

Le gradazioni della natura giuridica pubblica

di Giampaolo Rossi

(di prossima pubblicazione in *Diritto Amministrativo*)

SOMMARIO: 1. Articolazione delle fattispecie e orientamento sostanzialista della giurisprudenza. – 2. Le ragioni e le implicazioni dell'articolazione con riferimento alle figure di gestione di attività economiche. – 3. Ordinamento europeo ed effetti sulle formule organizzative degli Stati-membri. – 4. Differenze nelle implicazioni pubblicistiche.

1. La questione delle conseguenze da annettere alla natura pubblica degli enti è sempre stata fra le più dibattute nella scienza giuridica. La difficoltà dell'analisi ha favorito la diffusione di tesi che hanno ritenuto di poter risolvere il problema negandolo alla radice, salvo pervenire a conclusioni opposte. Da un lato, si è sostenuto che non esiste una nozione giuridica generale di “pubblico”, riducendosi la questione a specifici profili di specialità rispetto a un assunto “diritto comune”, o, ancora, si è ritenuto che non esistano tratti comuni agli enti pubblici e che le conseguenze del pubblico vanno sempre e solo ricercate nelle specifiche discipline di settore¹. All'opposto, si è implicitamente o esplicitamente negata l'articolazione delle fattispecie, e si è quindi connesso ogni profilo pubblicistico a ogni figura che ne condividesse alcuni dei tratti.

¹ Le teorie pluraliste risalgono, come è noto, a O. VON GIERKE, *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, Berlino, 1873; ID., *Giovanni Althusius e lo sviluppo storico delle teorie politiche giusnaturalistiche*, Berlino, 1880; H. ROSIN, *Das Recht der öffentlichen Genossenschaft*, Friburgo, 1886. Per la dottrina italiana, v., fra gli altri, S. ROMANO, voce *Decentramento amministrativo*, in *Enc. giur. it.*, IV, Milano, 1897; F. FERRARA, *Teoria delle persone giuridiche*, Napoli, 1915; ID., *La classificazione delle persone giuridiche*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1912, 321 ss.; O. RANELLETTI, *Concetto di persone giuridiche pubbliche amministrative*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1916, I, 354 ss. Per la dottrina francese, v., fra gli altri, L. MICHOU, *La théorie de la personnalité morale*, Parigi, 1905; R. DRAGO, *Les crises de la notion d'établissement public*, Parigi, 1950. Si vedano inoltre, i fondamentali studi di U. K. PREUSS, *Zum staatrechtlichen Begriff des öffentlichen Anstalts als dogmengeschichtliches*, Amburgo, 1970; R. ORESTANO, *Il “problema delle persone giuridiche” nel diritto romano*, Torino, 1968. La tesi dell'atipicità degli enti pubblici è stata sostenuta, in particolare, da M. S. GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo I*, Milano, 1950, 160 ss., per poi essere ripresa e sviluppata, fra l'altro, in ID., *Il problema dell'assetto e della tipizzazione degli enti pubblici nell'attuale momento*, in *Riordinamento degli enti pubblici e funzioni delle loro Avvocature*, Napoli, 1974.

La problematica, che ha radici antiche, ma sembrava essersi dipanata sul finire degli anni '80, si è invece nuovamente complicata con i processi di privatizzazione formale e con l'avvento dell'ordinamento comunitario, che ha introdotto la figura giuridica dell' "organismo di diritto pubblico".

E' noto che a fronte dell'evoluzione prodotta dalla trasformazione della forma giuridica di una pluralità di organismi pubblici, la giurisprudenza, condividendo una impostazione inizialmente minoritaria della dottrina, ha adottato un orientamento sostanzialista nella qualificazione giuridica delle figure per le quali la c.d. privatizzazione si era limitata al solo involucro formale e non aveva investito le funzioni, l'assetto proprietario o comunque di comando sulle stesse².

A partire dalla nota sentenza n. 466 del 1993, la Corte Costituzionale ha fatto proprio l'orientamento sostanzialista connettendo al permanente carattere pubblico degli enti trasformati in società per azioni la sussistenza del controllo esercitato dalla Corte dei conti tramite la presenza di un magistrato alle riunioni dei consigli di amministrazione.

L'orientamento è rimasto costante nelle pronunce del Giudice di costituzionalità³ ed è stato pienamente condiviso dal giudice amministrativo⁴ e, dopo qualche esitazione, dalla Corte di Cassazione.

² V. G. ROSSI, *Gli enti pubblici*, Bologna, 1991; ID., *Gli enti pubblici in forma societaria*, in *Serv. pubbl. app.*, 2004, 221 ss. Per l'impostazione contraria, si vedano, fra gli altri, G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2006, 89 ss.; G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003, 171 ss. Per i più recenti contributi in tema di società pubbliche si rinvia, fra gli altri, a M. RENNA, *Le società per azioni in mano pubblica*, Torino, 1997; F. GOISIS, *Contributo allo studio delle società in mano pubblica come persone giuridiche*, Milano, 2004; G. ROSSI, G. CORSO – P. SAVONA, D. VELO, V. VACCARI, L. TORCHIA, E. CARDI, A. BINDI – G. M. CARUSO, *Società in mano pubblica. Controlli e responsabilità*, in *Serv. pubbl. app.*, 2/2006, 185 ss.

³ Cfr., fra le altre, C. Cost. 19 dicembre 2003, n. 363, in *Foro it.*, 2004, VI, 1687, nella parte in cui, viene riaffermata la natura di ente pubblico in capo ad Italia Lavoro s.p.a. Da ultimo, l'orientamento è stato ribadito in C. Cost., sent. n. 29/2006, in *Serv. pubbl. app.*, 2006, 411 ss. che ha dichiarato la legittimità costituzionale della legge di una Regione che prevede l'assunzione per concorso del personale delle società pubbliche di servizi, senza peraltro considerare tale principio obbligatorio per le società delle altre Regioni.

Quest'ultima, nelle importanti ordinanze delle Sez. Un. n. 19667 del 2003, n. 3899 del 2004 e n. 10973 del 2005, è pervenuta anche a trarne conseguenze in ordine alla sussistenza della responsabilità amministrativa, con conseguente giurisdizione della Corte dei conti, degli amministratori e dipendenti di enti pubblici economici e di società per azioni con rapporto di servizio con enti territoriali⁵.

Contestualmente, sono intervenute altre decisioni dei giudici italiani nelle quali dalla qualificazione di organismo di diritto pubblico, introdotta dalle norme comunitarie, si sono tratte una serie di implicazioni ulteriori rispetto a quelle stabilite dalle stesse norme⁶.

Il problema che si pone è quello di individuare quali conseguenze giuridiche sono da connettere a ogni organismo del quale si assuma la natura pubblica e quali

⁴ Cfr., Cons. St., Sez. VI, 20 maggio 1995, n. 498, in *Giorn. dir. amm.*, 1995, 1134 ss., con commento di S. CASSESE, *Gli enti privatizzati come società di diritto speciale: il Consiglio di Stato scopre il diritto naturale* e in *Dir. proc. amm.*, 1996, 147 ss., con nota A. POLICE, *Dai concessionari di opere pubbliche alle società per azioni «di diritto speciale»: problemi di giurisdizione*. *Contra*, cfr. C. Cass., SS. UU., 6 maggio 1995, n. 4989 in *Giur. it.* 1995, I, 494 ss. con nota di E. CANNADA BARTOLI, *Servizi pubblici locali mediante società per azioni* e 6 maggio 1995, n. 4991, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1995, 1056 ss. con nota di G. GRECO, *Appalti di lavori affidati da S.p.a. in mano pubblica: un revirement giurisprudenziale non privo di qualche paradosso*.

⁵ Sul tema, cfr. L. TORCHIA, *Responsabilità civile e responsabilità amministrativa per le società in partecipazione pubblica: una pericolosa sovrapposizione*, in *Serv. pubbl. app.*, 2006, 223 ss.; A. CORPACI, *L'azione pubblica nel giudizio di responsabilità amministrativa*, in *Diritto pubblico*, 2005, 787, ss.; A. BRANCASI, *L'ordinamento contabile*, Torino, 2005.

⁶ Varie sentenze hanno, ad esempio, connesso alla natura d'organismo di diritto pubblico la conseguenza del diritto d'accesso, che ben si spiega, invece, con l'ambito d'applicazione della normativa specifica che prevede che tale diritto si eserciti anche nei confronti: "...degli enti pubblici e dei gestori di pubblici servizi" (art. 23 legge 241/1990). Cfr., sul punto, con riferimento a "Poste italiane s.p.a.", Cons. St., Sez. VI, 5 marzo 2002, n. 1303, in *Riv. giur. quadr. pubbl. serv.*, 2002, II-III, 105 ss., con nota di F. GOGGIAMANI, *Da una recente sentenza del Consiglio di Stato lo spunto per tornare ancora una volta sulle società pubbliche*. Si veda, fra le altre, Tar Puglia, Bari, sentenza 27 ottobre 2006, n. 3828, in www.giustizia-amministrativa.it, nella parte in cui si afferma che: «la selezione indetta dall'A.Q.R. – che è organismo di diritto pubblico e mantiene natura pubblicistica anche a seguito della trasformazione in S.p.A.- costituisce procedura concorsuale pubblica». Pertanto si ritiene di poter attribuire ad una selezione effettuata da Acquedotto pugliese s.p.a. la natura di pubblico concorso, alla luce della qualificazione di organismo di diritto pubblico posseduta dalla società, facendo così discendere dalla "veste" comunitaria conseguenze evidentemente ultronee rispetto a quelle per le quali è stata elaborata.

invece debbano riferirsi solamente ad alcuni tipi di soggetti pubblici e non anche ad altri, in ragione della variegata serie di figure aventi carattere pubblico⁷.

L'articolazione delle fattispecie è presente non solo nell'ordinamento nazionale, ma anche in tutti gli ordinamenti facenti parte dell'Unione Europea e nello stesso ordinamento comunitario.

L'ordinamento europeo, quale risulta sia dalle fonti normative che dalle pronunce della Corte di giustizia, non poteva che far proprio l'orientamento sostanzialista che consente di individuare i tratti comuni delle figure che nei diversi ordinamenti nazionali possono ricevere qualificazioni formali differenti. E tuttavia, come poi meglio si vedrà, anche in tale ordinamento non esiste un unico modo di essere "pubblico", talchè si debba ritenere che le figure possono solo avere o non avere *in toto* tale qualificazione, con tutte o con nessuna delle conseguenze che vi si connettono. Esiste invece, una articolazione che in larga misura si è formata sulle categorie giuridiche consolidate nei vari paesi membri ed è stata ulteriormente sviluppata nell'ordinamento dell'Unione Europea.

2. Il problema della differenziazione delle conseguenze giuridiche da connettersi alla natura pubblica di un soggetto, si è posto, come è noto, a seguito della espansione della presenza pubblica in attività esulanti da quelle tradizionali delle pubbliche amministrazioni⁸.

⁷ Il problema relativo alla diversa gradazione con cui può manifestarsi la consistenza pubblicistica delle persone giuridiche è stato messo in luce innanzitutto da O. VON GIERKE, *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, cit., 974; nello stesso senso si veda H. ROSIN, *Das Recht der öffentlichen Genossenschaft*, cit., 49.

⁸ Sul punto ed in generale sul tema dello Stato-imprenditore, cfr., fra gli altri, M. S. GIANNINI, *Rilievi intorno alle persone giuridiche pubbliche*, in *Stato e diritto*, 1940, estr. 16; ID., *Le imprese pubbliche in Italia*, in *Riv. soc.*, 1958; S. CASSESE, *Ente pubblico economico*, in *Nss. D.I.*, VI, Torino, 1960, 573 ss.; F. MERUSI, *Le direttive nei confronti degli enti di gestione*, Milano, 1977; V. OTTAVIANO, *Ente pubblico*

La gestione di servizi pubblici e di attività imprenditoriali aveva creato, come è noto, non pochi problemi alle costruzioni dogmatiche che si erano formate sul carattere autoritativo delle pubbliche funzioni. Per lungo tempo si sono continuate ad avanzare tesi consistenti nell'identificare il carattere pubblico con quello dell'*imperium*, fino a negare natura giuridica pubblica a figure non aventi tali caratteristiche, pur se istituite con legge, per finalità di interesse generale normativamente stabilite⁹.

E' altrettanto noto, però, che l'evoluzione dell'ordinamento è stata più forte delle resistenze offerte dalle costruzioni dogmatiche formatesi sui precedenti presupposti e che si è ormai da tempo consolidata in tutti i sistemi a diritto amministrativo la presenza di figure in ordine alle quali non si può dubitare nè del carattere pubblico nè dell'assenza o marginalità di funzioni autoritative, che quindi esercitano attività naturalmente collocate nel diritto privato.

In particolare la categoria degli enti pubblici economici, pur nelle incertezze che non hanno mai cessato di accompagnarla, è stata pacificamente acquisita nella normativa, nella dottrina¹⁰ e nella giurisprudenza italiana ma anche in quelle degli altri paesi a diritto amministrativo, con varie conseguenze differenziate rispetto alle altre figure pubbliche, e in particolare con la sottrazione alle norme di contabilità pubblica e

economico, in *Enc dir.*, Milano, 1989; V. CERULLI IRELLI, «Ente pubblico»: problemi di identificazione e disciplina applicabile, in *Scritti in onore di Alberto Predieri*, Milano, 1996, 512 ss.

⁹ La genesi di queste teorie è da rinvenirsi nelle elaborazioni dottrinarie tedesche, in particolare in G. JELLINEK, *La dottrina generale del diritto dello Stato* (1900), trad. it., Milano, 1949. La medesima impostazione è fatta propria in Italia, fra gli altri, da S. ROMANO, *op. cit.* e, con alcuni distinguo, da O. RANELLETTI, *Il concetto di "pubblico" nel diritto*, in *Riv. it. sc. giur.*, XXXIX, 1905, 346 ss. L'orientamento cosiddetto "statalista" fu in seguito sviluppato, fra gli altri, da G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 1958; G. MIELE, *La distinzione fra ente pubblico e privato*, in *Riv. dir. comm.*, 1948, 10 ss., il quale affermava che "lo Stato è la misura di tutto ciò che è pubblico e che nulla v'ha di pubblico in cui non debba vedersi la presenza necessaria dello Stato o un legame con esso", ossia un "assoggettamento continuo e regolare alla potestà dello Stato". Successivamente, con le analisi, fra gli altri, di V. OTTAVIANO, *Considerazioni sugli enti pubblici strumentali*, Padova, 1959 e di M. NIGRO, *Sulla natura giuridica della Rai*, in *Cons. St.*, 1977, 8 ss., cominciarono a fiorire i tentativi di definire la natura pubblica degli enti indipendentemente dal loro rapporto con lo Stato.

¹⁰ Cfr., sul punto, fra gli altri, M. S. GIANNINI, *Le imprese pubbliche in Italia*, cit., 261.

con la configurazione civilistica del rapporto di impiego¹¹, compreso il profilo delle procedure di reclutamento del personale¹².

Questi caratteri, dapprima connessi esclusivamente a figure agenti in regime di concorrenza¹³ sono stati poi considerati applicabili dalla normativa e dalla giurisprudenza costante anche a quelle che producono beni e servizi in regime di monopolio¹⁴ o comunque con quelli che in gergo europeo sono chiamati “diritti speciali ed esclusivi”.

Le ragioni di ciò sono pratiche ma non mancano di una rigorosa base teorica.

I profili pratici concernono la stessa fattibilità di attività di carattere imprenditoriale: l'estrema fluidità delle vicende che vi sono connesse e che richiedono decisioni rapide il cui esito non può essere compiutamente prefigurato esclude che tali attività possano essere esercitate con i criteri che sono posti alla base dello svolgimento di attività autoritative. Per queste ultime, il carattere unilaterale degli atti che producono effetti su terzi senza il concorso della loro volontà esige l'adozione di parametri di stretta legalità e la preminenza delle esigenze di garanzia anche rispetto a quelle di funzionalità ed efficacia dell'azione. L'evoluzione di tutti gli ordinamenti connessa all'estensione delle attività pubbliche è stata nel senso di rimuovere progressivamente

¹¹ Tra i contributi più recenti, cfr. A. CORPACI, *Riparto della giurisdizione e tutela del lavoro nella pubblica amministrazione*, Milano, 1985; A. ORSI BATTAGLINI, *Fonti normative e regime giuridico del rapporto d'impiego con enti pubblici*, in *Dir. lav. Rel. Ind.*, 1993, 474 ss.; G. GARDINI, *L'imparzialità amministrativa tra indirizzo e gestione*, Milano, 2003; A. PIOGGIA, *Giudice e funzione amministrativa. Giudice ordinario e potere privato dell'amministrazione datore di lavoro*, Milano, 2004.

¹² Cfr. M. S. GIANNINI, *Appunti sul rapporto di lavoro con le aziende municipali*, in *Scritti in memoria di Giuffrè*, III, Milano, 1967.

¹³ L'agire in un contesto concorrenziale è indicato come presupposto indefettibile per l'attribuzione del carattere economico da C. Cass, sez. un., 22 novembre 1966, n. 2781, in *Mass. Giur. it.*, 1966; C. Cass., 8 giugno 1971, n. 1698, in *Mass. Giur. it.*, 1971. In particolare, tale orientamento si fondava sul tenore dell'art. 1, l. n. 1903/1938 che si riferisce espressamente agli enti pubblici che operano in regime di concorrenza.

¹⁴ Cfr., fra le altre, Cass., sez. un., 14 ottobre 1971, n. 2896, in *Foro it.*, 1972, I, 1718, con nota di F. SATTA. V. G. ROSSI, *I criteri di economicità nella gestione delle imprese pubbliche*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1970, 237 ss.

dall'esercizio di servizi e di imprese l'uso improprio dello strumentario tipico delle funzioni autoritative¹⁵.

Le ragioni teoriche hanno trovato fondamento nelle considerazioni della migliore dottrina pubblicistica e civilistica¹⁶ che hanno ampiamente evidenziato le diverse gradazioni della natura pubblica delle fattispecie e le implicazioni prodotte sulle qualificazioni giuridiche dalla contaminazione dei diversi interessi e finalità da perseguire: impresa, lavoro, proprietà, sviluppo, servizi¹⁷.

Problemi di confine non sono mancati nè cesseranno di porsi perchè l'articolazione delle fattispecie sfugge alla possibilità di rigide classificazioni: l'analisi delle figure nelle quali sono presenti indubbi profili sia pubblicistici che privatistici mostra una gamma assai ampia che va dalle società che operano in concorrenza e che non sono a totale partecipazione pubblica, alcune delle quali quotate in borsa, fino a

¹⁵ Sulla progressiva evoluzione dell'impresa in quanto soggetto autonomo rispetto alle persone fisiche che svolgono l'attività e rispetto agli interessi nei cui confronti essa è compiuta, si vedano le riflessioni di V. OTTAVIANO, *Sull'impiego ai fini pubblici delle s.p.a.*, in *Studi in memoria di G. Zanobini*, Milano, 1965, II, 287. Sui nessi tra servizio pubblico e attività d'impresa, si vedano, fra gli altri, A. ROMANO, *Profili della concessione di pubblici servizi*, in *Dir. amm.*, n. 4/1994, 469 ss.; G. CORSO, *I servizi pubblici nel diritto comunitario*, in *Riv. giur. quadr. pubbl. serv.*, 1999, 7 ss.

¹⁶ Sul problemi relativi alla compatibilità tra forme privatistiche e finalità pubblicistiche, si vedano le fondamentali riflessioni di T. ASCARELLI, *Tipologia delle società per azioni e disciplina giuridica*, in *Riv. soc.*, 1959, 1013 ss.; W. BIGIARI, *La professionalità dell'imprenditore*, Padova, 1948, 55 ss.; G. SANTINI, *Tramonto dello scopo lucrativo nelle società di capitali*, in *Riv. dir. civ.*, 1973, I, 163. Fra i pubblicisti, cfr., fra gli altri, M. S. GIANNINI, *Rilievi intorno alle persone giuridiche pubbliche*, cit.; V. OTTAVIANO, *Sull'impiego ai fini pubblici delle s.p.a.*, cit.

¹⁷ Sul punto, appaiono molto utili le considerazioni di S. PUGLIATTI, *La proprietà e le proprietà*, Roma, 1951: "Quando vi è uno scopo specifico rispetto al quale le utilizzazioni della cosa degradano a mezzo e nel tempo stesso si coordinano e polarizzano per assicurarne il conseguimento, si inserisce nello schema di proprietà l'elemento dell'attività. È questo il primo contatto fra i due termini, proprietà e attività umana, collegati al conseguimento di un fine determinato. La proprietà mossa al fine e l'attività intelligentemente organizzatrice del processo, cioè lavoro. Il binomio diventerà sempre più stretto e lo schema concettuale più complesso: anzi, composito in principio, e poi in alcune combinazioni nelle quali i due termini, difficilmente dosabili, non trovano la formula risolutiva della combinazione armonica; ma poi, in altre ipotesi, trasfigurato dal termine attivo, dal lavoro, che è portatore di interessi e finalità non soltanto di gruppo o genericamente collettivi, bensì di schietta natura sociale. Basta questa semplice e rapida e necessariamente indeterminata graduazione a dimostrare come, passando da un gradino all'altro, da una combinazione all'altra di interessi che si intendono tutelare, il paradigma della proprietà subisce modificazioni notevoli nella sua funzione e nella struttura. Specialmente quando viene a contatto con altri istituti di notevole importanza sociale od economica, quali la famiglia, la società, il lavoro i quali esercitano la loro attrazione e fanno sentire la loro influenza al punto che a volte finiscono per ridurla nella propria orbita".

strutture societarie totalmente pubbliche che svolgono esclusivamente attività strumentali alle Amministrazioni che le hanno promosse e le controllano.

Il punto di discriminare è costituito dall'esercizio di attività d'impresa: concetto, come si sa, non univoco ma neppure inconsistente tanto da essere frequentemente usato dai legislatori e dai giudici per connettervi conseguenze di vario tipo e *in primis* la sottrazione di siffatti organismi alla normativa di contabilità pubblica e a quella del pubblico impiego a partire dalle procedure di reclutamento del personale.

Per quanto concerne le procedure di assunzione del personale la giurisprudenza della Cassazione italiana ha un orientamento univoco che si è formato sugli enti pubblici economici ed è stato applicato alle strutture societarie a questi assimilati, con la conseguenza che le «controversie concernenti i concorsi per l'assunzione per asserite violazioni delle norme relative alle assunzioni stesse rientrano nella giurisdizione del giudice ordinario»¹⁸. L'orientamento è stato condiviso dal giudice amministrativo¹⁹.

Si deve quindi considerare acquisito che la procedura amministrativa del concorso per l'accesso ai pubblici uffici non si applica agli organismi che gestiscono attività di produzione di beni o servizi. Una diversa conclusione farebbe venir meno la stessa possibilità di configurare la categoria giuridica degli enti pubblici economici che è, invece, nata proprio da norme relative al rapporto di impiego, a partire dalla legge 16 giugno 1938 n. 1303 sull'inquadramento sindacale del personale, che hanno poi dedotto da tale inquadramento la sottoposizione di questi enti pubblici alla disciplina dell'impresa (art. 2083 cod. civ.) e all'applicazione delle norme civilistiche di tutela del lavoro privato (art. 37 legge 20 maggio 1970 n. 300: statuto dei lavoratori).

¹⁸ Cfr. Cass. civ., sez. un., 10 gennaio 1979, n. 150; ID., 11 dicembre 1979, n. 6452; Cass. civ., sez. lav., 14 aprile 1980, n. 2433; ID., 30 maggio 1991, n. 6147; ID., 10 maggio 1995, n. 5112; ID., 8 luglio 2005, n. 14330.

¹⁹ Cfr. Cons. St. sez. VI, 19 giugno 1986, n. 454; 19 agosto 2002, n. 4118; sez. V, 13 ottobre 2004, n. 6650.

Non si deve del resto ritenere che questa conclusione produca il risultato di conferire agli amministratori di questi organismi una illimitata possibilità di arbitrio: la Cassazione ha chiarito che la configurazione civilistica delle procedure di reclutamento del personale non implica che a queste non si applichino i principi di trasparenza e buona fede che devono ispirare l'azione di ogni operatore economico²⁰. Ha chiarito, infatti, che, in caso di pubblicazione di bando, questo costituisce un'offerta al pubblico, ossia una proposta, subordinata alla sussistenza di determinati presupposti, rivolta ad una generalità indeterminata di soggetti ed è vincolante per il proponente nei confronti di coloro, che essendo in possesso dei requisiti richiesti e collocatisi utilmente nella graduatoria, dichiarino di accettare la proposta²¹. Nelle procedure selettive – aventi carattere esclusivamente privatistico – l'ente è chiamato a rispettare le norme regolamentari e collettive nonché i principi generali di correttezza e buona fede²² e i principi di non discriminazione e obiettività²³.

Considerazioni analoghe valgono per l'applicazione delle norme sulla responsabilità amministrativa a carico dei soggetti pubblici che svolgono attività d'impresa. In effetti, la giurisprudenza della Cassazione, a partire dall'ordinanza delle Sezioni Unite n. 1282 del 1982, aveva escluso tale forma di responsabilità sia per gli amministratori delle società "partecipate" dallo Stato che per gli enti stessi²⁴ (a questa esigenza, del resto, rispondeva la stessa formula degli enti pubblici economici promossa da Nitti all'inizio del '900). Di fatto, sino agli anni più recenti, i controlli sulle società "partecipate" erano esclusivamente quelli comuni alle società per azioni private ed, in

²⁰ Sulla problematica, si vedano le osservazioni di A. PIOGGIA, *Giudice e funzione amministrativa. Giudice ordinario e potere privato dell'amministrazione datore di lavoro*, cit.

²¹ Cass. civ., Sez. lav., n. 4666/1999.

²² Cass. civ., sez. un. ord. 1 ottobre 2003, n. 14672.

²³ Cass. civ., sez. lav., n. 4666/1999, cit.

²⁴ Quanto ai successivi sviluppi della problematica, si veda, fra gli altri, G. ROSSI, *Le società di proprietà pubblica. Controlli e responsabilità*, in *Serv. pubbl. app.*, n. 2/2006, 185 ss.

tal modo, l'ordinamento mostrava di rispettare la natura imprenditoriale dell'attività svolta da questi soggetti.

3. Ci si potrebbe chiedere se l'avvento dell'ordinamento europeo, con le implicazioni marcatamente sostanzialiste²⁵ già evidenziate, abbia messo in discussione queste conclusioni.

L'analisi della normativa e della giurisprudenza comunitarie escludono questa evenienza e anzi forniscono elementi per consolidare l'esistenza di figure pubblicistiche che, agendo nelle attività economiche, hanno un regime giuridico differenziato rispetto alle pubbliche amministrazioni.

I complessi problemi di confine fra le categorie giuridiche e le incertezze classificatorie²⁶ che non mancano anche in sede di ordinamento comunitario non inficiano questa considerazione in quanto attengono non alla identificazione delle conseguenze giuridiche derivanti dalla appartenenza a tali categorie ma solo all'ambito e ai confini delle stesse: una volta chiarito, cioè, se una figura soggettiva va o meno inquadrata in una di tali categorie, le conseguenze sono univoche e non hanno mai dato luogo a dubbi interpretativi.

²⁵ V., fra gli altri, M. CAFAGNO, *Impresa pubblica*, in M. P. CHITI – G. GRECO, *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, 2007, 1223 ss. che sottolinea il “primato delle caratteristiche sostanziali dell'attività”.

²⁶ Sul punto, con particolare riguardo per la difficile distinzione tra le qualificazioni comunitarie di impresa pubblica e organismo di diritto pubblico ed i rapporti con il contiguo fenomeno dell'*in house providing*, cfr. R. GAROFOLI, *Organismi di diritto pubblico: il recente allineamento tra giudice comunitario e nazionale e i profili ancora problematici*, in R. GAROFOLI - M. A. SANDULLI, (a cura di) *Il nuovo diritto degli appalti pubblici dopo la Direttiva 2004/18/CE*, Milano, 2005; M. A. SANDULLI (a cura di), *Organismi e imprese pubbliche*, in *Suppl. Serv. pubbl. app.*, n. 4/2004, con contributi di M. A. SANDULLI, R. GAROFOLI, M. P. CHITI, F. CINTIOLI, G. CORSO, R. DE NICTOLIS, E. FERRARI, G. PANZIRONI, M. R. SPASIANO; D. CASALINI, *L'organismo di diritto pubblico e l'organizzazione in house*, Napoli, 2003; G. GRECO, *Ente pubblico, impresa pubblica, organismo di diritto pubblico*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2000, 839 ss.

Va rilevato, anzitutto, che l'ordinamento europeo non ha elaborato proprie categorie, salvo quella di "organismo di diritto pubblico". Quanto al resto si è limitato a recepire denominazioni e nozioni presenti negli ordinamenti dei paesi membri e, in particolare, in quello francese che ha maggiormente influenzato la normativa comunitaria²⁷. In particolare, i termini "amministrazione pubblica" ed "ente pubblico" sono semplicemente recepiti dalle normative interne, senza specifiche definizioni di fonte comunitaria.

Quanto agli enti pubblici economici, la normativa comunitaria non prevede una categoria avente tale denominazione ma la presuppone in quanto fa riferimento agli enti o organismi "*istituiti per soddisfare esigenze di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale*". La dizione è identica in tutte le direttive europee sugli appalti (v., da ultimo, la direttiva 2004/17). Tale nozione definisce quindi *a contrario*, per il tramite della concettologia francese, l'ente pubblico economico e viene assunta dalla normativa comunitaria sugli appalti al fine di escluderla dall'applicazione della normativa stessa. Correttamente, infatti, la norma interna di recepimento, nello specificare l'elenco delle amministrazioni aggiudicatrici, vi comprende gli "enti pubblici non economici" (art. 3 d. lgs. 12 aprile 2006 n. 163).

Ed infatti l'analisi comparata mostra che l'applicazione che se ne è fatta in Francia, Germania e Spagna è stata quella di sottrarre queste figure dall'applicazione della normativa sugli appalti pubblici; ad esempio, le società pubbliche postali di tali paesi non hanno applicato le procedure dell'evidenza pubblica.

²⁷ Cfr., sul punto, A. PIOGGIA, *Sulla natura dei bisogni di interesse generale non aventi carattere industriale o commerciale (a proposito della nozione di organismo di diritto pubblico)*, in *Riv. giur. quadr. pubbl. serv.*, 1999, II, 71; M. P. CHITI, *L'organismo di diritto pubblico e la nozione comunitaria di pubblica amministrazione*, Bologna, 2000, 57.

Nell'ordinamento francese la denominazione utilizzata per definire gli enti pubblici economici è, non a caso, quella di *établissements publics industriels et commerciaux* (E.P.I.C) e comprende, tra l'altro, la *Poste*, la *Société National des chemins de fer français* (SNCF), la *Regie autonome des transportes parisiens* (RATP), il *Commissariat à l'énergie atomique* (CEA), la *Charbonnages de France* (CdF). La formula è fra quelle che possono essere adottate dagli enti locali per la gestione di servizi pubblici (artt. 1411-1,ss del *Code général des collectivités territoriales*)²⁸. Soluzioni analoghe sono ampiamente utilizzate nell'ordinamento tedesco e spagnolo.

Nonostante che anche in questi ordinamenti non manchino problematiche di confine e che la più recente evoluzione normativa e giurisprudenziale inizi a ritenere applicabile ad alcune di queste figure la normativa comunitaria in materia di appalti quanto meno con riferimento ai settori speciali, nessun dubbio sussiste sulla inapplicabilità alle stesse della normativa sul pubblico impiego, a partire dalle procedure

²⁸ Osservazioni critiche sul modo farraginoso con cui l'ordinamento francese si è conformato ai dettami comunitari sono effettuate, fra gli altri, da M. GUIBAL, *Un nouveau Code des marchés publics ?*, in *AJDA*, 2001, 364 ss. che ritiene sempre meno comprensibile l'esclusione degli E.P.I.C. dall'ambito di applicazione del *Code de marches publics* e da E. FATOME, *La détermination du caractère des établissements publics*, in *AJDA*, 2001, 222 ss., il quale, sottolinea l'opportunità che a tutela della concorrenza si predispongano dei limiti al potere del legislatore di definire gli *établissements publics* come *industriels et commerciaux*. Si veda, inoltre, il Rapporto annuale per il 2002 del *Conseil d'Etat*, reperibile in www.conseil-etat.fr, nella parte in cui si segnala la maggiore ampiezza dell'ambito applicativo delle direttive comunitarie sugli appalti rispetto a quello del *Code de marches publics* allora in vigore. In tema di *établissements publics industriels et commerciaux*, cfr., fra gli altri, M. BAZEX, *L'entreprise publique et ses missions d'intérêt general*, in *L'entreprise dans le Marché unique européen*, La Documentation française, 1995 ; J. L. DE CORAIL, *Contribution du juge administratif a une theorie juridique de l'établissement public à caractère industriel et commercial*, 1981 ; A. DELION, *La notion d'entreprise publique*, in *AJDA*, 1979, 3 ss. ; M. LOMBARD, *L'établissement public industriel et commercial est-il condamné ?*, in *AJDA*, 16 gennaio 2006, 79 ss. ; N. THIRION, *Les privatisations d'entreprises publiques dans une économie sociale de marché : aspects juridiques*, Parigi – Bruxelles, 2002. Sul punto, cfr. F. GUALTIERI, *Limiti all'intervento pubblico in economia: squilibri e disallineamenti tra gli ordinamenti italiano e francese*, in *Serv. pubbl. app.*, 2006, 611 ss. Per quanto concerne l'ordinamento spagnolo, si vedano, fra gli altri, E. LUCAS, *Los contratos de las administraciones publicas*, Barcelona, 1995; J. BLANC e altri, *Introducción a la ley de contratos de las administraciones publicas*, Madrid, 1995; E. GARCIA DE ENTERRIA, T. R. FERNANDEZ, *Curso de derecho administrativo I*, Madrid, 2000; J. CASTELLO RODRIGUEZ e altri, *Derecho administrativo II*, Madrid, 1995.

di reclutamento e di quella di contabilità pubblica con riferimento alla responsabilità amministrativa.

Confrontando le categorie giuridiche presenti nell'ordinamento interno e in quello comunitario, si è già osservato che l'unica figura giuridica la cui creazione è di derivazione comunitaria è quella di "organismo di diritto pubblico" alla quale le norme hanno connesso l'applicazione della normativa europea sugli appalti di lavori, forniture e servizi e pochissime altre conseguenze, sempre puntuali, previste da singole norme (direttiva 98/2003 sul riutilizzo dell'informazione del settore pubblico; regolamento 488/2004 sull'ammissibilità di spese per operazioni cofinanziate dai Fondi strutturali).

I problemi di confine, e quindi di interpretazione da parte della Corte di giustizia, si sono avuti circa l'ambito da assegnare a tali categorie giuridiche e l'orientamento della Corte è sempre stato, comprensibilmente, quello di darne l'interpretazione più confacente alle esigenze di apertura del mercato europeo.

Così la Corte ha dato un'interpretazione restrittiva della nozione di "pubblica amministrazione" facendola coincidere solo con l'esercizio di pubblici poteri o di attività strumentali alla tutela di interessi generali, al fine di limitare l'ambito delle figure alle quali non si applicano le norme sulla libera circolazione dei lavoratori (art. 39, c. 4 Trattato)²⁹.

La Corte ha dato, al contrario, una interpretazione estensiva della nozione di impresa e di attività economica³⁰ fino a comprendervi, ad esempio, l'attività di collocamento³¹.

²⁹ C. Giust., 17 dicembre 1980, C-149/79.

³⁰ Sulla consistenza dell' "attività economica", cfr., fra gli altri, M. CAFAGNO, *cit.*, 1246 ss.

³¹ C. Giust. 23 aprile 1991, c. 41/90, *Hofner*. Sulla nozione di impresa pubblica nel diritto comunitario, cfr., fra gli altri, M. CAFAGNO, *cit.*, 1205 ss.; C. LACAVA, *L'impresa pubblica*, in S. CASSESE, *Trattato di diritto amministrativo*, 3901 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Impresa pubblica, fini sociali, servizi di interesse generale*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2006, 747 ss.

La deroga al diritto comune è ammessa solo in stretto rapporto con la finalità di interesse generale: non sono quindi ammessi privilegi impropri, né distorsioni della concorrenza provocate dall'utilizzazione di privilegi legittimi³².

Questi principi sono del tutto consolidati e derivano del resto, dagli articoli 86 e 295 del Trattato, nonché degli articoli 101 e 103 dello stesso, con riferimento all'accesso al credito.

Ma anche quando la Corte si è trovata a dover valutare la compatibilità con l'orientamento comunitario di norme derogatorie della disciplina comune fra imprese pubbliche e private comportanti uno sfavore per le prime, le ha considerate legittime solo in considerazione del contrappeso con norme di favore esistenti per le stesse figure e non più semplicemente in ragione del loro assetto proprietario.

Così, quando ha considerato legittime le discriminazioni fra imprese pubbliche e private a sfavore delle prime, contenute nella normativa sulla trasparenza nelle relazioni finanziarie fra gli stati e le imprese pubbliche, lo ha fatto solo in considerazione delle misure finanziarie di favore di cui legittimamente potrebbero godere le imprese pubbliche in derivazione del perseguimento di finalità di interesse generale³³. Così, ancora quando ha considerato legittimo il rimborso del sovrapprezzo termico soltanto alle imprese del settore privato, lo ha fatto in considerazione degli altri aiuti che erano stati destinati alle imprese del settore pubblico³⁴.

³² Tali principi sono stati più volte riaffermati dalla Commissione Europea. Si vedano in particolare la Comunicazione della Commissione sui servizi di interesse generale, 11 settembre 1996, COM (96) 443; la seconda Comunicazione della Commissione sui servizi d'interesse generale, 20 settembre 2000, COM (2000) 580; Libro Verde della Commissione sui servizi di interesse generale, 21 maggio 2003 COM (2003); Libro Bianco sui servizi di interesse generale, 15 maggio 2004, COM (2004). Quanto alla giurisprudenza comunitaria, cfr., per tutte, C. Giust., sent. 19 maggio 1993, causa C-320-91, *Corbeau*, in *Racc.*, 1993, I-2533; C. Giust., sent. 27 aprile 1994, causa C-393/92, *Comune di Almelo*, in *Racc.*, 1994, I-1477.

³³ Cfr. C. Giust., sent. 6 luglio 1982, cause riunite da 188 a 190/80.

³⁴ Cfr. C. Giust., sent. 24 febbraio 1994, c. 99/92.

Il principio che solo una ragione specifica può giustificare un privilegio per imprese e organismi pubblici opera quindi anche nel senso inverso di rendere ingiustificabili eventuali trattamenti di sfavore (finanziario o normativo) che non abbiano una motivazione specifica.

Quanto agli “organismi di diritto pubblico” l’orientamento della Corte ha registrato oscillazioni e qualche incongruenza perché ne ha dato un’interpretazione restrittiva al fine di limitare la possibilità dell’affidamento *in house*³⁵ o, al contrario, estensiva al fine di rendere più ampia l’applicazione della normativa sugli appalti³⁶.

In nessun caso, però, la Corte si è trovata a dover decidere se dall’appartenenza a tale categoria giuridica si possono connettere conseguenze ulteriori rispetto all’unica prevista dalla norma: l’applicazione della normativa sugli appalti.

Anche la *vexata quaestio*, se il carattere industriale o commerciale va riferito al tipo di attività o ai bisogni³⁷, ha avuto effetti sull’ambito di applicazione della normativa e non sul suo contenuto. Anche qui la Corte, ricorrendo all’espedito, in effetti forzato,

³⁵ Cfr., da ultimo, C. Giust., sent. 11 maggio 2006, C-304/04, *Carbotermo*. In tema di *in house providing* la bibliografia si presenta molto vasta. Fra gli altri, cfr. C. ALBERTI, *Appalti in house, concessioni in house ed esternalizzazione*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2001, 495 ss.; G. CAIA, *Autonomia territoriale e concorrenza nella nuova disciplina dei servizi pubblici locali*, in www.giustizia-amministrativa.it/documentazione/studi-contributi/caia-articolo.htm; F. CARINGELLA, *L’affidamento in house*, in R. GAROFOLI – M.A. SANDULLI (a cura di), *Il nuovo diritto degli appalti pubblici*, Milano, 2005. Da ultimo, per un’ampia ricostruzione dei rapporti sussistenti tra il fenomeno dell’*in house providing* ed il modulo organizzativo della società mista, si veda Cons. St., Sez. II, Parere 18 aprile 2007, n. 456, in www.giustamm.it.

³⁶ C. Giust., 15 gennaio 1998, C-44/96, *Mannesmann*, in *Riv. giur. quadr. pubbl. serv.*, 1999, 71, con commento di A. BENEDETTI, *Alla ricerca della nozione di organismo di diritto pubblico*; C. Giust. 10 novembre 1998, C-360/96, *BFI Holding*, in *Riv. giur. quadr. pubbl. serv.*, 1999, II, 61, con commento di A. PIOGGIA, *cit.* Un orientamento più cauto emerge in C. Giust., 22 maggio 2003, C-18/01, *Taitotalo Oy*, in *Il Foro amm. C.d.S.*, 2003, 2498, con nota di L. R. PERFETTI, *Organismo di diritto pubblico e rischio di impresa*.

³⁷ Sul punto, si vedano le osservazioni di G. GRECO, *Imprese pubbliche, organismi di diritto pubblico, affidamenti in house: ampliamento o limitazione della concorrenza?*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2005, 61 ss.; F. CINTIOLI, *“Di interesse generale e non avente carattere industriale o commerciale”: il bisogno o l’attività? (brevi note sull’organismo di diritto pubblico)*, in M. A. SANDULLI (a cura di), *Organismi e imprese pubbliche*, *cit.*, 79 ss.; A. PIOGGIA, *Sulla natura dei bisogni di interesse generale non aventi carattere industriale o commerciale (a proposito della nozione di organismo di diritto pubblico)*, *cit.*; A. BENEDETTI, *Alla ricerca della nozione di organismo di diritto pubblico*, *cit.*

di riferire il termine “industriale o commerciale” ai bisogni³⁸, ha incluso fra gli organismi di diritto pubblico figure che svolgono attività di produzione di beni e servizi ma che perseguono finalità di interesse generale che giustificano l’attribuzione di diritti speciali ed esclusivi, favorendo così la pratica a valle (nelle commesse di tali organismi) del mercato quando viene escluso a monte dal conferimento diretto.

Va osservato che l’apertura del mercato delle commesse pubbliche, che costituiscono una parte consistente delle attività economiche di ciascun Paese, è essenziale per la formazione di un mercato comune europeo. Ciò spiega questi orientamenti della Corte di giustizia, la quale ha quindi attratto nella disciplina degli organismi di diritto pubblico alcune figure di confine fra quelle che svolgono attività di produzione di beni e servizi, contestando quindi l’asserita incompatibilità fra la nozione di impresa pubblica e quella di organismo di diritto pubblico, ma senza pervenire ad affermare il principio opposto dell’irrelevanza dello svolgimento di attività imprenditoriali: gli enti pubblici economici presenti negli ordinamenti nazionali sono rimasti esenti dalla applicazione della direttiva, salvo diversa statuizione degli ordinamenti nazionali stessi.

La normativa sui settori c.d. speciali, nei quali con maggiore frequenza e rilievo economico le imprese sono destinatarie di diritti speciali ed esclusivi che si giustificano per la loro missione di interesse generale, ha risolto praticamente la questione accomunando nella stessa disciplina le imprese pubbliche e gli organismi di diritto pubblico, ivi compresi i soggetti privati che godono di diritti speciali esclusivi.

³⁸ C. Giust., 15 gennaio 1998, C-44/96, *Mannesmann*, cit.; C. Giust., 10 novembre 1998, C-360/96, *BFI Holding*, cit.; C. Giust., 16 ottobre 2003, C-283/00, *Siepsa*, in *Il Foro amm. C.d.S.*, 2003, 3544.

Ciò rende ancora più evidente, se pure ce ne fosse bisogno, che la disciplina che si applica a queste figure, molto più elastica tra l'altro di quella dei settori ordinari, ha carattere di specialità e non è suscettibile di interpretazioni estensive.

4. Dovrebbe quindi essere incontestabile che non si può trarre alcun argomento dalla normativa europea e dalla giurisprudenza della Corte di giustizia per applicare alle figure imprenditoriali aventi connotati pubblicistici conseguenze ulteriori rispetto a quelle previste dalle norme. Si potrebbero, al più, nutrire dubbi quando le implicazioni da connettersi alle figure giuridiche non siano definite, come è per l'organismo di diritto pubblico, in termini univoci e quindi per l'insieme delle figure rientranti in una fattispecie generale quale è l'ente pubblico economico.

In questo caso la categoria giuridica ha una ampiezza ben diversa in quanto opera una distinzione fra le figure soggettive che comporta l'applicazione differenziata delle grandi partizioni del diritto, pubblico e privato, e ben si comprende come la giurisprudenza abbia dovuto affrontare problematiche complesse su quali parti dell'attività e dell'organizzazione siano da ascrivere all'una e all'altra megacategoria del "pubblico" o del "privato". Tra l'altro l'evoluzione dell'ordinamento rende mutevoli i confini fra le connotazioni pubblicistiche e privatistiche presenti nelle singole figure e può giungere fino a far venire meno i presupposti formali e sostanziali sulla base dei quali si erano formati i precedenti orientamenti giurisprudenziali.

L'ambito dell'incertezza non è mai pervenuto, però, a mettere in discussione le questioni del carattere privatistico della disciplina sull'inquadramento e sul reclutamento del personale, della inapplicabilità a tali figure sia delle norme contabili,

sia di quelle relative alla responsabilità amministrativa, in un'ottica fatta propria da tutti gli ordinamenti degli Stati facenti parte dell'U.E.³⁹

In sintesi, quindi, emerge con chiarezza dall'esame effettuato che:

- non esiste un solo assetto giuridico per l'insieme delle figure "pubbliche";
- non si possono trarre dalla natura di organismo di diritto pubblico conseguenze ulteriori rispetto a quelle tassativamente previste dalle norme;
- l'assetto giuridico delle figure "pubbliche" è, al contrario, esplicitamente differenziato in ragione del carattere industriale e commerciale delle attività;
- le figure pubbliche operanti nell'economia possono essere destinatarie di privilegi e di svantaggi solo nei ristretti limiti della specificità derivante dalle finalità perseguite;
- le categorie nazionali di ente pubblico economico o di ente pubblico industriale o commerciale sono pienamente recepite nell'ordinamento comunitario;
- sono incomprensibili e di dubbia legittimità orientamenti giurisprudenziali che costituiscono uno sfavore per le figure nazionali rispetto a quelle analoghe di altri paesi comunitari. Ciò tanto più in considerazione della circostanza che nei settori in cui operano la gran parte delle figure assimilabili agli enti pubblici economici, anche quando sussistono nei sistemi nazionali diritti speciali ed esclusivi, l'apertura del mercato europeo

³⁹ In senso critico rispetto al cumulo delle responsabilità amministrativa e societaria in capo alle società pubbliche si esprime, fra gli altri, L. TORCHIA, *Responsabilità civile e responsabilità amministrativa per le società in partecipazione pubblica: una pericolosa sovrapposizione*, in *Serv. pubbl. app.*, n. 2/2006, 223 ss. Quanto all'assetto invalso in Spagna, Francia, Germania e Regno Unito, si veda G. CORSO – P. SAVONA, *Società a partecipazione pubblica. Controlli e responsabilità. Un confronto europeo*, in *Serv. pubbl. app.*, n. 2/2006, 197 ss.

pone in un contesto concorrenziale l'insieme delle figure operanti nei diversi paesi europei (si pensi, ad esempio, ai settori dell'energia e delle poste).