo di lucro”*.

In base a tale assunto i giudici della Cassazione, contrariamente ai giudici amministrativi³¹⁴, hanno negato la qualifica di organismo di diritto pubblico in capo alla società Grandi Stazioni S.p.a. (società a partecipazione pubblica, preposta alla gestione e commercializzazione di spazi e beni immobili afferenti alle Ferrovie dello Stato, a cui la stessa società versa, per contratto, un corrispettivo commisurato ai ricavi conseguiti), sostenendo che la stessa operi come un normale gestore di centri commerciali al pari di altri soggetti imprenditoriali, difettando, quindi, del requisito finalistico richiesto dalla normativa di riferimento, negando che la stessa svolga alcun servizio pubblico di trasporto, non essendo essa né la società gestrice della rete ferroviaria, né la società incaricata del servizio di trasporto pubblico.

³¹³ *Ex plurimis* Corte di Cassazione, SS. UU., 04 aprile 2000, in *Giust. civ. Mass.*, 2000, 686, *Giornale dir. amm.*, 2000, 549, con nota di Cassese, *Dir. e giust.*, 2000, 15, 33, *Giur. it.*, 2000, 1496, *Urbanistica e appalti*, 2000, 718, con nota di Mameli; 08 febbraio 2006, n. 2637, *Riv. notariato*, 2006, 4, 1135 (s.m.), con nota di Scalabrina e Trimarchi, *Dir. e giust.* 2006, 11, 31, *Giust. civ. Mass.*, 2006, 2, *Giust. civ.*, 2006, 6, I, 1171, *Giur. it.*, 2007, 2, 414, *Giust. civ.*, 2007, 11, I, 2499 (s.m.), con nota di d'Alessandro, *Giur. comm.*, 2007, 4, II, 787, (s.m.), con nota di Milanese.

³¹⁴ Consiglio di Stato, Ad. Pl., 23 luglio 2004 n. 9, in www.giustizia-amministrativa.it; sez. V, 06 ottobre 2003, n. 5902, in *Dir. e giust.* 2003, 37, 79, con nota di Fea.

Di converso, in una recentissima pronuncia³¹⁵, le stesse Sezioni Unite hanno ritenuto organismo di diritto pubblico la Gesip S.p.a., società a partecipazione pubblica (partecipata al 49% da Italia Lavoro s.p.a., quest'ultima società attraverso cui il Ministero del Lavoro attua politiche attive di promozione del lavoro), preordinata alla gestione dei servizi pubblici locali di pulizia, manutenzione, custodia e gestione di impianti e presidi di aree, come affidati direttamente dal Comune di Palermo.

Anziché soffermarsi sull'analisi relativa ai rischi inerenti alla gestione dell'attività, la Suprema Corte considera che le ragioni che hanno presieduto alla creazione della Gesip S.p.a. (in attuazione di politiche sociali) e le condizioni in cui quest'ultima esercita la propria attività (in un mercato non concorrenziale), portino a concludere che essa sia stata istituita per soddisfare esigenze di carattere generale aventi carattere non industriale o commerciale.

Alla luce delle ultime pronunce analizzate appare possibile constatare come, per quanto più affine alla giurisprudenza europea, neppure la Corte di Cassazione è ferma nell'applicare sempre criteri chiari e determinati al fine di verificare o escludere la sussistenza del contrastato requisito teleologico.

Ad avviso di chi scrive, criteri utili ed universali possono rappresentati solo dalla verifica della sussistenza o meno di uno effettivo scopo di lucro, inteso come intento speculativo di divisione degli utili, e soprattutto dalla determinazione delle reali possibilità di insolvenza dell'azienda³¹⁶. Tutte le altre indicazioni di ordine giuridico e fattuale, quali l'analisi della disciplina statutaria, il grado di rilevanza pubblica dei bisogni perseguiti, le analisi degli effettivi livelli di concorrenza nei singoli mercati di riferimento,

³¹⁵ Corte di Cassazione, SS. UU., 09 maggio 2011, n. 10068, in *Giust. civ. Mass.*, 2011, 5, 713, *Dir. e Giust.*, 2011, 14 luglio, *Foro amm. CDS*, 2011, 6, 1838 (s.m.).

³¹⁶ Sulla capacità di fallimento delle società pubbliche si veda in particolare M. Dugato, *L'imperturbabile stabilità dei servizi pubblici e l'irresistibile forza dell'ente pubblico*, in *Munus*, 2012, 3.

possono essere solo elementi indiziari, il cui apprezzamento è valido ed opinabile caso per caso, quindi non atti a garantire un'uniformità della disciplina ed a soddisfare esigenze di certezza del diritto.

III. La figura dell'impresa pubblica.

1. Il carattere imprenditoriale dell'impresa pubblica e la nozione comunitaria di impresa.

La tematica dell'impresa pubblica è strettamente connessa a quella, già esaminata, dell'intervento pubblico nell'economia, di cui rappresenta null'altro che una modalità di attuazione.

Le imprese pubbliche svolgono un ruolo fondamentale nell'economia nazionale dei paesi dell'Unione europea. Onde evitare un uso improprio di tale strumento finalizzato a compromettere il rispetto delle regole del libero mercato, i Trattati europei affermano un principio di parità di trattamento tra e imprenditori pubblici e privati.

L'articolo 106 co. 1 TFUE (ex art. 86 TCE) prevede, infatti, che anche le imprese pubbliche, al pari delle imprese cui si applicano diritti speciali o esclusivi, sono tenute al rispetto delle norme dettate in materia di libera concorrenza. La stessa norma, al secondo comma, prevede come unica possibile deroga al rispetto della disciplina menzionata, l'eventualità in cui il rispetto delle stesse risulti d'ostacolo all'adempimento delle specifiche missioni di interesse economico generale alle quali le stesse imprese siano preposte.

Molteplici sono i modelli, rintracciabili all'interno del nostro ordinamento, in cui può presentarsi l'impresa pubblica: le aziende autonome, gli enti pubblici economici, le società a prevalente partecipazione pubblica o comunque a dominanza pubblica³¹⁷. Ognuno di questi soggetti potrebbe,

³¹⁷In tal senso S. Girella, *Organismo di diritto pubblico e imprese pubbliche. L'ambito soggettivo nel sistema degli appalti europeo e nazionale*, cit. 157, il quale ripercorre le caratteristiche dei tre modelli di impresa pubblica richiamati: l'impresa-organo, la quale è essa stessa un organo dell'ente in cui è incardinata al quale è, di consueto, legata da

infatti, essere destinatario di attività economiche riservate, ben potendo i pubblici poteri scegliere, per particolari ragioni di interesse generale, di mantenere il controllo esclusivo di un dato mercato sottraendolo alla concorrenza.

Per quel che concerne la nozione europea di impresa pubblica, questa è solo presunta dall'art. 106 e seguenti del TFUE, non essendo rinvenibile nessun riferimento idoneo a definire il carattere pubblico dell'impresa in seno ai Trattati. Bisogna comunque ritenere, soprattutto alla luce della pluralità delle definizioni proprie dei diversi ordinamenti nazionali, che tale nozione non possa non essere interpretata che nel quadro del diritto comunitario e con riferimento a questo³¹⁸.

Relativamente alla figura dell'impresa pubblica appare rilevante, in anzi tutto, la più generale nozione di impresa che essa presuppone. Quindi, preliminare alla verifica della qualificabilità di un soggetto in termini di impresa pubblica, è la necessaria analisi della qualificabilità dello stesso in termini di impresa.

La giurisprudenza comunitaria, com'è noto, ha assegnato alla nozione di impresa una portata molto più ampia rispetto alla stessa figura considerata a livello nazionale.

Nel silenzio dei trattati, la nozione comunitaria di impresa è stata elaborata

un rapporto organizzativo più o meno intenso. Di norma non ha un'autonoma personalità giuridica, ma è dotata un patrimonio, un bilancio ed un personale proprio ed è caratterizzata dall'essere assoggettata ad una disciplina contabile speciale. L'ente pubblico economico è, invece, collegato, tramite un rapporto di direzione al soggetto pubblico, il quale resta comunque il risposabile dell'attività svolta. In fine, la figura della società per azioni in mano pubblica fa riferimento tanto al caso di un soggetto economico costituito da autorità pubblica, quanto ai casi di mera partecipazioni finanziarie in società già esistenti.

³¹⁸ Come giustamente affermato dall'Avvocato generale Reischl nelle conclusioni relative al caso *Commissione c. Francia*, 6 giugno 1982, cause riunite 188-189/80, cit., in *Racc.* 2545.

dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, la quale, in relazione alla disciplina sulla libera concorrenza (di cui agli artt. 101-102- 106 TFUE, ex artt. 81-82-86 TCE) ha statuito che tale figura ricomprende “*qualsiasi entità che esercita un’attività economica, a prescindere dallo status giuridico di detta entità e dalle sue modalità di finanziamento*”³¹⁹. Come si può chiaramente osservare l’approccio comunitario è come sempre di stampo prettamente funzionale, quel che rileva è infatti l’indole economica o meno dell’attività svolta e non la natura giuridica del soggetto.

La Corte ha chiarito, poi, cosa debba intendersi per attività economica affermando che “*costituisce attività economica l’offerta di beni e servizi su un determinato mercato*”³²⁰.

La finalità economica consente di scartare quegli organismi che perseguono obiettivi di solidarietà sociale³²¹, come gli organismi previdenziali, sempre che si tratti di regimi obbligatori³²² e non complementari³²³, alla stregua di tutti quegli organismi esercenti attività di pubblico potere o di regolamentazione.

Al riguardo la Corte di Lussemburgo ha evidenziato come nell’ambito della previdenza sociale, la giurisprudenza comunitaria abbia determinato come “*taluni organismi incaricati della gestione di regimi legali di assicurazione malattia e di assicurazione vecchiaia perseguono un obiettivo esclusivamente sociale e non esercitano un’attività economica*”. Ciò si verifica qualora tali organismi applichino esclusivamente la legge, non

³¹⁹ Corte di Giustizia, 23 aprile 1991, *Höfner*, C-41/90, in *Racc.*, I-1979, P. 21; 22 gennaio 2002, *Cisal*, C-218/00, in *Racc.*, I-691, P. 22.

³²⁰ Corte di Giustizia, 18 giugno 1998, C-35/96, in *www.curia.eu*.

³²¹ Sul tema vedi L. Idot, *Droit sociale et droit de la concurrence: confrontation ou cohabitation*, in *Europe*, novembre 1999, n. 11.

³²² Corte di Giustizia, 17 febbraio 1993, *Poucet - Pistre*, cause riunite C-159 e160/91, in *Racc.*, I-664.

³²³ Corte di Giustizia, 16 novembre 1995, *Fédération française des sociétés d’assurance*, C-244/94, in *Racc.*, I-4022.

avendo questi alcuna possibilità di influire sull'ammontare dei contributi, sull'impiego dei fondi e sulla determinazione del livello delle prestazioni.

Secondo la Corte, infatti, una siffatta attività fonderebbe sul principio della solidarietà nazionale, e sarebbe, pertanto, priva di qualsiasi scopo di lucro, essendo le prestazioni fornite qualificabili come prestazioni legali caratterizzate dall'indipendenza dall'ammontare dei contributi³²⁴. In oltre, la circostanza che l'ammontare delle prestazioni e quello dei contributi siano in definitiva fissati dallo Stato induce la Corte a ritenere che un organismo come quello relativo ad un soggetto che gestisca per legge un regime di assicurazione malattia contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali, non sia qualificabile in termini di impresa ai fini della disciplina in materia di libera concorrenza³²⁵.

Di contro, in ulteriori pronunce³²⁶, la stessa Corte di Giustizia ha considerato esercenti attività economica, e quindi imprese, altri organismi i quali pur sembravano non presentare uno scopo lucrativo, perché gestori di sistemi legali di previdenza, ovvero di un'attività a carattere sociale assoggettata ad una normativa statale che comporta particolari elementi di solidarietà.

In una pronuncia, con riguardo al caso *Fédération française des sociétés d'assurance*³²⁷, rilevante per la Corte è stata la circostanza che l'organismo in esame gestiva un regime di assicurazione integrativo (e non obbligatorio) della pensione di vecchiaia, attività considerata di natura economica, data la concorrenza esistente con le compagnie di assicurazione sulla vita, ben

³²⁴ Corte di Giustizia, cause riunite *Poucet – Pistre*, citate, P. 15 e 18

³²⁵ Corte di Giustizia, *Cisal*, cit., P. 43 - 46

³²⁶ Corte di Giustizia, 16 novembre 1995, *Fédération française des sociétés d'assurance e a.*, causa C-244/94, in *Racc.*, I-4013, P. 22; 21 settembre 1999, *Albany*, C-67/96, in *Racc.*, I-5751, P. 84-87.

³²⁷ Corte di Giustizia, *Fédération française des sociétés d'assurance e a.*, cit., P. 17.

potendo gli interessati scegliere la soluzione che garantiva loro il migliore investimento.

Nella pronuncia relativa al caso *Albany*³²⁸, invece, riguardante un fondo pensione integrativo fondato su un sistema di iscrizione obbligatoria comportante un meccanismo di solidarietà per la determinazione dell'ammontare dei contributi e del livello delle prestazioni, la Corte ha ritenuto determinante, le circostanze relative al fatto che il fondo stesso stabilisse il livello di contributi e prestazioni e che funzionasse in base al principio di capitalizzazione.

In fine, con riguardo ad una pronuncia relativa alla qualificabilità in termini di impresa delle casse di malattia tedesche³²⁹, la Corte di giustizia ha ritenuto necessario esaminare se la determinazione dei massimali da parte delle federazioni di casse fosse collegata alle funzioni di natura esclusivamente sociale delle casse malattia, o se essa costituisse piuttosto un'attività di natura economica. La Suprema Corte europea, constatato che nella determinazione dei massimali le federazioni di casse svolgono soltanto un compito di gestione del sistema di previdenza sociale tedesco imposto loro dalla legge e non agiscono come imprese esercitanti un'attività economica, è giunta ad escluderne la natura imprenditoriale.

2. La prerogativa dell'influenza pubblica.

Nel silenzio del legislatore circa il carattere pubblico dell'impresa, la Commissione ha tentato, dal canto suo, di sviluppare una definizione di impresa pubblica che desse rilievo all'influenza esercitata dallo Stato

³²⁸ Corte di Giustizia, *Albany*, cit., P.81 – 84.

³²⁹ Corte di Giustizia, 16 marzo 2004, cause riunite C-264/01, C-306/01, C-354 e 355/01, in www.curia.eu.

sull'impresa, percepibile sia dalla peculiare disciplina statutaria, che con riguardo al regime di partecipazione finanziaria, diretta o indiretta, detenuta da soggetti pubblici³³⁰.

Nella famosa direttiva relativa alla trasparenza fra poteri pubblici e imprese pubbliche, del 25 giugno del 1980, n. 723 (completata dalla direttiva del 26 luglio 2000, n. 52, che ha allargato la portata della disciplina anche alle imprese titolari di diritti speciali ed esclusivi³³¹ e modificata dalla direttiva del 28 novembre 2005, n. 81), oggi sostituita dalla direttiva del 16 novembre 2006, n. 111³³², la Commissione ha definito in termini di impresa

³³⁰ In tal senso L. Dubouis, *Droit matériel de l'Union européenne*, Paris, 2004, 493.

³³¹ La mera titolarità di diritti speciali o esclusivi non vale ad integrare né la nozione di impresa pubblica, né quella di organismo di diritto pubblico. In tal senso M. A. Sandulli, *Impresa pubblica e regole di affidamento dei contratti*, cit., 7. Nel quadro delle direttive in questione per diritti speciali si intendono quei diritti concessi da uno Stato membro a un numero limitato di imprese tramite uno strumento legislativo, regolamentare o amministrativo che, su un territorio determinato: limita a due o più il numero delle imprese autorizzate a fornire un servizio o a svolgere un'attività in base a criteri non oggettivi, proporzionali e non discriminatori; ovvero designa, secondo tali criteri, diverse imprese concorrenti, come autorizzate a fornire un servizio o a svolgere un'attività; ovvero conferisce a una o più imprese, secondo tali criteri, vantaggi giuridici o regolamentari che incidono sostanzialmente sulla capacità di ogni altra impresa di fornire lo stesso servizio o di svolgere la stessa attività sul medesimo territorio in condizioni sostanzialmente equivalenti.

Col termine diritti esclusivi si fa riferimento a quei diritti concessi da uno Stato membro ad un'impresa attraverso uno strumento legislativo, regolamentare o amministrativo, che attribuiscono all'impresa il diritto di erogare un servizio o di svolgere un'attività su un determinato territorio.

³³² Le direttive in questione hanno posto l'accento, al fine di assicurare una reale parità di trattamento tra imprese pubbliche e private, sulla necessità che sia garantita la trasparenza, attraverso l'obbligo di mantenere conti separati della struttura finanziaria e organizzativa delle imprese pubbliche e private cui vengono concessi diritti speciali o esclusivi, o che vengono incaricate della gestione di un servizio di interesse economico generale, per la quale ricevono un compenso in una forma qualsiasi. Secondo la Commissione, è pertanto indispensabile garantire che non vi siano compensi eccessivi dei costi sostenuti per l'esercizio del servizio di interesse economico generale, né sovvenzioni incrociate verso altre attività economiche dell'impresa. A tal fine bisogna che la Commissione disponga di dati dettagliati idonei a verificare che i paesi dell'UE non concedano alle imprese, tanto pubbliche quanto private, aiuti incompatibili con il mercato comune.

Al fine di una piena trasparenza è pertanto richiesto l'obbligo per alcune imprese di tenere contabilità separate. Nello specifico, sono tenute a mantenere contabilità

pubblica “ogni impresa sulla quale i poteri pubblici possono esercitare direttamente o indirettamente un’influenza dominante determinata dalla proprietà, dalla partecipazione finanziaria ovvero dalle regole che la prevedono”. Inoltre, che l’influenza dominante è considerata presunta lì dove i pubblici poteri, direttamente o indirettamente: a) detengano più della metà del capitale sociale; b) dispongano della maggioranza dei voti cui danno diritto le azioni emesse; c) possano designare più della metà dei membri dell’organo di amministrazione, direzione vigilanza dell’impresa.

L’anima della summenzionata direttiva è atta a garantire una piena trasparenza con riguardo alle relazioni finanziarie intercorrenti tra poteri nazionali e imprese pubbliche, di tal che sia possibile “distinguere chiaramente il ruolo svolto dalla pubblica amministrazione quale potere pubblico e quello svolto dalla stessa quale proprietario”³³³. A tal fine le imprese pubbliche e private, che fruiscono di diritti speciali o esclusivi, o che siano incaricate di servizi di interesse economico generale, sono obbligate a tenere una contabilità separata per le attività svolte nei settori dei servizi di interesse economico generale o in quello relativo ai rilevanti diritti speciali o esclusivi.

La giurisprudenza comunitaria, ha più volte sottolineato, alla luce

separate le imprese private e pubbliche alle quali vengono concessi diritti speciali o esclusivi da parte di un paese dell’UE, ovvero che sono incaricate della gestione di un servizio di interesse economico generale e che ricevono un compenso di servizio pubblico in una forma qualsiasi, svolgendo contemporaneamente altre attività. Le contabilità separate devono riflettere le diverse attività svolte dalla stessa impresa, facendo risultare i prodotti e i costi relativi a tali diverse attività, nonché il metodo della loro imputazione o della loro ripartizione. È pertanto richiesto che gli Stati membri adottino i provvedimenti necessari affinché i dati relativi alla struttura finanziaria e organizzativa delle imprese di cui si tratta restino a disposizione per cinque anni, e, su richiesta della Commissione, le siano tempestivamente trasmessi.

³³³ M. A. Sandulli, *Impresa pubblica e regole di affidamento dei contratti*, cit., 5.

dell'interpretazione dell'ambito applicativo dell'art. 106 co. 1 del TFUE (ex art 86 co. 1 TCE), la non rilevanza della natura giuridica³³⁴ o della forma dell'impresa³³⁵, né del requisito relativo al possesso di una personalità giuridica distinta da quella dello Stato o dei pubblici poteri di riferimento. Invero un'azienda senza personalità, un semplice servizio interno ad un'amministrazione, ben potrebbe essere qualificato come impresa pubblica, dal momento che si dedica ad un'attività economica di carattere industriale o commerciale³³⁶.

Tale soluzione, del resto, appare perfettamente in linea con quell'approccio funzionale di stampo europeo, che tanto si sforza di cogliere la realtà economica senza prendere in considerazione le peculiari forme e categorie giuridiche degli ordinamenti nazionali³³⁷.

È evidente che, a differenza della nozione di organismo di diritto pubblico, la figura di impresa pubblica marginalizzi il dato relativo al fine perseguito (il che non vuol dire che questo non rilevi, essendo, il fine, come già osservato, pertinente già alla nozione di impresa in genere, e quindi presupposto della figura dell'impresa pubblica), assumendo valore fondamentale, invece, il legame tra l'impresa ed i pubblici poteri³³⁸.

Tale rilievo non cambia i termini del fondamentale assunto che vede nella natura relativa all'attività posta in essere il *discrimen* fondamentale tra le due figure in esame, natura non commerciale per gli organismi di diritto pubblico e commerciale per l'impresa pubblica, in quanto impresa.

³³⁴ O dei cambiamenti che la stessa possa subire. In tal senso Corte di Giustizia, 17 maggio 2001, *Poste Italiane*, C-340/99, in *Racc. I-109*

³³⁵ Corte di Giustizia, *Commissione c. Italia*, cit..

³³⁶ Corte di Giustizia, 27 ottobre 1993, *Decoster*, C-69/91, in *Racc. I-5335*.

³³⁷ In tal senso L. Dubouis – C. Blumann, *Droit matériel de l'Union européenne*, Paris, 2004, 494.

³³⁸ M. A. Sandulli, *Impresa pubblica e regole di affidamento dei contratti*, cit., 6.

3. La nozione di impresa pubblica e l'ambito soggettivo della direttiva "settori speciali".

Definizione di impresa pubblica del tutto analoga a quella esaminata relativamente alla direttiva sulla trasparenza fra poteri pubblici e imprese pubbliche è rintracciabile all'art. 2 co. 1 lett. b) della direttiva 2004/17/CE³³⁹ (e trasfuso nell'art. 207 d. lgs. n. 163/2006) relativa ai settori speciali, anche detti "esclusi"³⁴⁰.

La direttiva 2004/17/CE, come già osservato, delimita in maniera più ampia il proprio ambito soggettivo di applicazione rispetto alla direttiva relativa ai settori ordinari. L'articolo 2, rispettivamente alla lettera a) e b), prevede infatti che la stessa si applichi a quei soggetti che siano amministrazioni aggiudicatrici o imprese pubbliche, nonché a quei soggetti, non rientranti nelle precedenti categorie, i quali, operino in virtù di diritti speciali o

³³⁹ Che definisce, per l'appunto, come imprese pubbliche tutte quelle imprese "su cui le amministrazioni aggiudicatrici possono esercitare, direttamente o indirettamente, un'influenza dominante perché ne sono proprietarie, vi hanno una partecipazione finanziaria, o in virtù di norme che disciplinano le imprese in questione. L'influenza dominante è presunta quando le amministrazioni aggiudicatrici, direttamente o indirettamente, riguardo all'impresa: – detengono la maggioranza del capitale sottoscritto dall'impresa, oppure – controllano la maggioranza dei voti cui danno diritto le azioni emesse dall'impresa, oppure – hanno il diritto di nominare più della metà dei membri del consiglio di amministrazione, di direzione o di vigilanza dell'impresa".

³⁴⁰ Le prime direttive in materia di appalti non coprivano i contatti stipulati in determinati settori, quali acqua, energia, trasporti e telecomunicazioni, che vennero per tanto identificati come settori esclusi. La ragione principale derivava dalle profonde differenze dei regimi dei settori di pubblica utilità nei singoli Stati Membri: da regimi di monopolio, a quelli di nazionalizzazione, concessine o liberalizzazione. In tal senso F. Capelli, *Concorrenza e appalti pubblici*, in *Dir. comunitario e scambi internaz.*, 2000, 800. In molti degli Stati membri, i settori di pubblica utilità erano direttamente o indirettamente gestiti da soggetti pubblici, anche se non mancavano Paesi in cui gli stessi erano soggetti alle normali regole di mercato. In oltre, le continue modifiche apportate dai fenomeni di pubblicizzazione e privatizzazione, rendevano ancor più difficile un intervento comunitario nei settori in questione. È solo a partire dalla direttiva 90/531/CEE che norme specifiche sono state dettate in materia.

esclusivi concessi loro dall'autorità competente nei settori contemplati dalla stessa direttiva (ovvero acqua, energia, trasporti, telecomunicazioni e servizi postali).

All'art. 2, sotto la rubricazione "enti aggiudicatori", viene ripreso, al co. 1 lett. a), la definizione di amministrazione aggiudicatrice mutuata dalla normativa dettata per i settori ordinari, quindi comprensiva della figura di organismo di diritto pubblico; alla lett. b), invece, come è stato appena osservato, viene inclusa la figura dell'impresa pubblica.

Sorge spontaneo domandarsi perché il legislatore comunitario abbia scelto di non includere tali soggetti nell'ambito di applicazione della direttiva 18/2004/CE, ma di assoggettarli solo ed esclusivamente alle più blande regole dell'evidenza pubblica relative ai settori speciali³⁴¹.

In primo luogo sembra opportuno ricordare che, come osservato nel paragrafo precedente, l'impresa pubblica è in *primis* un'impresa. Le finalità perseguite e le scelte effettuate dall'imprenditore pubblico non dovrebbero, quindi, differire da quelle di un imprenditore privato, mirando entrambi alla massimizzazione delle efficienze e sopportando il rischio economico³⁴² dell'attività esercitata.

Tale rilievo è volto a chiare le ragioni della scelta del legislatore

³⁴¹ Così E. Ferrari, *Impresa pubblica tra il trattato e le direttive comunitarie*, in M. A. Sandulli (a cura di), *Organismi e imprese pubbliche*, cit. 124.

³⁴² Il rischio di gestione implica ovviamente il rischio di fallimento dell'impresa. Il problema sul punto si pone relativamente agli enti pubblici economici, i quali, come è noto, ai sensi dell' art. 2221 c.c., non sono sottoposti a fallimento. Parte della dottrina rileva che sembrerebbe eccessivo escludere aprioristicamente gli enti in questione dalla qualificabilità di imprese pubbliche, facendoli rientrare, invece, nella figura di organismo di diritto pubblico. Sembrerebbe più condivisibile, invece, valutare caso per caso se la normativa specifica li sottragga realmente ai rischi legati all'insolvenza. Sul punto cfr. R. Caranta, *I contratti pubblici*, cit., 293; G. Greco, *Organismo di diritto pubblico atto secondo: le attese deluse*, cit., G. Morbidelli – M. Zoppolato, *Appalti pubblici*, in M. Chiti – G. Greco (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo. Parte Speciale*, cit., I, 433.

comunitario.

Se infatti, come già rilevato, la *ratio*, sottesa alla disciplina che regola le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici si fonda sulla necessità di evitare che determinati operatori, spinti da valutazioni non economiche, possano compromettere la libera concorrenza, e se “*questa [è] la ragione per la quale le amministrazioni aggiudicatrici (enti pubblici ed organismi di diritto pubblico), per definizione capaci di sottrarsi alle regole del mercato, sono state generalmente assoggettate ad apposita disciplina proconcorrenziale*”³⁴³, non sembrerebbe ragionevole sottoporre a tali regole anche quei soggetti, che, come le imprese pubbliche, essendo spinti da considerazioni prettamente economiche, non potrebbero compromettere le regole del libero mercato.

Tale argomentazione è confermata dal fatto che l’impresa pubblica, come già visto, è sottoposta alle specifiche norme dei trattati in tema di concorrenza, a riprova che essa è “*rimessa al funzionamento per così dire naturale del mercato e non alle regole artificiali, o comunque speciali, di negoziazione dettate per le amministrazioni pubbliche*”³⁴⁴.

La scelta di estendere l’ambito soggettivo di applicazione anche alle imprese pubbliche, ed ai privati titolari di diritti speciali o esclusivi, nei settori contemplati dalla direttiva 2004/17/CE, si spiega alla luce della particolarità delle materie coperte dalla stessa. Tali settori sono infatti non naturalmente predisposti all’apertura ad un libero mercato e per lungo tempo sono stati gestiti, nella maggioranza dei paesi dell’Unione, in regime

³⁴³ M. A. Sandulli, *Impresa pubblica e regole di affidamento dei contratti*, cit., 2.

³⁴⁴ Ferrari, *Impresa pubblica tra il trattato e le direttive comunitarie*, cit. 125.

di monopolio.

La definizione di una particolare disciplina nei settori speciali sembra quindi finalizzata a garantire l'apertura di una libera concorrenza in quei mercati ancora interessati da processi di liberalizzazione³⁴⁵.

Le imprese pubbliche, sono state, invero, il modello classico, attraverso cui i pubblici poteri, nei settori considerati, hanno gestito i c.d. servizi a rete, *“esse costituivano infatti l'espressione della nuova configurazione dei servizi pubblici come prestazioni rese ai cittadini anche in forma economica, attraverso operatori esterni alla P.A., sottoposti ad obblighi di servizio imposti e regolati dai pubblici poteri, che tornavano quindi al loro ruolo originario di esercenti funzioni pubbliche piuttosto che gestori diretti di servizi”*³⁴⁶.

È evidente, che l'ampliamento dell'ambito d'applicazione soggettivo della direttiva settori speciali, sia volto ad evitare che, in settori in cui già di per sé la concorrenza non è padrona, operatori privilegiati, perché già attivi in tali mercati, quali le imprese pubbliche e i privati titolari di diritti speciali o esclusivi, possano ostacolare ancor più l'instaurarsi di una reale concorrenza. Si è mirato, in pratica, ad evitare che i processi di liberalizzazione in atto si traducessero in un mero passaggio da un regime di monopolio pubblico ad un regime di monopolio privato³⁴⁷, com'è del resto confermato alla luce del 2° e 3° considerando di cui alla direttiva 2004/17/CE.

Argomentando *a contrario* la stessa esigenza di tutela della concorrenza, perseguita dalla direttiva 2004/17/CE, non sussiste per le attività che le

³⁴⁵ In tal senso G. F. Nicodemo, *Imprese pubbliche: se l'appalto è “estraneo” ai settori speciali la giurisdizione è del g.o.*, in *Urbanistica e appalti*, 2011, 10, 1180.

³⁴⁶ M. A. Sandulli, *Impresa pubblica e regole di affidamento dei contratti*, cit. 2.

³⁴⁷ In tal senso G. F. Nicodemo, *Imprese pubbliche: se l'appalto è “estraneo” ai settori speciali la giurisdizione è del g.o.*, in *Urbanistica e appalti*, cit., 1180.

imprese pubbliche svolgano al di fuori di tali specifici settori.

In un mercato competitivo, infatti, le stesse imprese dovrebbero essere naturalmente spinte alla compressione dei costi e perciò spontaneamente orientate all'apertura al mercato dei fornitori di beni e servizi, senza alcun bisogno che ciò venga imposto da regole esterne³⁴⁸.

Tale assunto è, peraltro, comprovato alla luce del 4^o³⁴⁹ e 40^o³⁵⁰ considerando, oltre che dalla disposizione di cui all'art. 30 co. 1 della stessa

³⁴⁸ In tal senso, da ultimo, Consiglio di Stato, Ad. Pl., 1 agosto 2011, n. 16, in *Foro amm. CDS*, 2011,7-8, 2326. In questa recentissima pronuncia l'Adunanza Plenaria ha ripercorso tutta la storia relativa alla figura dell'impresa pubblica, rimarcando le peculiari differenze della figura da quella dell'organismo di diritto pubblico, e delimitando l'ambito d'operatività delle regole di evidenza pubblica nei confronti della stessa. Il Supremo Consesso ha così statuito che qualora non si tratti delle materie espressamente previste per i settori speciali, né di attività ad esse strumentali, le imprese pubbliche non sono tenute al rispetto di alcuna disciplina pubblicistica, applicandosi solo il diritto comune, con rilevanti conseguenze in punto di giurisdizione, che spetta pertanto al giudice ordinario. Né rilevante appare essere l'autovincolo, ovvero la scelta della stazione appaltante di applicare le regole dell'evidenza pubblica, che se sembra in se è idoneo a rendere applicabili le regole richiamate, è inidoneo a determinare spostamenti della giurisdizione. Con riguardo a tale ultimo principio vedi anche Consiglio di Stato, sez V, n. 7554/04; 9 giugno 2008, n. 2764, in *www.giustizia-amministrativa.it*; in dottrina vedi anche R. De Nictolis, *L'Organismo di diritto pubblico. Profili relativi alla giurisdizione*, cit., 102.

³⁴⁹ In cui viene ritenuto non opportuno l'applicazione della presente direttiva alle imprese di trasporto aereo in ragione del fatto che i regolamenti n. 3975/87/CEE del Consiglio, del 14 dicembre 1987, relativo alle modalità di applicazione delle regole di concorrenza alle imprese di trasporti aerei e n. 3976/87/CEE del Consiglio, del 14 dicembre 1987, relativo a talune categorie di accordi e pratiche concordate nel settore "mirano ad introdurre un maggior grado di concorrenza tra i vettori aerei che forniscono servizi di trasporto aereo al pubblico". Analogamente deve ritenersi per quel concerne il settore dei trasporti marittimi, in ragione della concorrenza esistente. In tal senso L. R. Perfetti, *Dalla soggettività all'oggettività pubblica. Sull'identificazione delle ipotesi di applicazione della disciplina in tema di evidenza pubblica alla luce della adunanza plenaria n. 9 del 2004*, cit..

³⁵⁰ Che testualmente dichiara che "La presente direttiva non dovrebbe essere applicata agli appalti destinati a permettere la prestazione di una delle attività di cui agli articoli da 3 a 7 della presente direttiva, né ai concorsi di progettazione organizzati per esercitare tali attività se, nello Stato membro in cui tale attività è esercitata, essa è direttamente esposta alla concorrenza su mercati liberamente accessibili. È dunque opportuno introdurre una procedura, applicabile a tutti i settori di cui alla presente direttiva, che permetta di prendere in considerazione gli effetti di una apertura alla concorrenza attuale o futura. Tale procedura dovrebbe offrire certezza del diritto agli

direttiva (sancita nell'art. 219 codice dei contratti pubblici) che prevede che “*gli appalti destinati a permettere la prestazione di un'attività di cui agli articoli da 3 a 7 non sono soggetti alla presente direttiva se, nello Stato membro in cui è esercitata l'attività, questa è direttamente esposta alla concorrenza su mercati liberamente accessibili*”³⁵¹.

Sembra pertanto giusto condividere quella dottrina che ha autorevolmente rilevato “*che la disciplina comunitaria sugli appalti si fonda sulla specialità dei soggetti coinvolti, mentre la normativa sui settori esclusi si impernia sulle caratteristiche delle attività da esse considerate*”³⁵².

La natura settoriale propria della direttiva 2004/17/CE impone una stretta interpretazione della stessa sia con riguardo al proprio ambito oggettivo che soggettivo, come del resto è stato già rilevato dall'Avvocato generale Mischo: “*[l]a direttiva 93/38 costituisce infatti una deroga alle regole generali che, per gli appalti di servizi, sono fissate dalla direttiva 92/50. [...] Orbene, per giurisprudenza costante, una deroga va interpretata restrittivamente*”³⁵³.

enti interessati e un adeguato procedimento di formazione delle decisioni, assicurando in tempi brevi un'applicazione uniforme del diritto comunitario in materia”.

³⁵¹ A tal riguardo, la soppressione, nella direttiva 17/2004CE, dell'elencazione delle condizioni per cui debba essere determinato che un soggetto vanta di diritti speciali ed esclusi (prevista anteriormente dall'art. 1, co. 3 della direttiva 93/38 e recepita dal co. 4 art. 1 d. lgs n. 158/95), dovrebbe rendere più agevole la possibilità prevista dall'art. 30 (recepita dall'art. 219 del Codice dei contratti pubblici). In tal senso M. A. Sandulli, *Impresa pubblica e regole di affidamento dei contratti*, cit., 8. 392/93 La Corte di Giustizia con riguardo al caso *The Queen c. British Telecommunications* (del 26 marzo 1996, C-329/93, in *Racc.* 1999, I-05901) rileva come, in materia di appalti di servizi nel settore delle telecomunicazioni, debba essere oggetto di accertamento sia in diritto che in fatto l'esistenza di servizi sostitutivi, delle condizioni di prezzo, della posizione dominante dell'ente aggiudicatore sul mercato, nonché di vincoli normativi, ai fini dell'applicabilità o meno delle procedure di evidenza pubblica. In tal senso anche T.A.R. Sardegna, 01 aprile 2003, n. 69, in *Foro amm. TAR*, 2003.

³⁵² Ferrari, *Impresa pubblica tra il trattato e le direttive comunitarie*, cit. 125.

³⁵³ Conclusioni dell'avvocato generale Mischio relativo alla pronuncia 13 dicembre 2001, *Concordia Bus Finland Oy Ab*, C-513/99, in *Racc.*, 2002, I-07213, P. 52 ss.. Nel caso di specie si trattava di stabilire la disciplina a cui sottoporre una gara d'appalto avente ad

Quindi, come già evidenziato in questo lavoro, la teoria del contagio, valevole per i settori ordinari, ovvero quel principio di origine giurisprudenziale³⁵⁴ secondo cui tutte le attività poste in essere da un soggetto qualificabile come organismo di diritto pubblico, nell'ambito d'applicazione della direttiva 18/2004/CE, sarebbero attratte al regime giuridico da essa disciplinato, non appare estendibile in via analogica anche alla direttiva settori esclusi, proprio in virtù della sua natura speciale.

Con riguardo all'ambito d'applicazione *ratione materiae* della direttiva 2004/17CE, è quindi altrettanto chiaro che questa non possa applicarsi al di fuori delle materie di cui agli artt. da 3 a 7, ed agli appalti ad esse strettamente strumentali³⁵⁵, e sempre che, ai sensi dell'art. 30 summenzionato, i mercati di riferimento non siano già in regime di libera

oggetto l'affidamento a terzi della gestione di una rete di autobus. Questa è stata ritenuta non rientrante nella direttiva 93/38 sui settori speciali, bensì nella direttiva 92/50, sempre che sussistessero tutte le condizioni da quest'ultima prescritte.

³⁵⁴ Giurisprudenza *Mannesman*, cit.; in relazione alla teoria del contagio si rinvia al paragrafo 2 del secondo capitolo ed al paragrafo 5 del quarto capitolo della seconda parte di questo lavoro.

³⁵⁵ Come è stato osservato (G. F. Nicodemo *Imprese pubbliche: se l'appalto è "estraneo" ai settori speciali la giurisdizione è del g.o.*, cit., 1181), secondo un'interpretazione dominante, più restrittiva, la strumentalità tra l'appalto e l'attività principale sarebbe ravvisabile qualora il servizio oggetto dell'appalto sia propedeutico all'attività che costituisce il *core business* dell'impresa. In tal senso, da ultimo, si è pronunciata l'Ad. Pl. n. 16 del 2011, citata, che ha affermato che l'assoggettamento alle regole dettate per gli appalti nei c.d. settori esclusi non può desumersi da criteri solo soggettivi, necessitando anche la riferibilità a criteri oggettivi, quali la collegabilità del servizio all'attività speciale del caso (nello stesso senso, si veda anche consiglio di Stato, sez. IV, 13 maggio 2011, n. 2919, in www.giustizia-amministrativa.it). Nella specie l'Adunanza Plenaria ha negato che il servizio di vigilanza degli uffici della sede ENI di San Donato Milanese sia finalizzato agli scopi propri dell'attività rappresentante il *core business* della società, ovvero l'estrazione e la commercializzazione di petrolio e gas. Di contro, secondo un'interpretazione meno restrittiva, invece, sarebbe da considerarsi strumentale qualunque attività utile per l'impresa che opera nei settori speciali, indipendentemente dal rapporto intercorrente tra il c.d. servizio strumentale e l'attività principale. La tesi più restrittiva è ad ogni modo, quella più largamente accettata, si veda in tal senso G. Morbidelli - M. Zoppolato, *Appalti pubblici*, cit., 541; M. A. Sandulli, *Trattato sui contratti pubblici*, M. A. Sandulli e altri (a cura di), Milano, 2008, 3154.

concorrenza.

Tale assunto ha portato di recente l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato³⁵⁶ a rimarcare come ai sensi dell'art. 217 del codice dei contratti pubblici, che riproduce fedelmente il testo di cui all'art. 20 della direttiva 2004/17/CE, la disciplina dei settori speciali non si applichi agli appalti che gli enti aggiudicatori aggiudichino per scopi diversi dall'esercizio delle loro attività. Ne consegue che l'assoggettabilità dell'affidamento di un servizio alla disciplina relativa ai settori speciali non può essere desunta sulla base di un criterio solo soggettivo, ovvero avendo riguardo semplicemente alla circostanza che ad affidare l'appalto sia un ente operante nei settori speciali, ma anche in applicazione di un parametro di tipo oggettivo, che abbia in considerazione la riferibilità del servizio all'attività speciale.

I rilievi svolti comportano ricadute dirette sul riparto di giurisdizione. Infatti, qualora si tratti di un appalto aggiudicato da un'impresa pubblica o da un privato titolare di diritti speciali o esclusivi, per scopi diversi dalle attività relative ai settori speciali, la sottrazione alla direttiva 2004/17/Ce, non permettendo l'espansione della direttiva 2004/18/Ce, comporta piuttosto la sottrazione dell'appalto dall'ambito di applicazione di entrambe le direttive.

Il Supremo Consesso, in seduta plenaria, ha al riguardo operato un distinguo tra quegli appalti esclusi che, seppur in astratto rientrano nell'ambito d'applicazione delle direttive, sono specificamente esentati e per i quali sussisterebbe comunque la giurisdizione del giudice amministrativo, da quegli appalti "estranei" perché del tutto "*fuori dai settori di intervento delle direttive o dello stesso ordinamento comunitario*", come, per l'appunto, quegli appalti aggiudicati da enti aggiudicatori propri solo dei settori speciali per fini diversi dall'esercizio

³⁵⁶ Ad Plen, 1 agosto 2011, n. 16, cit..

delle attività degli stessi, per i quali non si imporrebbe neppure il rispetto dei principi dei Trattati, né, essendo gli stessi sottoposti solo alle sole regole del diritto comune, la giurisdizione amministrativa³⁵⁷.

³⁵⁷ Ad Plen, 1 agosto 2011, n. 16, cit., P. 34.

IV. Ibridi a confronto.

1. Impresa pubblica ed organismo di diritto. Analogie e differenze.

Definiti i singoli ambiti di applicazione delle due direttive in materia di appalti pubblici e delineate le peculiarità delle due figure in esame, sembra opportuno procedere ad un raffronto delle nozioni di organismo di diritto pubblico ed impresa pubblica al fine di specificarne meglio i confini e le differenze.

Al riguardo il problema cruciale sembra quello di verificare la compatibilità o meno delle due nozioni, nonché di determinare il regime normativo applicabile qualora uno stesso soggetto sia contemporaneamente qualificabile in termini di impresa pubblica ed organismo di diritto pubblico.

Com'è desumibile dalle analisi svolte nel presente lavoro, da un punto di vista sistematico l'elemento dirimente tra organismo di diritto pubblico e impresa pubblica sembrerebbe riconducibile alla circostanza che l'impresa pubblica opera secondo regole di mercato, gravata dai rischi inerenti alla propria attività con chiari intenti lucrativi³⁵⁸, mentre al contrario

³⁵⁸ Con riguardo alla rilevanza dello scopo lucrativo si reputa determinante la volontà di distribuzione degli utili, come messo in risalto dalla giurisprudenza del Consiglio di giustizia amministrativa della regione Sicilia che ha ritenuto che una società per azioni, nella specie, la Spes S.p.a., società costituita al fine della risocializzazione delle persone detenute, nel cui statuto veniva prevista la distribuzione degli utili in relazione alle azioni (sia pure come possibilità alternativa), non potesse rientrare nella categoria degli organismi di diritto pubblico. Così Cons. giust. amm. Sicilia, sez. consult., 11 giugno 1996, n. 323, in *Giust. amm. Siciliana*, 1997, 91; nello stesso senso da ultimo Consiglio di Stato, sez. VI, 20 marzo 2012, n. 1574, *Giuffrè*, 2012, che ha negato la qualifica di organismo di diritto pubblico alla società Porto antico di Genova, mettendo in risalto proprio la previsione statutaria relative alla possibilità di divisione degli utili. Relativamente allo scopo di lucro vedi anche la già richiamata pronuncia della Suprema Corte di Cassazione, SS. UU., 5 febbraio 1999, n.323, in www.giustizia-amministrativa.it.

l'organismo di diritto pubblico non persegue scopi di lucro³⁵⁹ e soprattutto non è gravato da alcun rischio di gestione connesso ad eventuali perdite commerciali.

Se lo scopo di lucro ed il rischio di impresa, cioè l'*animus* commerciale o meno dell'attività posta in essere, rappresenta, quindi, la più lampante differenziazione tra le due nozioni, questa non è di certo la sola.

In primo luogo, vale la pena inquadrare la *ratio* storica delle due figure, le quali hanno un'origine autonoma e peculiare che vale a meglio definirle e differenziale. Mentre, infatti, la nozione organismo di diritto pubblico nasce in risposta ai processi di privatizzazione ed esternalizzazione che hanno sensibilmente sfumato i confini tra pubblico e privato, ed è pertanto preposta al riconoscimento sostanziale della rilevanza pubblicistica di talune attività, indipendentemente dalla natura del soggetto che le ponga in essere; la figura dell'impresa pubblica nasce come modalità di intervento dello Stato nell'economia e la nozione in questione non riguarda tanto l'attività posta in essere, quanto la sostanziale natura soggettiva, ovvero strutturale, del soggetto operatore economico, al fine di distinguere l'imprenditore pubblico da quello privato, sulla scorta dei già analizzati indici di pubblicità³⁶⁰.

³⁵⁹ Il che non vuol dire che non possa operare secondo criteri economici di copertura dei costi e di realizzazione di attivo. In tal senso Consiglio di Stato sez. VI, 20 marzo 2012, n. 1574, Redazione Giuffrè, 2012, che chiaramente afferma che i compiti a cui l'organismo di diritto pubblico è preposto possano essere *"svolti con metodo economico, ma mediante l'esercizio di una attività che non implica assunzione di rischio di impresa"*. Sul rischio di impresa cfr. Corte di Cassazione, SS. UU., 09 maggio 2011, n. 10068, in *Giust. civ. Mass.*, 2011, 5, 713, *Dir. e Giust.*, 2011, 14 luglio, *Foro amm. CDS*, 2011, 6, 1838 (s.m.).

³⁶⁰ In presenza dei quali *"la società pubblica deve essere assoggettata, sul piano sostanziale, allo statuto privatistico dell'imprenditore, con applicazione soltanto di alcune regole pubbliche quali, ad esempio, quelle che configurano la responsabilità amministrativa per danno erariale subito dai soggetti pubblici partecipanti (Cass., sez. un., 19 dicembre 2009, n. 26806). L'applicazione di questo statuto implica, altresì, che, in ossequio alle prescrizioni imposte dal diritto europeo per tutelare la concorrenza (in*

Quindi, mentre la nozione di organismo di diritto pubblico afferisce all'oggetto, ovvero all'attività posta in essere, e pertanto ha un carattere trasversale³⁶¹; la nozione di impresa pubblica, invece, afferisce al soggetto, essendo l'oggetto, ovvero l'attività economica esercitata, come visto già parametro di riconoscimento della più ampia nozione di impresa, di cui l'impresa pubblica è *species*.

È stato, inoltre, giustamente osservato, alla luce di un'interpretazione sistematica, come il legislatore comunitario abbia chiaramente voluto tenere distinte le due figure, dal momento che la direttiva settori speciali colloca l'impresa pubblica al di fuori delle amministrazioni aggiudicatrici, delle quali fa parte l'organismo di diritto pubblico insieme alle altre "autorità pubbliche"³⁶².

Parte della dottrina³⁶³ ha poi osservato come il rapporto tra le due nozioni non sia neppure riconducibile ad un rapporto di genere a specie³⁶⁴,

particolare artt. 106 e 345 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea), deve essere assicurato il principio di pari trattamento tra impresa pubblica e privata: è, pertanto, vietata l'attribuzione - al di fuori dei casi in cui si debba garantire la "missione pubblica" (art. 106, secondo comma) nel settore dei servizi pubblici - di qualunque diritto speciale o esclusivo in grado di incidere negativamente sulle regole concorrenziali. Sul piano giurisdizionale la giurisdizione spetta al giudice ordinario". Così Consiglio di Stato, sez. VI, 20 marzo 2012, n. 1574, *Redazione Giuffrè*, 2012.

³⁶¹ In base alla ricorrenza dei tre criteri atti all'identificazione dell'organismo di diritto pubblico, la stessa figura sembrerebbe poter ricomprendere tanto soggettività pubbliche quali gli enti pubblici, dei quali non si può dubitare la ricorrenza dei tre presupposti, tanto soggetti privati dediti esclusivamente ad attività preposte alla cura di bisogno di interessi generali di carattere non commerciale o industriale, tanto soggetti privati esercenti, tra le altre, anche attività preposte alla cura di bisogno di interesse generali di carattere non commerciale.

³⁶² Potendo indurre a ritenere che l'organismo di diritto pubblico possa essere ricompreso in un'accezione funzionale di amministrazione ovvero di Stato in senso funzionale, mentre l'impresa pubblica no. Cfr. M. A. Sandulli, *Imprese pubbliche ed attività estranee ai settori esclusi: problemi e spunti di riflessione*, cit., 12; M. A. Sandulli, *Impresa pubblica e regole di affidamento dei contratti*, cit., 12.. Sul concetto di Stato inteso in senso funzionale vedi G. Marchigiani, *La nozione di Stato inteso in senso funzionale nelle direttive comunitarie in materia di appalti pubblici e sua rilevanza nel contesto generale del diritto comunitario*, cit..

³⁶³ M. A. Sandulli, *Impresa pubblica e regole di affidamento dei contratti*, cit. 17.

escludendo testualmente la disciplina definatori dell'organismo di diritto pubblico quei soggetti che perseguano fini di interesse industriale o commerciale, dal momento che, come su visto, se sul piano testuale tale requisito negativo sembra connesso ai bisogni, sul piano della *ratio legis* è invece riferibile all'attività³⁶⁵.

Tale conclusione è del resto confortata dalla giurisprudenza europea, avendo la Corte di giustizia chiaramente evidenziato come “*la nozione di impresa pubblica è sempre stata diversa da quella di organismo di diritto pubblico, in quanto quest'ultimo è creato per soddisfare specificatamente bisogni di interesse generale privi di carattere industriale o commerciale, mentre le imprese pubbliche operano per rispondere ad esigenze di carattere industriale o commerciale*”³⁶⁶.

Le due nozione sono quindi palesemente autonome ed, almeno da un punto di vista concettuale, non incompatibili.

3. La confusione delle due nozioni in seno alla giurisprudenza nazionale.

Ciò nonostante la giurisprudenza ci dimostra come le due figure vengano troppo spesso confuse, conducendo ad una cattiva applicazione dei limiti oggettivi e soggettivi delle normative in tema di evidenza pubblica, con le

³⁶⁴ Di contro, altra dottrina ricomponi il fenomeno inquadrandolo in un rapporto *genus – species*, ma secondo una prospettiva invertita, ovvero sostenendo una nozione ampia di impresa pubblica atta a ricomprendere ambedue le figure di organismo di diritto pubblico ed impresa pubblica (quest'ultima intesa in senso stretto, ai sensi delle disposizione in materia di appalti nei settori speciali). Cfr. Marchigiani, *La nozione di Stato inteso in senso funzionale nelle direttive comunitarie in materia di appalti pubblici e sua rilevanza nel contesto generale del diritto comunitario*, cit..

³⁶⁵ In tal senso F. Cintioli, *Di interesse generale e non avente carattere industriale o commerciale: il bisogno o l'attività?*, cit..

³⁶⁶ Corte di Giustizia, *Commissione c. Regno di Spagna*, cit., P. 44.

ovvie ripercussioni in punto di riparto di giurisdizione.

In primo luogo è palese, da quanto esaminato sino a questo momento, come proprio l'errore iniziale che ha visto la giurisprudenza ricondurre il carattere non industriale o commerciale al bisogno anziché all'attività, abbia inevitabilmente creato una commistione tra le due figure, non essendo, come rilevato dalla Suprema Corte Costituzionale³⁶⁷ il perseguimento di bisogni di interesse pubblico in contraddizione con i tipici fini societari di cui all'art. 2247 c.c..

Un'ipervalutazione della finalizzazione del bisogno, infatti, non potrebbe non condurre all'assurdo di inglobare la figura dell'impresa pubblica nella nozione di organismo di diritto pubblico. Sul punto, osserva giustamente autorevole dottrina come *“non pare casuale che - in circa dieci anni dall'approvazione del d.lg. 17 marzo 1995 n. 158 - le pronunzie del giudice amministrativo che hanno avuto ad oggetto la nozione in impresa pubblica in relazione all'affermazione dell'obbligo di gara ad evidenza pubblica non siano che una decina”*³⁶⁸.

Come già esaminato nei precedente capitoli, almeno fino alle famose pronunce con cui è stata chiarita la natura non commerciale dell'attività posta in essere dagli enti fieristici (con riguardo all'ente Fiera di Milano), la giurisprudenza si è dimostrata del tutto incapace di tracciare una chiara linea di demarcazione tra le figure in esame, cadendo nel ripetuto errore di ricondurre il c.d. requisito negativo ai bisogni invece che all'attività.

Anche a seguito delle suddette pronunce, abbiamo però potuto osservare

³⁶⁷ Corte Costituzionale, 28 dicembre 1993, n. 466, *www.giurcost.org*, che ammette il controllo della Corte dei Conti sulle società a partecipazione pubblica; principio ripreso dal già esaminato caso relativo all'interporto toscano; Consiglio di Stato, sez. VI, 28 ottobre 1998, n. 1478, *Foro it.*, 1999, III, 178.

³⁶⁸ L. R. Perfetti, *Dalla soggettività all'oggettività pubblica. Sull'identificazione delle ipotesi di applicazione della disciplina in tema di evidenza pubblica alla luce della adunanza plenaria n. 9 del 2004*, cit..

come la giurisprudenza nazionale, specialmente quella amministrativa, abbia avuto difficoltà ad allinearsi con quell'approccio fattuale, sancito dalla Corte di Giustizia³⁶⁹, che verte specificatamente sulla valutazione relativa alla capacità del soggetto di subire le perdite derivanti dall'attività svolta³⁷⁰.

Emblematica al riguardo appare la già esaminata pronuncia inerente alla qualificazione della società Poste Italiane, in cui sembra scomparire del tutto le peculiarità delle due figure di organismo di diritto pubblico ed impresa pubblica nel momento in cui la Corte sostiene che per *“bisogno non industriale o commerciale non si intende la non imprenditorialità della gestione, ma la funzionalizzazione per il soddisfacimento di bisogni generali della collettività”*³⁷¹.

La confusione tra le due nozione è poi palesata nelle pronunce³⁷² relative agli aeroporti di Milano Linate e Malpensa (S.E.A. S.p.a.), in cui viene fatto un uso indiscriminato dei due termini come se fossero tra loro fungibili, ed ancora in altri casi che qualificano come organismo di diritto pubblico alcune società concessionarie di autostrade³⁷³.

Giusto a titolo esemplificativo si vuole riportare un passaggio relativo ad

³⁶⁹ Corte di Giustizia, 27 febbraio 2003, causa C-273/00, *Adolf Truley*, cit., P. 66; 22 maggio 2003, causa C-18/01, *Taitotalo*, cit., PP. 48 e 59; 16 ottobre 2003, causa C-283/00, *Commissione v. Spagna*, cit., P. 81; 10 maggio 2001, cause C-223/99 e C-260/99, *Agorà e Excelsior*, cit., P. 40.

³⁷⁰ Si fa riferimento con particolare alle già esaminate pronunce relative alle Poste Italiane, SAAV, ecc., di cui al paragrafo 4.2 del secondo capitolo della parte seconda del presente lavoro.

³⁷¹ Consiglio di Stato, 2 marzo 2011, n.1206, in *Foro amm.*, 2001, 614.

³⁷² Consiglio di Stato, sez. VI, 01 aprile 2000, n. 1885, *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2000, 439, con nota di Galetta, *Urbanistica e appalti*, 2000, 534, con nota di F.Caringella, *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2000, 781, con nota di ANTONIOLI; 15 marzo 2004, n. 1332., in *Foro amm. CDS*, 2004, 918 (s.m.).

³⁷³ Consiglio di Stato, sez. VI, 07 giugno 2001, n. 3090, in *Giust. civ.*, 2002, I,1432; T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 30 ottobre 2001, n. 8897, in *Foro Amm.*, 2001, 2984 (s.m.); T.A.R. Friuli Venezia Giulia, Trieste, 19 giugno 2000, n. 51, in *Giur. merito*, 2000, 1283.

una delle pronunce in questione dove è lampante come i giudici utilizzino in maniera impropria il termine di impresa pubblica al posto: “[c]ome rilevato anche dalla Corte di Giustizia, il fatto che un’impresa pubblica operi in regime di concorrenza non esclude che una società, finanziata o controllata dallo Stato, da enti territoriali o da altri organismi di diritto pubblico si lasci guidare da considerazioni non economiche, potendo, ad esempio, essere indotta a subire perdite economiche al fine di perseguire una determinata politica economica, propria dell’ente di riferimento (cfr., Corte Giust. CE, 10-11-98, C 360/96, Arnhem)”³⁷⁴.

La confusione tra le nozioni è stata, poi, emblematicamente sintetizzata nella pronuncia dell’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, del 23 luglio 2004, n. 9, che ha qualificato la S.p.a. Ferrovie dello Stato come organismo di diritto pubblico e amministrazione aggiudicatrice avendo la stessa società la doppia natura di impresa pubblica e di soggetto privato titolare di diritti speciali o esclusivi, per l’esercizio della attività ferroviaria.

Le critiche alla presente pronuncia non sono state affatto sottili³⁷⁵, e non certo per le scelte operate nel merito della questione, del tutto condivisibili³⁷⁶, quanto piuttosto con riguardo alla totale commistione delle figure.

È stato, infatti, autorevolmente osservato che “[l]e tre nozioni [...]

³⁷⁴ Consiglio di Stato, sez. VI, 01 aprile 2000, n. 1885, *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2000, 439, con nota di Galletta.

³⁷⁵ L. R. Perfetti, *Dalla soggettività all’oggettività pubblica. Sull’identificazione delle ipotesi di applicazione della disciplina in tema di evidenza pubblica alla luce della adunanza plenaria n. 9 del 2004*, cit.; M. A. Sandulli, *Impresa pubblica e regole di affidamento dei contratti*, cit., 30 ss..

³⁷⁶ Nello specifico la disputa verteva sulla controversa la legittimità degli atti con cui la S.p.a. Grandi stazioni aveva aggiudicato una gara d’appalto per l’affidamento del servizio di pulizia in quattordici stazioni ferroviarie italiane. Il cuore della questione è quindi rappresentato sull’inquadramento di Grandi Stazioni S.p.a., società a cui le Ferrovie dello Stato, in assenza di gara, l’affidamento per 40 anni della gestione esclusiva delle grandi stazioni ferroviarie, ed a propria volta di Ferrovie dello Stato nell’alveo dei soggetti aggiudicatori ai sensi della disciplina sui contratti pubblici.

*sembrano essere non del tutto compatibili tra loro; anzi, paiono confinanti e poste in una sorta di progressione dalla forma privatistica all'ente pubblico*³⁷⁷. È stato soprattutto posto in evidenza come le nozioni di organismo di diritto pubblico ed impresa pubblica siano caratterizzati da quegli indici di pubblicità strutturale che difficilmente potrebbero essere conciliabili con la qualità di soggetto titolare di diritti speciali o esclusivi, soprattutto alla luce della previsione di cui all'art. 2 lett. b) della direttiva 2004/17/CE, che qualifica tali soggetti attraverso una locuzione residuale : *“che non essendo amministrazioni aggiudicatrici o imprese pubbliche annoverano tra le loro attività una o più attività tra quelle di cui agli articoli da 3 a 7 e operano in virtù di diritti speciali o esclusivi concessi loro dall'autorità competente di uno Stato membro”*.

Se per questioni di semplicità di accertamento giurisdizionale, potrebbe essere condivisibile considerare che, ai fini della valutazione dell'applicabilità della disciplina relativa ai settori speciali, l'evidente circostanza che un soggetto sia titolare di diritti speciali o esclusivi possa essere considerata dirimente, senza che il giudice si senta gravato di approfondire la natura sostanziale del soggetto alla luce dei rilevanti indici di pubblicità; e se altrettanto ammissibile potrebbe apparire la non necessità della verifica del requisito teleologico tipico dell'organismo di diritto pubblico, qualora siano accertati gli indici di pubblicità già sufficienti per qualificare un soggetto in termini di impresa pubblica, certo non adeguato sembra usare in maniera tanto indiscriminata le tre figure considerate, soprattutto se ciò viene fatto dal Supremo Consesso in seduta plenaria, che dovrebbe piuttosto svolgere una funzione nomofilattica.

³⁷⁷ L. R. Perfetti, *Dalla soggettività all'oggettività pubblica. Sull'identificazione delle ipotesi di applicazione della disciplina in tema di evidenza pubblica alla luce della adunanza plenaria n. 9 del 2004*, cit.

4. In cammino verso adeguati criteri distintivi.

Di recente, il Consiglio di Stato³⁷⁸ è tornato a pronunciarsi circa le analogie e differenze tra le due figure, relativamente ad un caso che ha visto al centro della questione la qualificabilità della società Porto antico di Genova in termini di organismo di diritto pubblico o impresa pubblica, con le dovute conseguenze in punto di giurisdizione.

Con riguardo alle analogie i giudici di Palazzo Spada hanno osservato che tanto da un punto di vista strutturale quanto da un punto di vista funzionale le due figure presentano forti affinità.

Sia l'organismo di diritto pubblico, tanto l'impresa pubblica, infatti, possono presentarsi sotto la veste di società per azioni a partecipazione pubblica, ed ambedue appaiono preordinati comunque alla cura di interessi pubblici, dal momento che *“[i]n presenza di una società pubblica il principio di legalità impone - come del resto in tutti i casi in cui l'amministrazione utilizza strumenti privatistici - che la stessa persegua anche l'interesse pubblico che è quello poi che giustifica la decisione di partecipare o costituire una società”*³⁷⁹.

³⁷⁸ Consiglio di Stato, sez. VI, 20 marzo 2012 n. 1574, *Redazione Giuffrè*, 2012.

³⁷⁹ Tra l'altro alla luce della recente massima giurisprudenza amministrativa, bisogna ritenere che, per esigenze di tutela della concorrenza e del libero mercato, le pubbliche amministrazioni non possono costituire società per azioni di carattere commerciale, se non per ragioni strettamente connesse ai propri fini istituzionali. In questo senso si è pronunciato il Consiglio di Stato, Ad. Pl., 03 giugno 2011, n. 10, *Redazione Giuffrè* 2011, che con riferimento alle università, aventi finalità di insegnamento e di ricerca, ha affermato che queste possano dare vita a società, nell'ambito della propria autonomia organizzativa e finanziaria, solo per il perseguimento dei propri fini istituzionali, e non per erogare servizi contendibili sul mercato, in virtù di un principio che si desumibile dall'ordinamento, ed ora codificato dall'art. 3 comma 27 l. n. 244 del 2007, secondo cui, in assenza disposizioni normative specifiche, le amministrazioni pubbliche (ivi comprese le università) non possono costituire società commerciali con scopo lucrativo, il cui campo di attività esuli dall'ambito delle relative finalità istituzionali, al fine di evitare che soggetti dotati di privilegi operino in mercati concorrenziali. Tale principio è, in oltre,

Con riguardo, invece, all'elemento costituito dall'influenza dominante, il Collegio assume che questo si atteggi diversamente a seconda della specificità della fattispecie: *“mentre per l'organismo di diritto pubblico si tratta di un elemento indefettibile di identificazione dell'ente, per l'impresa pubblica la sua presenza dipende, alla luce di quanto previsto dall'art. 2449 c.c., dalla composizione, maggioritaria o minoritaria, della compagine societaria”*.

Da sempre il punto critico della questione si è rilevato quello della compatibilità dell'attività funzionalizzata con la forma societaria³⁸⁰.

Invero, lo strumento societario, che inerisce alla veste formale del soggetto, non può e non deve essere confuso con la nozione di impresa, che invece afferisce all'attività posta in essere³⁸¹. Come il Supremo Consesso ha rimarcato, infatti, per quanto un'interpretazione letterale vedrebbe sposare lo strumento societario solo ed esclusivamente con fini lucrativi, in base ad una rigida lettura delle disposizioni codicistiche di cui agli articoli 2082 e 2247 c.c., è, in realtà, palese come lo stesso strumento della S.p.a. sia stato

conforme alla disciplina comunitaria, di cui all'art. 106 TFUE (già art. 86 TCE) che stabilisce il divieto per gli stati membri di emanare o mantenere, nei confronti delle imprese pubbliche e delle imprese cui riconoscono diritti speciali o esclusivi, misure contrarie alle disposizioni dei trattati, con particolare riguardo a quelle in tema di tutela della concorrenza e divieto di erogazione di aiuti di Stato.

³⁸⁰ Compatibilità palesata dalla pronuncia della Corte Costituzionale, 28 dicembre 1993, n. 466, *www.giurcost.org*. Nello stesso senso Consiglio di Stato, sez. VI, 28 ottobre 1998, n. 1478, *Foro it.*, 1999, III, 178. Sul punto si rinvia alla prima parte del presente lavoro, in particolare al paragrafo 4.

³⁸¹ Così sfatando definitivamente quelle tesi gestionali che vogliono un'equivalenza tra forma societaria ed attività di impresa, alla luce di un'interpretazione rigida e letterale delle norme codicistiche, in particolar modo dell'art. 2082 c.c. in base a cui le società per azioni svolgono necessariamente attività di natura economica, e dell' art. 2247 che individua il fine ultimo delle società per azioni nella divisione degli utili (c.d. lucro soggettivo). Con riferimento alla tesi gestionale si rinvia a quanto già espresso nella nota 263.

dal legislatore previsto anche relativamente ad attività senza scopo di lucro³⁸².

Con riguardo alle differenze tipologiche delle due figure, il Supremo Consesso pone l'accento, proprio, sulle modalità di svolgimento dell'attività, sulla scorta di criteri economici o meno, e sulla conseguente possibile compatibilità, esistente soltanto per le imprese pubbliche, tra scopo di interesse pubblico e scopo di lucro.

Con riguardo alle finalità non economiche, distintive dell'organismo di diritto pubblico, i giudici romani rimarcano come non vi sia incompatibilità tra metodo economico e attività non commerciale, ponendosi il *discrimen*, soprattutto sulla capacità del soggetto di sopportare le perdite e sulla possibilità di divisione degli utili (quest'ultimo elemento ritenuto determinante, nel caso di specie, al fine di escludere la riconducibilità della società Porto antico di Genova alla figura dell'organismo di diritto pubblico).

Relativamente al rischio di impresa, la pronuncia *a quo* rileva che essa possa essere desunta da indici interni ed esterni. In primo luogo appare determinante la *“peculiare connotazione "interna" dell'assetto societario e, in particolare, dalla esistenza di relazioni finanziarie con l'ente pubblico che assicurano, secondo diverse modalità, la dazione di risorse in grado di consentire la permanenza sul mercato dell'organismo.*

In secondo luogo, elemento "esterno", di valenza indiziaria, dell'assenza del metodo economico può essere costituito dal contesto in cui l'attività viene

³⁸² Ne sono un chiaro esempio le figure dell'impresa mutualistica di cui agli articoli 2511 e seguenti c.c., e soprattutto dell'impresa sociale, di cui al d. lgs. 24 marzo 2006, n. 155 (il cui articolo 1 prevede che possono acquisire detta qualifica tutte le organizzazioni private, ivi compresi gli enti societari, *“che esercitano in via stabile e principale un'attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o servizi di utilità sociale, diretta a realizzare finalità di interesse generale”*).

esercitata e cioè dall'esistenza o meno di un mercato di beni o servizi oggetto delle prestazioni erogate”.

Ovviamente viene posto in rilievo come la constatazione dell'assenza di un mercato non può derivare dal fatto che in esso operi la sola società pubblica ma occorre stabilire se un mercato abbia la possibilità di esistere valutando le caratteristiche dei beni e servizi offerti, i loro prezzi, nonché la presenza anche solo potenziale di più fornitori. Solo qualora sia appurato che manchi effettivamente un mercato concorrenziale idoneo, per le sue oggettive condizioni, ad indurre gli operatori economici a svolgere in quel settore la propria attività ciò rappresenta certamente un rilevante elemento probatorio circa l'assenza del metodo economico e dunque dell'attività di impresa³⁸³.

Pertanto, il Collegio assume, con chiarezza ed esaustività, la necessità di *“distinguere le società che svolgono attività di impresa da quelle che esercitano attività amministrativa”*, suggerendo i profili di rilevanza afferenti al regime giuridico delle predette società su cui occorre soffermarsi, ovvero: le modalità di costituzione, la fase dell'organizzazione, la natura dell'attività svolta ed il fine perseguito, segnando una volta per tutte in maniera più che esaustiva le linee di demarcazione tra impresa pubblica e organismo di diritto pubblico.

5. La tesi dell'organismo di diritto pubblico *in parte qua*.

Se da un lato, come abbiamo osservato, è possibile escludere *tout court* l'applicabilità della direttiva 2004/18/CE alle mere imprese pubbliche³⁸⁴,

³⁸³ Cfr. *ex plurimis*, Corte di Giustizia, 10 maggio 2001, in cause riunite C223/99 e C260/99, cit..

³⁸⁴ Sembra opportuno rilevare che nella normativa nazionale non tutte le imprese pubbliche sono escluse dall'ambito di applicazione soggettivo dei settori ordinari, avendo il legislatore italiano introdotto nel novero dei soggetti aggiudicatori, alla lett. c)

meno palese sembra l'ipotesi in cui un'impresa pubblica sia autonomamente qualificabile anche come organismo di diritto pubblico, svolgendo la stessa attività tra loro eterogenee, a meno che non si voglia addirittura condividere quella tesi di tipo gestionale³⁸⁵, fin qui neppure tenuta in considerazione, intesa ad escludere a priori l'incasellabilità nel novero degli organismi di diritto pubblico di tutti quei soggetti la cui attività sia retta secondo un metodo economico e che persegua fini di lucro qualificabili in termini di impresa pubblica.

Tale criticità si rivela peraltro più problematica soprattutto quando, oltre alla promiscuità dell'attività afferente ad un determinato soggetto, che svolga contemporaneamente attività di natura commerciale e non, con riguardo alla rilevanza oggettiva dell'appalto non sia pacifico quale disciplina applicare, se quella relativa ai settori ordinari o quella afferente ai settori speciali.

A tal riguardo, la stessa direttiva relativa ai settori speciali, all'art. 9 co. 1³⁸⁶, prevede che nel caso in cui una gara d'appalto investa contemporaneamente più attività si applichi un principio di prevalenza per cui “[a]d un appalto destinato all'esercizio di più attività si applicano le

del co. 1 dell'art. 32 del Codice dei contratti pubblici un altro modello di società pubblica, anche non maggioritaria, diverso dall'organismo di diritto pubblico, che si caratterizza per il fatto che oggetto dell'attività è "la realizzazione di lavori o opere, ovvero la produzione di beni o servizi, non destinati ad essere collocati sul mercato in regime di libera concorrenza". L'elemento qualificante per ritenere che la società agisca nell'esercizio di poteri pubblici è in questo caso rappresentato dal fatto che, come risulta chiaramente dalla riportata definizione codicistica, la relativa attività non si inserisce in un mercato concorrenziale. Sul punto vedi Consiglio di Stato sez. VI, 20 marzo 2012, n. 1574, Redazione Giuffrè, 2012. Con riguardo a dette società la dottrina osserva che “salvo che manchino gli indici di controllo pubblico di cui all'art. 3, c. 26, terzo trattino, dovrebbero invece essere proprio qualificate come organismi di diritto pubblico perché non operano sul mercato”, così R. Caranta, *I contratti pubblici*, cit. 290.

³⁸⁵ In riferimento alla tesi di stampo gestionale si veda quanto esposto nella nota 263, nonché le valutazioni esposte nel paragrafo precedente con riguardo al caso relativo alla società Poro antico di Genova Consiglio di Stato, sez. VI, 20 marzo 2012 n. 1574, Redazione Giuffrè, 2012.

³⁸⁶ Previsione confluita nell' art. 218 del codice dei contratti pubblici.

norme relative alla principale attività cui è destinato”.

Il co. 2, dello stesso articolo, invece prevede che nel caso in cui sia *“oggettivamente impossibile stabilire a quale attività sia principalmente destinato l’appalto, esso è aggiudicato secondo la citata direttiva 2004/18/CE”.*

È ovvio, che l’applicazione della disciplina di cui alla direttiva 18/2004/CE resta limitata solo al più ristretto ambito soggettivo qui considerato, ovvero al novero delle amministrazioni aggiudicatrici e non anche alle imprese pubbliche ed ai titolari di diritti speciali o esclusivi³⁸⁷. Un’estensione della disciplina di cui ai settori ordinari nei confronti di soggetti che rivestano carattere imprenditoriale sarebbe infatti lesiva della garanzia costituzionale di libertà d’iniziativa economica, di cui all’art. 42 della Carta Costituzionale³⁸⁸.

È pertanto necessario verificare autonomamente la sussistenza dei requisiti di applicazione, soggettivi ed oggettivi delle due discipline, avendo le stesse ambiti d’applicazione soggettivamente ed oggettivamente differenti e non essendo possibile un’interpretazione analogica.

L’ipotesi più problematica, relativamente alla riespansione o comunque

³⁸⁷ Da ultimo Consiglio di Stato, Ad Pl., 1 agosto 2011, n. 16, cit.

³⁸⁸ L’Avvocato generale Jacobs, in occasione delle conclusioni presentate relativamente alla pronuncia *Impresa Portuale di Cagliari*, cit., ha rilevato come un’interpretazione differente *“[d]a un lato, porrebbe gli enti pubblici e le imprese pubbliche che operano in mercati in cui effettivamente vi è concorrenza in situazione di svantaggio rispetto alle società private concorrenti. Mentre queste ultime sarebbero in grado di concludere liberamente appalti, gli enti pubblici aggiudicatori dovrebbero attenersi a procedure d’appalto e ad altri obblighi in materia di appalti, indipendentemente dal fatto che la loro politica nel campo degli appalti sia basata o meno su criteri strettamente commerciali. Dall’altro, detta interpretazione distorcerebbe la concorrenza tra sottosettori che si trovano in un rapporto di concorrenza-intercambiabilità, come il trasporto con autobus e su rotaia, o le varie forme di energia. Tali distorsioni della concorrenza non sono considerate di secondaria importanza dagli operatori economici coinvolti”.*

applicabilità, della direttiva 2004/18/CE, inerisce al caso in cui un soggetto, qualificato alla luce dell'attività in esame quale impresa pubblica, sia autonomamente qualificabile come organismo di diritto pubblico in base ad altre attività dallo stesso soggetto poste in essere.

Insomma, la questione gira intorno alla possibilità o meno di applicare le regole dell'evidenza pubblica solo con riguardo a quelle attività che non presentano carattere industriale o commerciale, riservando a quelle che invece rivestano tale carattere la normale disciplina del diritto comune.

Al contrario della giurisprudenza dominante³⁸⁹ che esclude la configurabilità di un organismo di diritto pubblico *in parte qua*, la dottrina

³⁸⁹ La giurisprudenza dominante tende ad escludere la qualificabilità di un organismo di diritto pubblico *in parte qua* dando attuazione alla c.d. teoria del contagio, o dell'attrazione, statuita dalla Corte di Giustizia nella già esaminata sentenza *Mannesmann*, P. 31 – 34, e riaffermato dalla Corte di Giustizia nelle pronunce *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica federale di Germania*, cit., P. 18, e *Stadt Halle*, cit., P. 52. *Ex plurimus*, si vedano le pronunce Consiglio di Stato analizzate in questa sede relativamente ai casi So.Ge.I. (Consiglio di Stato, sez. III, 11 aprile 2000, n. 588, *Foro it.*, 2002, III, 427, Poste Italiane (Consiglio di Stato, sez. VI, 02 marzo 2001, in *Foro Amm.* 2001, 614; 05 marzo 2002, n. 1303, Giust. civ., 2002, I, 2309, con nota di Gigante; 24 maggio 2002, n. 2855, in *Foro amm.* CDS 2002, 1325) ed Ente nazionale Risi (Consiglio di Stato, sez. VI, 19 maggio 2008, n. 2280, in *Foro it.*, 2009, 4, III, 217), per i quali si rinvia al paragrafo 4.2 del secondo capitolo relativo alla seconda parte del presente lavoro. Nello stesso senso si veda anche Consiglio di Stato, sez. VI, 17 luglio 2002 n. 4711, *Dir. proc. amm.*, 2003, 486 e sez. VI, 20 marzo 2012, n. 1574, *Giuffrè*, 2012. Di contro, non mancano nella giurisprudenza nazionale posizioni contrarie, seppur minoritarie, atte ad affermare la solo parziale qualificabilità di un organismo di diritto pubblico. In quest'ultimo T.A.R. Lombardia, Milano, sez. III, 20 agosto 1998, n. 1955, in *Foro Amm.*, 1999, 1832, pronuncia che sembra dare una lettura fortemente limitata della teoria dell'attrazione affermando che “[n]on pare [...] possibile dubitare che, a fronte di un rilevante interesse della collettività nazionale e locale al suddetto recupero, la B. S.p.a. non sia, quanto meno limitatamente alla gestione di tale impegnativa attività, incondizionatamente equiparabile ad un organismo di diritto pubblico, con conseguente attrazione della insorta controversia nell'area della giurisdizione amministrativa [...]”; ancora con una decisione in tema di gestori aeroportuali, T.A.R. Lazio, Roma, sez. III ter, 26 febbraio 2003, n. 1559, in www.giustizia-amministrativa.it, statuisce che una stessa figura soggettiva sia tenuta all'applicazione di discipline di volta in volta differenti a seconda della natura delle attività poste in essere. Un siffatto approccio non è del resto neppure estraneo alla giurisprudenza comunitaria come dimostra la pronuncia della Corte di Giustizia 19 gennaio 1994, *Eurocontrol*, cit., C-364, la quale, come già osservato, dà risalto alla molteplicità della rilevanza giuridica di un

più autorevole³⁹⁰ sembra concorde nel sostenerne ed auspicarne la praticabilità.

Se, come più sopra evidenziato, parte della dottrina ha criticato non tanto le soluzioni apprestate dalla Corte di giustizia, con riguardo al caso *Mannesmann* dove la teoria dell'attrazione è stata sancita per la prima volta³⁹¹, quanto l'omissione di passaggi logici essenziali³⁹², la dottrina più

soggetto in contesti non lontani da quelli in questo lavoro esaminati, facendo espressamente richiamo al criterio dell'attività *détachable*. Cfr. M. Chiti, *L'organismo di diritto pubblico e la nozione comunitaria di pubblica amministrazione*, cit., 67; nello stesso senso anche M. Chiti, *Impresa Pubblica e organismo di diritto pubblico: nuove forme di soggettività giuridica o nozioni funzionali*, in M. A. Sandulli (a cura di), *Organismi e imprese pubbliche*, Milano, 2004, 70. Particolarmente rilevante sul punto è la pronuncia T.A.R. Lombardia, Milano, sez. III, 15 febbraio 2007, n. 266, in *Foro amm. T.A.R.*, 2007, I, 25, con nota di M. R. Spasiano, ed ivi, 2007, I, 1895 con nota di B. Rinaldi, in cui il giudice mette in rilievo, con riguardo all'applicabilità delle procedure di affidamento di incarichi nei settori esclusi, la distinzione tra l'organizzazione e la gestione dei servizi di ristorazione in un aeroporto dall'attività di assistenza a terra, rilevando la gestione dell'attività di ristorazione, nell'ambito di un aeroporto, esula certamente dal concetto di servizio reso nell'interesse della collettività con carattere di necessità, atteso che, secondo quanto ritenuto dalla Cassazione, "il servizio pubblico è ... caratterizzato da un elemento funzionale (soddisfacimento diretto di bisogni di interesse generale) che non si rinviene nell'attività privata imprenditoriale, anche se indirizzata e coordinata a fini sociali" (SS. UU., 30 marzo 2000, n. 71 in www.giustizia-amministrativa.it), con la conseguente esclusione della giurisdizione del giudice amministrativo. Come osservato dalla più attenta dottrina di rilievo, a favore della con divisibilità di una nozione di organismo di diritto pubblico *in parte qua*, è ancora la posizione assunto dal Consiglio di Stato in sede consultiva (Consiglio di Stato, atti norm., 13 gennaio 2003, n. 4751 e 1 luglio 2002, n. 1354 in *Foro amm. CDS*, 2003, I, 705 e 2002, I, 2607), con riguardo alle procedure applicabili alle fondazioni bancarie per la scelta delle società di gestione del risparmio, che ha statuito che "la nozione comunitaria di organismo di diritto pubblico [...] non incide né tantomeno altera la natura giuridica (pubblica o privata) dei soggetti cui si riferisce: essa assume rilievo ai soli fini della individuazione della normativa applicabile per la scelta della s.g.r. erogatrice dei servizi"; cfr. M. A. Sandulli, *Impresa pubblica e regole di affidamento dei contratti*, cit., 18.

³⁹⁰ in particolare M. A. Sandulli, *Impresa pubblica e regole di affidamento dei contratti*, cit., M. Chiti, *L'organismo di diritto pubblico e la nozione comunitaria di pubblica amministrazione*, cit., R. Garofoli, *Organismo di diritto pubblico: allineamento tra Giudice comunitario e nazionale*, cit..

³⁹¹ Corte di giustizia, *Mannesmann*, cit., P. 31 – 34. Il principio del contagio viene riaffermato dalla Corte di Giustizia nelle pronunce *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica federale di Germania*, cit., P. 18, e *Stadt Halle*, cit., P. 52.

critica ha invece ritenuto auspicabile la configurabilità di una vera e propria figura solo parziale di organismo di diritto pubblico, osservando che “*le peculiari caratteristiche dell’impresa pubblica e le esigenze di semplificazione sottese alle c.d. “privatizzazioni” sono tali peraltro che , anche laddove si ammettesse in via di mera ipotesi la astratta riconducibilità di un’impresa pubblica alla categoria dell’organismo di diritto pubblico, evidenti ragioni di logica e di coerenza imporrebbero che tale ultima qualifica [...] fosse circoscritta all’esercizio di quelle attività nelle quali non prevale il fine di lucro e non sussiste il rischio di impresa*”³⁹³.

Tale dottrina assume la teoria del contagio del tutto irrazionale poiché fondante su di una mera coincidenza soggettiva, che condurrebbe alle estreme conseguenze di estendere l’applicabilità delle regole comunitarie di scelta del contraente anche in caso di affidamento di attività palesemente di stampo commerciale, del tutto estranee dal perseguimento del bisogno relativamente al quale un soggetto venga qualificato come organismo di diritto pubblico³⁹⁴, svilendo così la rilevanza dell’elemento finalistico, legato alla peculiare natura dell’attività affidata.

Quel che la prospettata dottrina auspica è, quindi, la disapplicazione del principio dell’attrazione, ritenendo applicabile le regole di scelta del contraente solo qualora l’elemento soggettivo si integri con quello

³⁹² M. Chiti, *L’organismo di diritto pubblico e la nozione comunitaria di pubblica amministrazione*, cit.. Sul punto si rinvia a quanto già espresso nel secondo paragrafo del secondo capitolo della seconda parte del presente lavoro.

³⁹³ Così M. A. Sandulli, *Impresa pubblica e regole di affidamento dei contratti*, cit., 18 – 19.

³⁹⁴ Cfr. M. A. Sandulli, *Impresa pubblica e regole di affidamento dei contratti*, cit., 18 – 19, che rileva che proprio in questi termini il T.A.R. Sardegna, con ordinanza 1 aprile 2003, n. 69, ha chiesto alla Corte di Giustizia di chiarire se “*alla stregua dei considerando della direttiva 93/38/CEE, una società del settore trasporto marittimo, che opera in alcuni casi in regime di monopolio di fatto e in altri in regime di libera concorrenza, e che usufruisce di aiuti statali deve ritenersi sempre assoggettata alla direttiva comunitaria di cui sopra*”.

oggettivo, accentuando la rilevanza dell'elemento fattuale della disciplina, in maniera tale da circoscrivere *“l'ambito di cogenza delle norme sull'evidenza pubblica ai settori di attività che, per le loro particolari ed eccezionali caratteristiche giustificano la deroga al principio generale di autonomia della gestione della sfera economica privata”*³⁹⁵.

³⁹⁵ Così M. A. Sandulli, *Impresa pubblica e regole di affidamento dei contratti*, cit., 21.

Valutazioni conclusive.

L'analisi svolta nel presente lavoro si presta ad interessanti valutazioni critiche con riguardo soprattutto alla portata interpretativa delle figure in esame, che non possono essere decontestualizzate dalla storia delle trasformazioni socio – economiche dell'ultimo mezzo secolo.

Un corretto inquadramento delle nozioni di organismo di diritto pubblico e impresa pubblica si presenta essenziale dato l'impatto potenzialmente distorsivo che un'interpretazione inadeguata ed una confusione delle due figure potrebbe comportare con riguardo a valori primari quali la concorrenza ed il libero mercato, *in primis*, oltre che a principi fondamentali quali la trasparenza, l'imparzialità, la certezza del diritto e non ultimo la corretta gestione delle risorse pubbliche.

Un'interpretazione fortemente restrittiva della disciplina dell'evidenza pubblica, come quella da ultimo prospettata, che propende per un'ammissibilità della figura dell'organismo di diritto pubblico *in parte qua*, ipervalutando l'elemento oggettivo, ovvero la natura dell'attività, e marginalizzando l'elemento soggettivo (badi ci si riferisce ad una nozione di soggettività sostanziale e funzionale) non sembra condivisibile, e non solo perché contraria ai principi rigorosamente dettati dalla Corte di Giustizia e recepiti con poche eccezioni dalla giurisprudenza nazionale.

Un'interpretazione sistematica porta, infatti, ad evidenziare che la rilevanza della natura soggettiva (già dal punto di vista formale) non è, in verità, del tutto secondaria in seno alla disciplina dei contratti pubblici, essendo qualificati in termini di amministrazioni aggiudicatrici non solo gli organismi di diritto pubblico, ma anche quei soggetti formalmente pubblici quali lo Stato, gli enti locali e gli enti pubblici non economici,

indipendentemente dal carattere dell'attività posta in essere.

Se infatti è vero che, come autorevole dottrina ha rilevato, *“la natura pubblica (per quanto incerta possa esser) non è la sola ragione per la quale taluni soggetti vengono obbligati dalla legge a ricercare i propri appaltatori con gara”*³⁹⁶, è vero anche il contrario, e cioè che la natura sostanzialmente pubblica dell'attività posta in essere non è l'unica ragione per la quale le regole dell'evidenza pubblica sono state dettate.

Un'interpretazione atta a depotenziare il requisito soggettivo, a favore di quello oggettivo, dovrebbe coerentemente assolvere tutte le attività che abbiano carattere commerciale dall'applicazione delle regole dell'evidenza pubblica, e non solo quelle attribuibili a determinati soggetti (ovvero quelli qualificabili contemporaneamente come impresa pubblica ed organismo di diritto pubblico).

Quanti accolgono la tesi della figura dell'organismo di diritto pubblico *in parte qua* sembrano piuttosto fraintendere la circostanza che il requisito teleologico, relativo alla natura dell'attività svolta dal soggetto, sia atto a definire l'ambito soggettivo della disciplina (ovvero è uno dei requisiti finalizzato a determinare uno dei soggetti a cui si applica la normativa) e non l'ambito d'applicazione oggettivo, che tra l'altro sembra abbastanza chiaro e dettagliato, in riferimento agli appalti esclusi dalla direttiva 2004/18/CE, e non passibile di equivoci a riguardo.

Tra l'altro, come osservato nelle analisi svolte, il tenore letterale della norma non sembra atta a definire alcun discrimine tra le attività poste in essere dall'organismo di diritto pubblico al fine di delimitarne oggettivamente l'ambito di applicazione, né si può dubitare che tale scelta sia attribuibile alla leggerezza del legislatore comunitario, sembrando

³⁹⁶ L. Perfetti, *L'organismo di diritto pubblico e le sue incerte frontiere. Il caso di grandi stazioni tra diritti speciali ed esclusivi ed obblighi di gara*, cit..

piuttosto una scelta ponderata e di sistema.

Se infatti è vero quanto è stato autorevolmente osservato con riguardo alla relazione intercorrente tra le nozioni dell'organismo di diritto pubblico, dell'impresa pubblica e dei privati titolare di diritti speciali o esclusivi, ovvero che tali figure sembrino *“poste in una sorta di progressione dalla forma privatistica all'ente pubblico”*³⁹⁷, appare possibile affermare che, secondo criteri di stampo sostanziale, un soggetto si possa considerare pubblico sulla scorta della ricorrenza di due requisiti: il primo attinente all'ambito soggettivo, ovvero la circostanza che il soggetto sia dotato di una struttura materialmente pubblica, il secondo, di carattere meramente oggettivo, che presuppone la funzionalizzazione dell'attività posta in essere alla soddisfazione di interessi sostanzialmente pubblici.

Delle tre figure contemplate, quindi, l'unica ad esaudire entrambi i criteri è l'organismo di diritto pubblico, l'unico a poter essere considerato, da un punto di vista non formalistico, soggetto pubblico.

Ciò spiega, del resto, perché la disciplina relativa ai settori ordinari non comprenda l'impresa pubblica, e perché la disciplina dei settori speciali la contempli come soggetto ulteriore rispetto all'elenco di quei soggetti identificati quali *“amministrazioni aggiudicatrici”*, perché questa, pur esaudendo il suddetto requisito soggettivo, essendo sostanzialmente pubblica da un punto di vista strutturale, non integra il secondo requisito, quello oggettivo, non svolgendo attività materialmente pubbliche.

Ma qualora venga alla luce che il soggetto qualificato come impresa pubblica, ponga in essere anche, tra le altre, attività oggettivamente pubbliche, ecco che i due criteri tornano a configurare quel soggetto come

³⁹⁷ L. Perfetti, *L'organismo di diritto pubblico e le sue incerte frontiere. Il caso di grandi stazioni tra diritti speciali ed esclusivi ed obblighi di gara*, cit..

sostanzialmente pubblico.

Quindi, alla luce di un approccio che badi alla sostanza, coerente con quello comunitario, non si può di certo negare, che un soggetto come quello descritto, che si connota per una soggettività sostanzialmente pubblica, ed un'attività oggettivamente pubblica, sia da considerarsi un soggetto materialmente amministrativo (c'è chi addirittura parla a tal proposito di Stato in senso funzionale³⁹⁸), e non meno amministrativo di quei soggetti formalmente pubblici contemplati dalla normativa³⁹⁹.

È quindi innegabile che gli organismi di diritto pubblico, almeno funzionalmente alla normativa di riferimento, siano soggetti da considerarsi nella sostanza paritari alle altre amministrazioni aggiudicatrici.

A chi contesta la teoria della contaminazione varrebbe replicare che sostenere la possibilità di una applicazione della normativa in *parte qua*, solo a quelle attività dell'organismo di diritto pubblico che non presentino carattere commerciale, oltre a forzare il dato letterale della normativa (ritenuto non casuale) significherebbe porre un discrimine tra le varie amministrazioni aggiudicatrici, applicando un regime più favorevole all'organismo di diritto pubblico rispetto alle altre, cosa che non sembra rinvenibile nell'intenzione del legislatore comunitario che, invero, ha voluto raggruppare ed omologare le stesse individuandole come una categoria univoca, ovvero quella delle "amministrazioni aggiudicatrici".

³⁹⁸ In tal senso G. Marchigiani, *La nozione di Stato inteso in senso funzionale nelle direttive comunitarie in materia di appalti pubblici e sua rilevanza nel contesto generale del diritto comunitario*, cit..

³⁹⁹ Infatti non sembrerebbe errato addirittura affermare che i soggetti formalmente pubblici non assicurino sempre la coesistenza dei due criteri sostanziali richiamati, indefettibili per l'organismo di diritto pubblico, e validi a identificare sul piano materiale l'organismo di diritto pubblico come il solo vero soggetto pubblico. Del resto in forza della sua natura trasversale la figura dell'organismo di diritto si presta a ricomprendere anche gli enti pubblici.

A contrastare la teoria del contagio non sembrerebbero neppure idonee le argomentazioni relative al venir meno delle esigenze di tutela della concorrenza, con riguardo alle attività di natura commerciale, nell'ambito relativo ai settori ordinari (che poi sono esattamente le ragioni per le quali le mere imprese pubbliche non sono ricomprese nella direttiva 2004/18/CEE⁴⁰⁰).

Infatti, se è condivisibile ritenere che la necessità di tutela della concorrenza sottesa alle direttive comunitarie sia la *ratio* fondante in materia, non sembra possibile convenire nel sostenere che la concorrenza sia il solo valore tutelato dalla disciplina in materia di evidenza pubblica, venendo in rilievo anche altri principi che, seppur secondari, hanno una fondamentale importanza tanto nell'ordinamento giuridico nazionale, tanto in quello europeo, quali la trasparenza e l'imparzialità, che un'ipervalutazione dei principi di concorrenza e libero mercato non potrebbero oltremodo comprimere⁴⁰¹.

La teoria dell'attrazione sembra quindi discendere da una lettura sistematica e coerente della disciplina di settore prima ancora che dalla giurisprudenza comunitaria.

Si deve pertanto ritenere che dall'ambito d'applicazione della direttiva 2004/18/CE siano esclusi solo i soggetti formalmente e soggettivamente

⁴⁰⁰ In proposito sembra opportuno sottolineare la necessità individuata dal legislatore italiano di includere alcune categorie di imprese pubbliche nell'ambito d'applicazione della disciplina di cui ai settori ordinari proprio in ragione di tutela della concorrenza, a dimostrazione che non tutte le imprese pubbliche siano assimilabili a quelle private alla stregua del principio di *par condicio* tra operatori. Si tratta di quelle società miste e società strumentali di cui all'art. 32 co. 1 lett. c) del Codice dei contratti pubblici.

⁴⁰¹ Una tale argomentazione sembrerebbe desumibile dalle anche dalle valutazioni espresse da Perfetti, il quale argomentando *a contrario* afferma che esigenze di imparzialità e trasparenza non possano essere considerati gli unici valori sottesi alla disciplina degli appalti pubblici, venendo in primo piano in anzi tutto ragioni di tutela della concorrenza. Cfr. L. Perfetti, *L'organismo di diritto pubblico e le sue incerte frontiere. Il caso di grandi stazioni tra diritti speciali ed esclusivi ed obblighi di gara*, cit..

privati e quei soggetti che, seppur soggettivamente pubblici nella sostanza pongano in essere attività esclusivamente di natura privatistica.

Una tale interpretazione è necessaria per ragioni di certezza del diritto, come affermato dalla Corte di Giustizia⁴⁰², affermazione da interpretarsi non nel senso del rischio di incertezze sulla identificabilità della natura dell'attività oggetto dell'affidamento, ammettendo che tal volta è palese la distinzione tra attività materialmente pubbliche ed attività meramente commerciali poste in essere da uno stesso soggetto, ma quanto alla commistione interna, difficile da cogliere anche ad un'analisi caso per caso, che coinvolge le scelte (e quindi le risorse, anche in caso di gestione separata) di un soggetto il quale dentro di sé ha inevitabilmente due anime divergenti, quella di tutore/regolatore degli interessi del mercato, e quella di operatore/imprenditore nel mercato⁴⁰³.

L'accoglimento della figura dell'organismo di diritto pubblico *in parte qua* condurrebbe alla estrema conclusione di permettere a soggetti materialmente amministrativi (i soli soggetti sostanzialmente pubblici, alla luce dei due requisiti, soggettivo ed oggettivo, sopra esaminati), di porre in essere in maniera indiscriminata attività commerciali⁴⁰⁴ senza dover essere obbligati né al rispetto delle regole dell'evidenza pubblica, né, alla luce della recente pronuncia dell'Adunanza Plenaria n. 16/2011, al rispetto degli stessi principi dei Trattati a tutela della concorrenza (garantiti ai sensi dell'art. 27 del Codice dei contratti pubblici) applicabili solo agli appalti esclusi testualmente dalla normativa, ovvero contemplati e specificamente esentati, e non anche a quelli del tutto estranei⁴⁰⁵ (come dovrebbero essere

⁴⁰² Corte di Giustizia, *Mannesmann*, cit..

⁴⁰³ In tal senso si veda G. Panzironi, *Impresa pubblica e organismo di diritto pubblico: un approccio non solo giuridico*, cit., 134.

⁴⁰⁴ Cosa inibita ai soggetti formalmente pubblici alla luce di quanto affermato dalla recente giurisprudenza del Consiglio di Stato, Ad. Pl., 10/2011, cit..

⁴⁰⁵ In tal senso si esprime la già citata Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 16/2011 che distingue gli appalti esenti, ovvero quelli *"in astratto rientranti nei settori di*

considerati gli appalti banditi da un organismo di diritto pubblico aventi ad oggetto attività di natura commerciale se non si applicasse la teoria del contagio).

Una conclusione così radicale non appare concepibile in un clima in cui sembra si stia radicando un'alea di scetticismo intorno all'assunto relativo alla pacifica assimilabilità tra l'imprenditore pubblico e quello privato⁴⁰⁶, e non solo alla luce degli ultimi interventi legislativi che tendono a limitare al massimo le partecipazioni pubbliche proprio in ragione di valori quali la concorrenza ed il mercato⁴⁰⁷.

Legittime sembrano infatti le stesse perplessità circa l'assunto relativo alla reale sopportazione del rischio di gestione da parte delle società pubbliche

intervento delle direttive, ma che ne vengono esclusi per ragioni latu sensu di politica comunitaria, quali, ad es., gli appalti segreti, o i servizi di arbitrato e conciliazione, o acquisto o locazione di terreni e fabbricati, e le stesse concessioni di servizi", da quelli estranei, ovvero quegli appalti esclusi "perché sono del tutto al di fuori dei settori di intervento delle direttive o dello stesso ordinamento comunitario, quali gli appalti da eseguirsi al di fuori del territorio dell'Unione (art. 15, direttiva 2004/18/CE e art. 22, direttiva 2004/17/CE), o quali gli appalti aggiudicati dagli enti aggiudicatori dei settori speciali per fini diversi dall'esercizio delle attività nei settori speciali (art. 20, direttiva 2004/17/CE)", concludendo che qualora "l'ente aggiudicatore è un'impresa pubblica, ossia un soggetto di diritto privato, e in tal caso l'appalto, estraneo al settore speciale, non ricade nei settori ordinari e dunque nel raggio di azione della direttiva 2004/18/CE, che non contempla tra le stazioni appaltanti le imprese pubbliche; e neppure ricade sotto i principi dei Trattati, al cui rispetto devono ritenersi tenuti i medesimi soggetti tenuti all'osservanza delle direttive 2004/18/CE e 2004/17/CE in relazione agli appalti da esse "esclusi", ma non anche in relazione agli appalti ad esse del tutto estranei".

⁴⁰⁶ In merito, vale la pena di rilevare che, che un soggetto che sia contemporaneamente qualificabile come impresa pubblica ed organismo di diritto pubblico godrà sempre di un generale vantaggio rispetto al mercato, ovvero quello di poter approfittare di affidamenti diretti proprio in virtù della qualità di organismo di diritto pubblico (meno che non si voglia ammettere, per quanto rifiutano il principio dell'attrazione, che anche con riguardo alla possibilità di affidamento diretto il soggetto possa essere qualificato solo parzialmente come organismo di diritto pubblico).

⁴⁰⁷ A tal riguardo si rinvia a C. Acocella, *Riflessioni sugli attuali limiti delle partecipazioni pubbliche tra attività amministrativa e attività d'impresa*, cit..

che svolgano una genuina attività imprenditoriale. Se, infatti, astrattamente non si dubita che le imprese pubbliche possano fallire⁴⁰⁸, da un punto di visto pratico come si può essere certi che i pubblici poteri non intervengano all'improvviso con delle manovre atte a scagionare il peggio?⁴⁰⁹.

Ad oggi l'andamento del mercato, in procinto di collasso, sembra mettere in crisi la stessa idea che il binomio concorrenza e privatizzazione sia in grado di garantire la massimizzazione delle efficienze, almeno in un sistema come il nostro dove le privatizzazioni sono troppo spesso solo di facciata.

La figura dell'impresa pubblica, a metà strada tra pubblico e privato, piena di contraddizioni e criticità⁴¹⁰ sembra perdere, giorno dopo giorno, di legittimazione democratica, in un contesto in cui il fallimento del mercato è comprovato da questa malaugurata crisi che sta toccando il cittadino in maniera così profonda.

Il modello delle partecipazioni pubbliche si presenta, pertanto, sempre più respingente agli occhi dei cittadini che quotidianamente devono scontrarsi con affatto liete notizie relative a danni erariali milionari causati dalla cattiva gestione di società in mano pubblica⁴¹¹.

Un tale contesto non sembra democraticamente permettere una lettura

⁴⁰⁸ Sul punto si rinvia a M Dugato, *L'imperturbabile stabilità dei servizi pubblici e l'irresistibile forza dell'ente pubblico*, cit., 3.

⁴⁰⁹ manovre da cui magari un imprenditore privato si sarebbe astenuto perché privo di quella doppia anima di operatore economico e tutore degli interessi dei cittadini. Si prenda ad esempio il controversa vicenda relativa al dissesto dell'Alitalia, sul punto si veda G. Panzironi, *Impresa pubblica e organismo di diritto pubblico: un approccio non solo giuridico*, cit., 135.

⁴¹⁰ La prima contraddizione è quella in termini, rilavabile dallo stesso binomio antinomico "impresa" – "pubblica".

⁴¹¹ Solo da ultimo la recentissima notizia relativa ad una società per azioni partecipata dal Comune di Mogliano Veneto, la Spl, preposta alla cura degli immobili e delle opere pubbliche del comune, la cui cattiva gestione pare abbia provocato un danno erariale di cinque milioni.

eccessivamente restrittiva dell'ambito d'applicazione delle regole di evidenza pubblica, facendoci definitivamente propendere per una favorevole accettazione della teoria dell'attrazione.

Di contro, non si intende neppure scadere nell'eccesso contrario e propendere per una lettura troppo estensiva dell'applicazione soggettiva della disciplina, tipica della nostra giurisprudenza amministrativa, che travalicando i chiari confini segnati dalla giurisprudenza comunitaria ha per troppo tempo ricondotto il requisito negativo della non commercialità, criterio identificativo della figura dell'organismo di diritto pubblico, al bisogno anziché all'attività, finendo per ricomprendere nella predetta figura ogni soggetto che svolga funzioni di pubblico interesse.

Una tale interpretazione, sfumando troppo i confini tra le nozioni di organismo di diritto pubblico ed impresa pubblica, tanto da confonderle, e fondando su criteri che sono per loro natura variabili e mutevoli nel tempo e nello spazio, ovvero la rilevanza dei bisogni di interessi generale, non sembra comunque atta a garantire nessuna certezza del diritto.

È pertanto condivisibile solo la posizione della giurisprudenza europea, che determina come parametro di riconoscibilità dell'organismo di diritto pubblico (oltre ai due non controversi criteri della personalità giuridica e della dominanza pubblica) la natura non commerciale dell'attività preposta al soddisfacimento di bisogni di interesse generale, riconoscendo in tal senso determinante l'assenza dello scopo di lucro, che, come si è detto, si ritiene debba essere valutato relativamente alla reale possibilità di divisione degli utili, e soprattutto alla luce della supposta inconsistenza dei rischi di gestione, ovvero della capacità di fallimento, requisito che, mi si permetta di osservare con criticità, alla luce degli ultimo salvataggio del Monte dei Paschi di Siena, senza la minima presa in considerazione dell'opinione

pubblica, sembra essere davvero opinabile.

Bibliografia

Acocella, *Amministrazioni aggiudicatrici e altri soggetti aggiudicatori - Commento all'art. 32*, in L. Perfetti (a cura di), *Codice dei Contratti pubblici commentato*, Milano, 2013.

Acocella, *Riflessioni sugli attuali limiti delle partecipazioni pubbliche tra attività amministrativa e attività d'impresa*, pubblicato il 19 novembre 2012, in www.giustamm.it.

Bonelli e Roli, *Privatizzazioni*, in *Enc. Giur.*, IV, Aggiornamento, Milano 2000, 994.

Bonelli, *Pubblica Amministrazione e Mercato*, pubblicato il 16 luglio 2007, in www.giustamm.it.

Bonini, *Storia della pubblica amministrazione in Italia*, Firenze, 2004.

Cangelli, *Riflessioni sul potere discrezionale della pubblica amministrazione negli accordi con i privati*, in *Dir. amm.*, 2000, 02, 277.

Capalbo, *La privatizzazione di enti pubblici dopo la legge 178/2002*, in www.giustamm.it.

Capelli, *Concorrenza e appalti pubblici*, in *Dir. comunitario e scambi internaz.*, 2000, 800.

Capunzo, *Argomenti di diritto pubblico dell'economia*, Milano, 2007.

Caranta, *I contratti pubblici*, Torino, 2012.

Caranta, *La giurisdizione amministrativa esclusiva in tema di appalti*, in A. Angioletti (a cura di), *La Corte costituzionale e la giurisdizione esclusiva*, Milano, 2005, 49.

Carbone, *Golden share e fondi sovrani: lo Stato nelle imprese tra libertà comunitarie e diritto statale*, in *Dir. comm. internaz.*, 2009, 03, 503.

Caringella, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2007.

Casalini, *L'organismo di diritto pubblico l'organizzazione in house*, Napoli, 2003.

Casetta, *Manuale di diritto Amministrativo*, Milano, 2004.

Cassese, *Gli enti privatizzati come società di diritto speciale: il consiglio di Stato scopre il diritto naturale*, in *Gior. Dir. amm.*, 1995, 1134.

Cassese, *La nozione Comunitaria di pubblica amministrazione*, in commento a Corte di Giustizia, sentenza 2 luglio 1996, causa C-473/93, ed altre, in *Giorn. Dir. Amm.*, 1996.

Cassese, *La nuova costituzione economica*, Bari, 2011.

Cassese, *Le privatizzazioni arretramento o riorganizzazione dello Stato?*, in G. Marasà (a cura di), *Profili giuridici delle privatizzazioni*, Torino 1998.

Cassese, *Le trasformazioni del diritto amministrativo dal XIX al XXI secolo*, in *Riv. Trim. di Pubbl.*, 2002, 01, 27.

Cerri, *La “mano pubblica” e la gestione in forma privata di attività economiche: problemi processuali e sostanziali in un interessante conflitto*, 3870.

Cerulli Irelli, *Note critiche in tema di attività amministrativa secondo moduli negoziali*, in *Dir. amm.*, 2003, 217.

Chieppa - Lopilato, *Studi di diritto amministrativo*, Milano, 2001.

Chiti – Greco (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo. Parte Speciale*, I, Milano, 1997.

Chiti M., *Impresa Pubblica e organismo di diritto pubblico: nuove forme di soggettività giuridica o nozioni funzionali*, in M. A. Sandulli (a cura di), *Organismi e imprese pubbliche*, Milano, 2004.

Chiti M., *L'organismo di diritto pubblico e la nozione comunitaria di pubblica amministrazione*, Bologna, 2000.

Chiti E., *Cala il sipario sull'ente fiero di Milano*, in *Urb. e app.*, 1999, 85.

della Cananea, *L'amministrazione europea*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto Amministrativo*, I, Milano, 2000.

di Majo, *L'avocazione delle attività economiche alla gestione pubblica o sociale*, in *Trattato di diritto commerciale Galgano*, I, Padova 1977.

Demuro, *La necessaria oggettività per l'esercizio dei poteri previsti dalla golden share.*, in *Giur. comm.*, 2009, 4, 640.

- Di Gaspare, *Diritto dell'economia e dinamiche istituzionali*, Milano, 2003.
- Dipace, *I privati e il procedimento amministrativo*, in M. A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2011.
- Di Raimo - Ricciuto (a cura di), *Impresa pubblica e intervento dello Stato nell'economia. Il contributo della giurisprudenza costituzionale*, collana *Cinquanta anni della Corte Costituzionale della Repubblica italiana*, Napoli, 2006.
- Dugato, *L'imperturbabile stabilità dei servizi pubblici e l'irresistibile forza dell'ente pubblico*, in *Munus*, 2012, 3.
- Dubois – C. Blumann, *Droit matériel de l'Union européenne*, Paris, 2004.
- Galgano, *Diritto privato*, Padova, 2004.
- Iaione, *L'ambito oggettivo e soggettivo*, in M. Clarich (a cura di), *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, Torino 2010.
- Idot, *Droit sociale et droit de la concurrence: confrontation ou cohabitation*, in *Europe*, novembre 1999, 11.
- Ibba, *La tipologia delle privatizzazioni*, in *Giur comm.*, 2001, 464.
- Irti, *Economia di mercato e interesse pubblico*, in *Riv Trim.*, 200, II, 435.
- Jacqué, *Droit Institutionnel de l'Union Européenne*, Paris, 2006.
- Jaeger, *Problemi attuali delle privatizzazioni in Italia*, in *Giur. Comm.*, 1992, I, 990.
- Liguori, *La funzione amministrativa. Aspetti di una trasformazione*, Napoli, 2010.
- Mameli, *L'organismo di diritto pubblico. Profili sostanziali e processuali*, Milano, 2003, 1.
- Marasà, *Il punto sulle privatizzazioni in campo societario*, in *Studium Juris*, 1998, 1317.
- Marchigiani, *La nozione di Stato inteso in senso funzionale nelle direttive comunitarie in materia di appalti pubblici e sua rilevanza nel contesto generale del diritto comunitario*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Comunitario*, 2002, 1233.

- Marra, *Il mercato nella pubblica amministrazione – Coordinamento, valutazione, responsabilità*, Roma, 2006.
- Martinelli – Santini, *Il Consiglio di Stato amplia la nozione di organismo di diritto pubblico*, in *Urb. e app.*, 2002, 567.
- Marzuoli, *Le privatizzazioni tra pubblico come soggetto e pubblico come regola*, in *Dir. pubbl.*, 1995, 421.
- Massera, *Una nozione comunitaria di pubblica amministrazione*, in *El desenvolipment del dret administratiu europeu*, Ecola d' Administració Publicade Catalunya, Barcellona, 55.
- Mazzarolli e altri (a cura di), *Diritto Amministrativo*, Bologna, 2005.
- Mehdi, *Institutions Européennes*, Boulogne, 2007.
- Mensi, *Appalti, servizi pubblici e concessioni*, Padova, 1999.
- Merusi, *La natura delle cose come criterio di armonizzazione comunitaria nella disciplina sugli appalti*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 1997, 37.
- Morbidelli – Zoppolato, *Appalti pubblici*, in M. Chiti – G. Greco (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo.*, Milano, 1997.
- Moreno Molina, *Le distinte nozioni comunitarie di pubblica amministrazione*, in *Riv. It Dir. Pubbl. Com.*, 1998, 561.
- Napolitano, *La difficile apertura dei servizi pubblici all'iniziativa economica privata*, in *Scritti in onore di Vincenzo Spagnuolo Vigorita*, Napoli, 2007.
- Napolitano, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003.
- Napolitano, *Soggetti privati "enti pubblici"?*, in *Dir. amm.*, 2003, 801.
- Nicodemo, *Imprese pubbliche: se l'appalto è "estraneo" ai settori speciali la giurisdizione è del g.o.*, in *Urbanistica e appalti*, 2011, 10, 1180.
- Ottaviano, *Considerazioni sugli enti pubblici strumentali*, Padova, 1959.
- Panzironi, *Impresa pubblica e organismo di diritto pubblico: un approccio non solo giuridico*, in M. A. Sandulli (a cura di), *Organismi e imprese pubbliche*, Milano, 2004.

Pasquini, *La nozione di organismo di diritto pubblico*, in *Gior. Dir. amm.*, 2001, 906.

Pavone La Rosa, *La costituzione di società per azioni nelle procedure di privatizzazione*, in *Giur. comm.*, 2003, I, 5.

Perfetti *Dalla soggettività all'oggettività pubblica. Sull'identificazione delle ipotesi di applicazione della disciplina in tema di evidenza pubblica alla luce della adunanza plenaria n. 9 del 2004*, nota a Consiglio di Stato ad. plen., 23 luglio 2004, n. 9 in *Foro amm. CDS*, 2005, 5, 1347.

Pinelli, *Prudenza e giurisprudenza in un'interpretazione adeguatrice*, in *Giur. cost.*, 1993, 3862.

Police, *Dai concessionari di opere pubbliche alle società per azioni "di diritto speciale": problemi di giurisdizione*, in *Dir. proc. amm.*, 1996, 158.

Proietti, *Anche gli enti previdenziali dei liberi professionisti sono organismi di diritto pubblico*, in *Urbanistica e appalti*, 2006, 273.

Proto, *Il nuovo diritto europeo degli appalti*, in *Urbanistica e appalti*, 2004, 757.

Romano, *Introduzione*, in L. Mazzaroli e altri (a cura di), *Diritto Amministrativo*, Bologna, 2005.

Rossi, *Gli enti pubblici*, Bologna, 1991.

Roversi Monaco, *Gli interventi pubblici in campo economico*, in L. Mazzaroli e altri (a cura di), *Diritto Amministrativo*, Bologna, 2005.

Sandulli, *Impresa pubblica e regole di affidamento dei contratti*, in www.federalismi.it.

Sandulli, *Imprese pubbliche ed attività estranee ai settori esclusi: problemi e spunti di riflessione*, in M. A. Sandulli (a cura di), *Organismi e imprese pubbliche*, Milano, 2004.

Sandulli, *Trattato sui contratti pubblici*, in M. A. Sandulli e altri (a cura di), Milano, 2008.

Santanastaso Postilla, *La saga "della golden share" tra libertà di movimento di capitali e libertà di stabilimento*; in *Giur. comm.*, 2007, 03, 302.

Schürmann, in *Hidegger on Being and Acting: From Principles to Anarchy*, Bloomington, Ind, 1986, trad it. - *Dai principi all'anarchia. Essere e agire in Hidegger*, Bologna, 1995.

Sciullo, *Profili degli accordi fra amministrazioni pubbliche e privati*, in *Dir. amm.* 2007, 04, 805.

Scoca, *Autorità e consenso*, in *Dir. amm.*, 2002, 03, 43.

Scoca, *Le amministrazioni come operatori giuridici*, in L. Mazzarolli e altri (a cura di), *Diritto Amministrativo*, 317.

Scotti, *I nuovi confini dell' organismo di diritto pubblico alla luce delle più recenti pronunce della Corte di giustizia*, in *Foro italiano*, 1999, IV, 141.

Sorace, *L'ente pubblico tra diritto comunitario e diritto nazionale*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 1992, 357.

Spattini *"Vere" e "false" "golden shares" nella giurisprudenza comunitaria. La "deriva sostanzialista" della Corte di giustizia, ovvero il "formalismo" del principio della "natura della cosa": il caso Volkswagen, e altro ...*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2008, 01, 303.

Spattini, *La "golden share" "all'italiana" finalmente "presa sul serio" dalla Corte di giustizia? La nuova (e forse perplessa) condanna della "Grundnorm" delle privatizzazioni "sostanziali"*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2009, 06, 1599.

Spattini, *Poteri pubblici dopo la privatizzazione. Saggio di diritto amministrativo dell'economia*, Torino 2006, 121.

Stella Richter, *Dall'ente pubblico all'ente a legittimazione democratica necessaria*, in *Foro amm.*, 2002, 3299.

Torregrossa, *I principi fondamentali dell'appalto comunitario*, in *Gli appalti nel settore energetico*, in *Quaderni della Rassegna giur. Energ. Elett.*, 1994, 3.

Trimarchi Banfi, *L'atto autoritativo*, in *Dir. amm.*, 2011, 04, 665.

Trimarchi Banfi, *Lezioni di diritto pubblico dell'economia*, Torino, 2007.

Viviani, *Gli organismi di diritto pubblico davanti alla Corte di Giustizia*, in *Urb. e app.*, 1998, 431.

Zatti, *Persona giuridica e soggettività*, Padova, 1975.