

CAPITOLO I

COS'È LA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE?

UNA NOZIONE A GEOMETRIE VARIABILI

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Enti pubblici e soggetti privati: rilevanza e labilità della distinzione. – 3. I criteri classici di distinzione degli enti pubblici da quelli privati. – 4. I limiti alla “*pubblicizzazione*” legislativa. – 5. Al confine tra il diritto privato ed il diritto pubblico: i c.d. enti pubblici in forma societaria. – 5.1. Le norme pubblicistiche applicabili agli enti pubblici societari: considerazioni generali e nuovi approdi normativi (D. lgs. 175/2016). – 5.2. Questioni connesse di giurisdizione: l’art. 7, co. 2, del Codice del processo amministrativo. – 5.3. Conclusioni – 6. Dallo *status* di ente pubblico alla logica delle geometrie variabili: la nozione comunitaria di Pubblica Amministrazione. – 7. L’organismo di diritto pubblico. – 7.1. La personalità giuridica. – 7.2. L’influenza pubblica dominante. – 7.3. Il requisito teleologico. – 8. Le società locali per la gestione dei servizi pubblici locali e il c.d. affidamento *in house*: rinvio. – 9. Classificazione degli enti pubblici. – 10. Vicende degli enti pubblici: costituzione, modificazione, estinzione. – 11. L’esercizio privato di pubbliche funzioni.

1. Premessa

Il diritto amministrativo è la branca dell’ordinamento giuridico che studia l’azione e l’organizzazione delle Pubbliche Amministrazioni, nonché dei soggetti di diritto pubblico (art. 11 c.c.). Questi ultimi, in particolare, soggiacciono ad uno statuto speciale, sul piano dei poteri e dei limiti, rispetto a quello che governa l’agire dei soggetti di diritto comune.

In assenza di una norma che, in via generale, definisca il concetto di ente pubblico, l’elaborazione dei relativi criteri di identificazione è stata rimessa in prevalenza agli **sforzi ricostruttivi di dottrina e giurisprudenza**, resi ancor più complessi negli ultimi anni dall’emersione di tre fenomeni:

a) l’avvento di **soggetti sostanzialmente pubblici con forma societaria**, una sorta di *tertium genus* rispetto ai soggetti privati (di cui hanno la veste) e agli enti pubblici (di cui hanno la sostanza come mezzi e fini), la cui ammissibilità ha a lungo diviso gli interpreti e la cui disciplina, frammentaria e disorganica, è stata ricondotta a sistema dal recente intervento operato con la riforma Ma-

dia della P.A. e, in particolare, con il **D. lgs. 19 agosto 2016, n. 175**, seguito dal correttivo, **D. lgs. 16 giugno 2017, n. 100** (v. Parte VII, Cap. 2);

- b) l'affermazione di un **concetto comunitario di P.A.** (si pensi alla nozione di **organismo di diritto pubblico** in tema di procedure di gara per la stipulazione dei contratti pubblici), basato, per un verso, sulla valorizzazione del profilo sostanziale del controllo pubblico rispetto a quello formale della veste organizzativa pubblicistica; per altro verso, sull'utilizzo di una nozione a geometrie variabili che non considera quello di ente pubblico uno *status* permanente ed immutabile per ogni campo di azione, ritenendolo, al contrario, un concetto elastico da applicare *ratione materiae*;
- c) l'accentuazione di un fenomeno pluralistico che vede la proliferazione delle c.d. **autorità indipendenti**, soggetti pubblici di nuova generazione, caratterizzati da un alto tasso di neutralità e di estraneità ai controlli dell'autorità politica, tale da indurre a dubitare della loro qualificabilità in termini di Pubbliche Amministrazioni (v. parte VII, cap. 1).

La mancanza di una definizione generale di pubblica amministrazione è stata, in parte, colmata attraverso due vie distinte:

- i) la definizione di P.A. ai fini della disciplina del rapporto di lavoro pubblico (art. 1, co. 2, T.U. n. 165/2001);
- ii) l'identificazione delle amministrazioni pubbliche inserite nel conto economico consolidato, ai fini delle disposizioni finanziarie (l'art. 1, co. 3, L. 31 dicembre 2009, n. 169, prevede che l'ISTAT predisponga un elenco annuale di tutte le Amministrazioni Pubbliche. L'ultimo elenco è stato pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale – Serie Generale n. 229 del 30 settembre 2016);
- iii) la definizione di "amministrazioni pubbliche" contenuta nell'art. 2, comma 1, lett. a), D. lgs. 19 agosto 2016, n. 175, per il quale, al fine di applicare le norme del decreto medesimo, si intendono per amministrazioni pubbliche: *"le amministrazioni di cui all'art. 1, comma 2, del D. lgs. n. 165/2001, i loro consorzi o associazioni per qualsiasi fine istituiti, gli enti pubblici economici e le autorità di sistema portuale"*.

Tanto premesso, nel presente capitolo verrà, dapprima, sviscerata la nozione di Pubblica Amministrazione, individuandone i tratti distintivi rispetto ai soggetti privati. Si procederà, quindi, per brevi cenni, alla mappa degli enti pubblici, come tratteggiata dal disegno pluralistico abbracciato dalla Costituzione ed attuato dalla legislazione.

2. Enti pubblici e soggetti privati: rilevanza e labilità della distinzione

Occorre, preliminarmente, soffermarsi sulla **rilevanza della qualificazione pubblica di un ente sul piano disciplinatorio**.

Un **primo elemento di distinzione** è dato dal rilievo che **ogni ente pubblico**, anche se svolge attività prevalentemente o esclusivamente privatistica (come gli enti pubblici economici), **dispone comunque di un potere pubblici-**

stico, il cui contenuto minimo si sostanzia nel potere di autorganizzarsi, dettando, in via statutaria o regolamentare, le regole fondamentali della propria organizzazione interna. Ai sensi dell'art. 2 del T.U. n. 165/2001, gli atti di organizzazione restano espressione di un potere pubblicistico di auto-organizzazione (al cospetto del quale residuano posizioni di interesse legittimo) anche per gli enti interessati dalla privatizzazione del pubblico impiego.

In particolare, gli atti organizzatori adottabili dagli enti pubblici si sostanziano in:

- atti di macro-organizzazione, che definiscono *“le linee fondamentali di organizzazione degli uffici; individuano gli uffici di maggiore rilevanza ed i modi di conferimento della titolarità dei medesimi; determinano le dotazioni organiche complessive”* (art. 2, co. 1, TUPI), nei cui confronti si configurano posizioni di interesse legittimo (v. **Cass., S.U., 27 febbraio 2017, n. 4881** per l'individuazione del plesso giurisdizionale competente a conoscere le controversie concernenti il conferimento di incarichi dirigenziali ove siano contestati direttamente atti di macro-organizzazione);
- atti di micro-organizzazione, concernenti aspetti di organizzazione più minuta degli uffici e di gestione dei rapporti, adottati dalla P.A. nell'esercizio dei poteri e della capacità del datore di lavoro privato (art. 5, co. 2, TUPI), in presenza dei quali si rinvengono posizioni di diritto soggettivo, atteso il carattere *“paritetico”* del rapporto che si instaura tra Amministrazione e dipendente (v. **Cons. St., Sez. V, 31 agosto 2016, n. 3740**).

Accanto al nucleo essenziale dell'autonomia organizzativa, gli enti pubblici godono di altre forme di autonomia – la cui sussistenza od estensione varia a seconda della tipologia di ente – consistenti nella capacità di porre in essere norme generali ed astratte (autonomia normativa), fissare da sé i propri obiettivi (autonomia di indirizzo), decidere delle proprie spese e disporre di entrate autonome (autonomia finanziaria) e tributi propri (autonomia tributaria), agire per il conseguimento dei propri fini (autarchia), risolvere conflitti attuali o potenziali di interessi (autotutela).

Un secondo profilo distintivo concerne il rapporto di lavoro, in quanto dalla qualificazione pubblicistica dell'ente-datore di lavoro discende la correlativa **qualificazione pubblicistica del rapporto di impiego con i propri dipendenti**. Anche dopo la privatizzazione del pubblico impiego, la regolamentazione del rapporto di lavoro alle dipendenze degli enti pubblici (segnatamente, quelli non economici: art. 1, co. 2, T.U.) conosce alcune peculiarità relative proprio alla soggettività pubblica dell'ente-datore di lavoro. Infatti, gli atti di gestione del rapporto di lavoro privatizzato sono pur sempre finalizzati al perseguimento di un interesse pubblico e, perciò, restano assoggettati al controllo giurisdizionale di rispondenza all'interesse pubblico, nonché ad alcune regole, motivazionali e procedimentali, anch'esse di natura sostanzialmente pubblicistica.

Sempre sul piano disciplinatorio, poi, va evidenziato che **dalla qualifica di ente pubblico discende l'assoggettamento alle regole sull'azione ammini-**

strativa ex L. n. 241/1990, che disciplinano l'attività pubblicistica – e in qualche misura privatistica – degli enti pubblici.

Messi in evidenza i poteri speciali di cui dispone l'ente pubblico (c.d. "*supremazia speciale*" verso i privati), occorre rilevare l'esistenza di **una serie di limitazioni alla libertà d'azione** che contraddistinguono il *modus operandi* degli enti pubblici rispetto a quello dei soggetti privati.

Un primo limite è rinvenibile nell'applicazione di una serie di **controlli, di varia natura** (sugli atti, sugli organi, gestionali, interni od esterni, contabili), **nei confronti di tutti gli enti pubblici**, finalizzati a valutare la legittimità dell'attività dell'ente e la rispondenza dell'attività medesima all'interesse pubblico.

In secondo luogo, si registrano sempre più stringenti limiti nei poteri di spesa delle pubbliche amministrazioni. Ancora, una fortissima limitazione è costituita dall'**assenza di una piena libertà negoziale**, essendo il potere negoziale degli enti pubblici sottoposto a vincoli, regole e limiti pubblicistici, finalizzati alla procedimentalizzazione trasparente della scelta contrattuale, in merito all'*an*, al contenuto del contratto e alla scelta del *partner* negoziale. Più in generale, come si vedrà nel cap. 2, anche quando si svolge con moduli privatistici, **l'azione delle P.A. non è mai libera nei fini** (e, perciò, non esprime un potere di autodeterminazione assimilabile all'autonomia negoziale dei privati), in quanto costantemente funzionale all'interesse pubblico che deve perseguire ai sensi dell'art. 97 Cost.. Ciò si traduce nella soggezione ad un vincolo teleologico suscettibile di controllo e sindacato in sede giurisdizionale.

È vero, infatti, che l'art. 1, co. 1-*bis*, della L. n. 241/1990 attribuisce all'Amministrazione una generale capacità di diritto privato, abilitandola alla stipula di negozi e contratti tipici e atipici senza vincoli legislativi generali, se non quello di soggiacere alle ordinarie norme privatistiche. Tuttavia, gli atti *iure privatorum* dell'Amministrazione si distinguono nettamente dai corrispondenti atti privatistici (ontologicamente liberi, perché volti al soddisfacimento di meri interessi egoistici dell'agente): gli stessi sono, infatti, pur sempre soggetti al vincolo teleologico del perseguimento dell'interesse pubblico, rientrando, così, a pieno titolo, nel concetto di attività amministrativa in senso ampio, intesa come comprensiva di atti pubblicistici e privatistici comunque finalizzati alla gestione dell'interesse pubblico.

Sul piano applicativo, la persistenza di profili latamente pubblicistici negli atti privatistici della P.A. implica:

- la necessità che tali atti siano adottati in esito ad un procedimento pubblicistico, nel cui ambito siano individuate ed esteriorizzate le ragioni della scelta dello strumento privatistico in quanto più adeguato alla soddisfazione dell'interesse pubblico rispetto a quello potestativo di spendita del potere pubblicistico;
- l'applicazione dell'istituto dell'accesso ex artt. 22 e ss., L. n. 241/1990, al fine di consentire un controllo dei soggetti interessati sul buon andamento e sull'efficienza della P.A. anche per l'attività amministrativa di diritto privato;
- la soggezione ad un sindacato ampio del G.O., non limitato alla verifica del rispetto del regime privatistico, ma esteso alla valutazione di conformità all'interesse pubblico.

Ulteriore limite derivante dalla natura pubblica degli enti concerne il **regime dei beni pubblici** (demaniali e patrimoniali indisponibili), dettato dagli artt. 822 segg. c.c. e dalle norme di diritto speciale, ove si prevede una disciplina peculiare tutta protesa alla cura dell'interesse pubblico (v. parte VI, cap. 3).

A fronte di tutte le limitazioni sin qui esposte, gli enti pubblici godono di **una serie di privilegi** derivanti dalla loro qualificazione pubblicistica, in quanto enti deputati alla cura di interessi pubblici.

In primo luogo, essi – come già accennato – hanno il potere di adottare unilateralmente atti che incidono negativamente nella sfera giuridica altrui. In particolare, gli enti pubblici **dispongono di poteri pubblici di supremazia nei rapporti con i terzi**, che si compendiano nell'**autarchia** e nell'**autotutela**.

La prima consiste nell'attribuzione della titolarità di pubblici poteri ad una persona giuridica diversa dallo Stato, con compiti o funzioni di interesse pubblico, mediante l'equiparazione degli atti da questa emanati a quelli dello Stato. Si parla, al riguardo, di enti pubblici autarchici, per distinguerli dagli enti pubblici economici (dotati unicamente di autonomia organizzativa), che si impegnano verso l'esterno in regime paritetico, con negozi di diritto privato.

L'**autotutela amministrativa**, invece, si sostanzia nella possibilità riconosciuta dalla legge alla P.A. di risolvere i conflitti potenziali o attuali nascenti dalla propria attività con i mezzi a sua disposizione e, segnatamente, annullando e revocando i provvedimenti illegittimi od inopportuni (artt. 21-*quinquies* e 21-*nonies*, L. n. 241/1990: v. parte IV, cap. 6), senza bisogno di ricorrere all'autorità giudiziaria.

Anche nell'ambito del diritto privato la P.A. gode di un potere di risolvere i conflitti con atti propri. Così, nel settore dei contratti pubblici, la legge consente di recedere o di risolvere il contratto in presenza di una ragione di interesse pubblico o di un grave inadempimento (artt. 108-109, D.Lgs. n. 50/2016). In materia di fermo amministrativo (art. 69, co. 6, R.D. 2440/1923), inoltre, l'Amministrazione, in deroga alle ordinarie regole sulla compensazione, può paralizzare i crediti altrui, facendo valere crediti che non siano certi, liquidi ed esigibili, ma soltanto potenziali ed in qualche misura suscettibili di contestazione. Da ultimo, nel campo della gestione dei beni pubblici demaniali, ex art. 823 c.c., la P.A. può esercitare l'autotutela possessoria, legittimandosi, in caso di occupazione abusiva di un bene pubblico, l'uso della forza pubblica ai fini della riacquisizione del possesso della *res* illecitamente occupata.

Gli enti pubblici si sottraggono, inoltre, alle ordinarie regole del fallimento; ciò, tuttavia, non vale per gli enti pubblici in forma societaria (v. § 5).

Sotto il profilo patrimoniale, poi, i beni demaniali ed indisponibili delle P.A. non sono suscettibili di esecuzione forzata, secondo le ordinarie regole del codice di procedura civile, né di espropriazione per pubblica utilità, salvi i casi eccezionali di cui al T.U. Espr. (art. 4, D.P.R. n. 327/2001).

La qualificazione pubblicistica di un soggetto, infine, incide anche sul riparto di giurisdizione, comportando l'assoggettamento del contenzioso

relativo ai provvedimenti dallo stesso adottati alla giurisdizione del giudice amministrativo: l'art. 103 Cost., invero, qualifica il giudice amministrativo come il giudice munito di "*giurisdizione per la tutela nei confronti della Pubblica Amministrazione degli interessi legittimi e, in particolari materie indicate dalla legge, anche dei diritti soggettivi*", con la conseguenza che, in assenza di un soggetto qualificato come pubblico, la giurisdizione non spetta al G.A. (v. cap. 4).

3. I criteri classici di distinzione degli enti pubblici da quelli privati

Chiarita l'importanza pratica che riveste l'individuazione degli enti pubblici, è ora possibile passare alla rassegna dei criteri elaborati da dottrina e giurisprudenza per distinguere detti enti dai soggetti *iure privatorum*.

In prima battuta, va osservato che l'**art. 4 della L. del parastato 20 marzo 1975, n. 70** stabilisce che "**nessun nuovo ente pubblico può essere costituito o riconosciuto se non per legge**". La norma svolge una funzione attuativa, in chiave rafforzativa, del precetto di cui all'art. 97 Cost., ove si statuisce che i pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge.

Dall'art. 4, dunque, si ricava che la nascita (come pure la modificazione e la soppressione) di un ente pubblico deve necessariamente poggiare su regole giuridiche fissate dal Legislatore. Del pari, richiede una decisione del Legislatore anche il conferimento di veste pubblicistica ad un ente privato preesistente.

Trattandosi di riserva relativa (e non assoluta) di legge, deve essere di origine legislativa la sola istituzione dell'ente, con determinazione delle sue attribuzioni e individuazione degli organi fondamentali, mentre l'attuazione di tali linee direttive potrà essere rimessa al potere esecutivo e statutario di autorganizzazione dell'ente medesimo.

La norma in esame, peraltro, se esclude la possibilità di attribuzione della personalità pubblicistica con atti amministrativi, **non elimina la possibilità di un riconoscimento legislativo non esplicito**, basato sulla previsione normativa degli elementi sintomatici della natura pubblica di un ente. In difetto di una qualificazione espressa, spetta, dunque, all'interprete individuare i criteri di identificazione della pubblicità dell'ente, che, per dottrina e giurisprudenza prevalenti (**Cass., S.U., ord. 8 settembre 2016, n. 17748; Cons. St., Sez. VI, 26 luglio 2016, n. 3387**), consistono:

- a) in un sistema di controlli pubblici, tanto meno intensi quanto maggiore sia l'autonomia dell'ente;
- b) nell'ingerenza dello Stato, o di altra P.A., nella nomina e revoca dei dirigenti nonché nell'amministrazione dell'ente;
- c) nella partecipazione dello Stato, o di altra P.A., alle spese di gestione;
- d) nel potere di direttiva dello Stato nei confronti degli organi, in relazione al conseguimento di determinati obiettivi;

- e) nel finanziamento pubblico istituzionale;
- f) nella costituzione dell'ente ad iniziativa pubblica.

Alcuni Autori hanno elaborato i seguenti ulteriori parametri distintivi:

- a) **criterio della creazione**: è pubblica la persona giuridica istituita direttamente dallo Stato;
- b) **criterio del fine pubblico**: è pubblica la persona giuridica che persegue fini pubblici;
- c) **criterio dei poteri pubblici**: è pubblico l'ente dotato di generici poteri pubblici (certificazione, statutario, disciplinare) connessi ad una speciale competenza;
- d) **criterio della supremazia**: è pubblico l'ente che gode di una posizione di supremazia rispetto ad altri soggetti (c.d. *imperium*), concretantesi nell'attribuzione di specifici poteri (normativo, tributario ecc.);
- e) **criterio della relazione organizzativa**: è pubblico l'ente avvinto allo Stato dal c.d. "*rapporto di servizio*".

In chiusura, va soggiunto che, a livello pratico, l'intervento legislativo contenuto nella L. n. 196/2009 e nel D.L. n. 78/2010, conv. nella L. n. 122/2010, ha certamente contribuito a chiarire alcuni dei confini di applicazione delle pubbliche amministrazioni. Ciò nondimeno, la mancata menzione di un singolo ente nell'elenco ISTAT non esonera dall'applicare e comparare in via ermeneutica i sopra delineati **elementi sintomatici** e i dati normativo-regolamentari, al fine di inquadrare con completezza la natura di un determinato soggetto in pubblico o privato (sui presupposti per la sussistenza di un ente pubblico: v. **Cons. Stato, Sez. VI, 26 luglio 2016, n. 3387**).

4. I limiti alla "**pubblicizzazione**" legislativa

Dottrina e giurisprudenza si sono a lungo interrogate sull'estensione dei poteri del Legislatore nell'istituzione di nuovi enti pubblici, **onde verificare la sussistenza di vincoli costituzionali che impediscano la qualificazione normativa di un soggetto come pubblico, ove esso conservi una matrice sostanzialmente privatistica.**

La questione concerne principalmente il caso in cui la legge qualifichi come pubblici enti già esistenti: va, infatti, chiarito se a questa operazione nominalistica debba necessariamente corrispondere una modifica in senso sostanziale della disciplina e delle regole di funzionamento dell'ente. Il problema si è posto per le **IPAB** (Istituzioni Pubbliche di Assistenza e Beneficenza), che le L. n. 259 e n. 6792 del 1890 hanno convertito e qualificato come enti pubblici, senza porre in essere alcuna modifica circa le regole di funzionamento, di organizzazione e, in generale, di attività.

Con sentenza del 7 aprile 1988, n. 396, la Corte Costituzionale ha delineato i confini della discrezionalità legislativa in materia, chiarendo che siffatte operazioni incontrano i **vincoli costituzionali in tema di organizzazione degli enti pubblici di cui agli artt. 3, 95 e 97 Cost.** La legge può, dunque,

qualificare come pubblici gli enti che abbiano natura pubblica sul piano sostanziale (dell'organizzazione, del funzionamento, dell'attività e delle finalità perseguite), ma non può attribuire un *nomen* pubblicistico a soggetti integralmente privatistici. Con particolare riferimento alle IPAB, ma con argomentazioni estensibili agli altri soggetti privati, la Corte ha osservato che, seppure astrattamente esse perseguano un fine di interesse generale, la creazione, il finanziamento e la gestione ad opera di soggetti privati depongono, invece, per la mancanza di un'ossatura pubblicistica che, sola, ne giustificerebbe la conversione pubblicistica.

In sostanza, la Consulta afferma che, mutata la realtà sociale considerata dalla c.d. "*Legge Crispi*", "*non possono ormai non essere assecondate le aspirazioni di quelle figure soggettive sorte nell'ambito dell'autonomia privata, di vedersi riconosciuta l'originaria natura. Questa esigenza è imposta dal principio pluralistico che ispira nel suo complesso la Costituzione repubblicana e che, nel campo dell'assistenza, è garantito, quanto alle iniziative private, dall'ultimo comma dell'art. 38, rispetto al quale è divenuto ormai incompatibile il monopolio pubblico delle istituzioni relative. Le considerazioni che precedono denotano, perciò, il contrasto con la norma costituzionale citata, dell'art. 1 della Legge del 1890, che invece continua ad esigere – pur essendo superata la situazione sociale e l'assetto delle strutture dello Stato che avevano ispirato la legge stessa – un sistema di pubblicizzazione generalizzato, esteso a tutte le iniziative originate dall'autonomia privata. Queste perciò ben potrebbero essere restituite all'ambito privato ove fosse constatata la presenza di requisiti propri di una persona giuridica privata*" (cfr. C. Cost. 27 giugno 2012, n. 161).

In applicazione del suesposto principio, la giurisprudenza successiva ha puntualizzato che la natura di tali organismi deve essere accertata dal giudice caso per caso, prescindendo dalle denominazioni assunte e considerando invece le concrete caratteristiche proprie delle istituzioni, alla luce dei criteri del DPCM 16 febbraio 1990, che delinea una procedura per il riconoscimento della personalità giuridica privata alle IPAB in ordine alle quali sia alternativamente accertato: a) il carattere associativo; b) il carattere di istituzione promossa ed amministrata da privati; c) l'ispirazione religiosa (TAR Lombardia, Brescia, Sez. I, 26 maggio 2017, n. 705; Cass., sez. I, 27 luglio 2015, n. 15679; Cass., S.U., 9 giugno 2014, n. 12923).

In definitiva, nelle operazioni qualificatorie il Legislatore è vincolato al rispetto di un **parametro di ragionevolezza**, secondo cui non è sufficiente un generico fine pubblico – perseguibile anche dalle imprese private – per qualificare un soggetto come ente pubblico, essendo, piuttosto, necessario l'assoggettamento ad un regime di natura pubblicistica, concernente l'organizzazione, il potere decisionale, il controllo ed il regime finanziario complessivamente intesi.

In particolare, una sicura connotazione privatistica è data dalla costituzione, *per iniziativa volontaria dei soci o promotori privati*, dall'elezione, da parte dei soci stessi, di almeno la metà dei componenti dell'organo collegiale deliberante, ovvero dall'esplicazione dell'attività dell'ente prevalentemente attraverso prestazioni volontarie o personali dei soci e con mezzi derivanti da atti di liberalità o da contributi dei soci.

5. Al confine tra il diritto privato ed il diritto pubblico: i c.d. enti pubblici in forma societaria

La figura degli enti pubblici in forma societaria ha, da sempre, suscitato un intenso dibattito dottrinale e giurisprudenziale, in considerazione della commistione della veste privatistica con lo svolgimento di attività pubblicistiche. Al fine di risolvere le numerose questioni problematiche sorte in materia, il Legislatore è intervenuto, da ultimo, con il **D. Lgs. 19 agosto 2016, n. 175** (integrato, poi, dal decreto correttivo **D. Lgs. 16 Giugno 2017, n. 100**), emanato in attuazione dell'art. 18 della L. n. 124/2015 (c.d. riforma Madia). Tanto premesso, occorre, tuttavia, procedere con una ricognizione dell'iter normativo che ha portato all'ingresso, nel nostro ordinamento, degli enti pubblici in forma societaria.

Le cosiddette leggi di “**privatizzazione formale**” (le più importanti sono la L. n. 359/1992 e la L. n. 474/1994), hanno trasformato alcuni enti pubblici preesistenti (enti pubblici economici o amministrazioni statali autonome) in società per azioni, tramite un *iter* scomponibile in due fasi: ad una prima fase, in cui si procedeva alla privatizzazione meramente formale in quanto lo Stato rimaneva formalmente titolare del pacchetto azionario, seguiva una seconda fase, di progressiva cessione delle azioni a privati, con conseguente dismissione, da parte dello Stato, del controllo sostanziale del soggetto privatizzato.

Deve, tuttavia, sottolinearsi che la fase di dismissione del controllo pubblico sull'ente si è di rado perfezionata compiutamente. Anche ove il passaggio alla **privatizzazione sostanziale** si è verificato, è stato, comunque, conservato un controllo pubblicistico, *sub specie* di riconoscimento di poteri speciali al socio pubblico, anche se di minoranza, mediante attribuzione all'azionista pubblico – e persino al soggetto pubblico non azionista – di un potere decisionale di veto sulle operazioni più significative e strategiche della società privatizzata (c.d. *golden share* o *action specific*).

Il massiccio ricorso alla privatizzazione, sia pur attenuata dalla *golden share* o dalla conservazione in capo allo Stato di una partecipazione azionaria, ha posto il problema, speculare a quello esaminato nel paragrafo precedente, di verificare se **la legge possa privatizzare forzatamente dei soggetti pubblici, senza modificarne la disciplina, le regole, i poteri e le modalità di azione, che, quindi, restano sostanzialmente pubblici.**

La questione, che attiene ai limiti ed alle conseguenze delle privatizzazioni meramente nominalistiche, abbraccia in modo più ampio la tematica della c.d. “**neutralità delle forme societarie**” (concernente, oltre agli enti pubblici nazionali privatizzati, anche le società locali miste deputate alla gestione dei servizi: v. parte VII, cap. 2).

Fino agli anni Settanta, la forma societaria era ritenuta incompatibile con la nozione di ente pubblico, che, per essere qualificato come tale, doveva possedere una veste ed una forma pubbliche.

Nella logica comunitaria, invece, indifferente alle forme e al *nomen* e più attenta agli aspetti sostanziali, economici e dei poteri conferiti, **un ente va considerato pubblico quando è titolare di un potere pubblico ed è sottoposto ad un controllo anch'esso pubblico, indipendentemente dalla circostanza che abbia una cornice formalmente privatistica.**

Trasponendo le coordinate comunitarie al tema che qui ci occupa, è chiaro che il problema, stante la *primauté* del diritto europeo, va risolto mediante la verifica di compatibilità dei nostri istituti con il diritto comunitario: pertanto, ove una società venga privatizzata solo nella forma, pur restando soggetta al controllo dallo Stato e funzionalizzata al fine pubblico, essa, a dispetto della formale procedura di privatizzazione, dovrà considerarsi un ente pubblico, con il conseguente assoggettamento alla relativa disciplina.

Sul piano applicativo, poi, si discute sui criteri da seguire per stabilire se in concreto **le singole società possano essere qualificate come enti pubblici.** Secondo alcuni Autori, sarebbe necessaria a tal fine una deviazione fortissima dalle regole societarie: non sarebbe, quindi, sufficiente la titolarità del controllo sociale da parte del socio pubblico, essendo necessario, altresì, un generale discostamento dalle regole che concernono il funzionamento della società, con attribuzione del **potere a soggetti pubblici esterni alla società.** Altra dottrina, invece, ritiene sufficiente che il socio pubblico controlli l'ente dall'interno, secondo le **ordinarie regole sociali**, rimanendo quindi la società stessa titolare di poteri pubblici e funzionalizzata ad interessi pubblici.

Esaminata l'evoluzione del quadro normativo in materia di enti pubblici societari, è opportuno, a questo punto, dare brevemente conto di alcuni aspetti dell'opera di razionalizzazione effettuata dal Legislatore con il già citato D. lgs. n. 175/2016, rinviando per gli altri alla Parte VII, Cap. 2. In particolare, è utile segnalare l'art. 2 del decreto in questione, e, nello specifico, le lettere l), m), n), o) e p) dello stesso. Le richiamate disposizioni forniscono, infatti, la definizione, rispettivamente, di "**società**", vale a dire "**gli organismi di cui ai titoli V e VI, capo I, del libro V del codice civile, anche aventi come oggetto sociale lo svolgimento di attività consortili, ai sensi dell'articolo 2615-ter del codice civile**"; di "**società a controllo pubblico**", intese come "**le società in cui una o più amministrazioni pubbliche esercitano poteri di controllo ai sensi della lettera b)**"; "**società a partecipazione pubblica**", che si identificano con "**le società a controllo pubblico, nonché le altre società partecipate direttamente da amministrazioni pubbliche o da società a controllo pubblico**"; "**società in house**", per la cui definizione ed esame della relativa disciplina si rinvia alla parte VII, cap. 2; infine, "**società quotate**" che sono "**le società a partecipazione pubblica che emettono azioni quotate in mercati regolamentati; le società che hanno emesso, alla data del 31 dicembre 2015, strumenti finanziari, diversi dalle azioni, quotati in mercati regolamentati**". Inoltre, l'art. 3 del decreto in esame precisa anche quali sono le tipologie di società in cui è ammessa la partecipazione pubblica: si tratta di

società per azioni e società a responsabilità limitata. È necessario, poi, rilevare che, nel rispetto della ratio posta a fondamento del testo unico in parola, vale a dire l'esigenza di limitare il ricorso allo strumento societario da parte di soggetti pubblici, l'art. 5 impone uno stringente obbligo di motivazione a sostegno dell'atto deliberativo di costituzione della società a partecipazione pubblica, o dell'acquisto di partecipazioni in società già costituite. In particolare, l'amministrazione dovrà mettere in rilievo *“la necessità della società per il perseguimento delle finalità istituzionali di cui all'articolo 4, evidenziando, altresì, le ragioni e le finalità che giustificano tale scelta, anche sul piano della convenienza economica e della sostenibilità finanziaria”*.

5.1. Le norme pubblicistiche applicabili agli enti pubblici societari: considerazioni generali e nuovi approdi normativi (D. Lgs. 175/2016)

A questo punto, è necessario domandarsi **se vi siano norme pubblicistiche in qualche misura incompatibili con gli enti pubblici societari**, i quali, rimanendo formalmente società, sono in ogni caso sottoposti anche alle relative regole codicistiche, ove non derogate.

La risposta al quesito va fornita avendo riguardo alle conseguenze disciplinatorie derivanti dalla qualificazione pubblica di un ente. Occorre, inoltre, tenere conto, in proposito, anche di quanto sancito dal citato D. Lgs. n. 175/2016.

In primo luogo, un **ente pubblico societario non può dettare regolamenti amministrativi di organizzazione**. Tali enti non sono, infatti, titolari del potere di adottare regolamenti o atti amministrativi generali, ma soltanto della capacità di organizzarsi con atti di diritto privato (lo statuto o il contratto sociale). Le scelte organizzative di fondo sono effettuate all'esterno con leggi o con atti adottati dai Ministeri vigilanti (per le società nazionali privatizzate) o dai Comuni istituenti (per le società locali).

L'impossibilità per tali soggetti di basarsi su regole organizzatorie pubblicistiche si riflette sul regime dei **rapporti di lavoro** intercorrenti con i dipendenti. A tali rapporti, infatti, non si applicheranno le norme, i procedimenti e le discipline che riguardano il rapporto di lavoro alle dipendenze delle P.A., come dimostrato dall'art. 1, co. 2, TUIPI (che elenca i soggetti tenuti al rispetto della normativa stessa), che non menziona le società per azioni (né gli enti pubblici economici) nel novero dei soggetti cui si applica il medesimo T.U.. Ne consegue che, in relazione al profilo giuslavoristico, non rileva la natura sostanzialmente pubblicistica della società, dovendosi invece aver riguardo alla veste societaria, formalmente privatistica, dell'ente-datore di lavoro.

Sul punto va, però, rilevato che, a conferma ulteriore della qualificazione in termini sostanzialmente pubblicistici di tali enti societari, l'**art. 18 del D.L. n. 112 del 25 giugno 2008, conv. dalla L. 6 agosto 2008, n. 133**, recante *“Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione Tributaria”*, ha stabilito che *“le società che gestiscono servizi pubblici*

locali a totale partecipazione pubblica adottano, con propri provvedimenti, criteri e modalità per il reclutamento del personale e per il conferimento degli incarichi nel rispetto dei principi di cui al comma 3 dell'art. 35 del D.Lgs. 30 marzo 2001, n. 165" (co. 1); "Le altre società a partecipazione pubblica totale o di controllo adottano, con propri provvedimenti, criteri e modalità per il reclutamento del personale e per il conferimento degli incarichi nel rispetto dei principi, anche di derivazione comunitaria, di trasparenza, pubblicità e imparzialità" (co. 2). Il terzo comma fa salve le sole società quotate sui mercati regolamentati. Il medesimo principio è sancito anche per le società affidatarie *in house* dei servizi pubblici locali dall'art. 3-bis, co. 6, D.L. n. 138/2011, introdotto dal D.L. n. 1/2012, conv. nella L. n. 27/2012, e modificato dall'art. 1, co. 559, lett. b, L. 27 dicembre 2013, n. 147. Allo stesso modo, con la norma di cui all'art. 7 del D.P.R. 168/2010, si è imposto alle società pubbliche di adottare con propri provvedimenti criteri e modalità per il reclutamento di personale e per il conferimento degli incarichi nel rispetto dei principi di cui all'art. 35 del T.U.P.I..

Tanto rilevato, è necessario osservare che il D. Lgs. n. 175/2016, all'art. 19, rubricato "Gestione del personale", stabilisce che: "Salvo quanto previsto dal presente decreto, ai rapporti di lavoro dei dipendenti delle società a controllo pubblico si applicano le disposizioni del capo I, titolo II, del libro V del codice civile, dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa, ivi incluse quelle in materia di ammortizzatori sociali, secondo quanto previsto dalla normativa vigente, e dai contratti collettivi". Inoltre, il comma 2 del citato articolo precisa anche che criteri e modalità di reclutamento del personale sono stabiliti, con propri provvedimenti, dalle società a controllo pubblico, nel rispetto di quanto sancito dall'art. 35, comma 3, TUPI. Tale ultima disposizione, inoltre, trova diretta applicazione in assenza dei suddetti provvedimenti.

Analogamente, neanche la **L. n. 241/1990 in tema di procedimento amministrativo** trova applicazione a questo tipo di società, a meno che l'attività societaria non si espliciti in poteri pubblici (quali le procedure di evidenza pubblica cui sono tenute le società pubbliche qualificabili come organismi di diritto pubblico: v. *infra*). L'applicabilità delle norme della L. n. 241 cit. limitatamente all'esercizio delle funzioni amministrative è confermata dall'art. 29 della medesima legge, pur se con una opinabile limitazione alle sole società con totale o prevalente capitale pubblico: in caso di esercizio di potere pubblico, invero, le regole di azione poste dalla legge sul procedimento dovrebbero applicarsi anche alle società con socio pubblico minoritario, nonché ai privati investiti di pubbliche funzioni (v. par. 11).

Ad opposte conclusioni deve, invece, giungersi in materia di **accesso ai documenti amministrativi**, per il quale l'art. 23 della L. n. 241/1990 prevede la trasparenza anche degli atti di soggetti privati deputati alla gestione dei servizi pubblici (v. parte IV, cap. I). Sul punto, la giurisprudenza ha chiarito che la veste societaria non è di per sé sufficiente ad escludere un soggetto dalla disciplina in materia ostensiva (**TAR Emilia Romagna, Bologna, Sez. I, 19 maggio 2017, n. 402**. V. anche la decisione dell'**Adunanza Plenaria, n. 13 del 28 giugno 2016**,

secondo cui “*La società Poste Italiane s.p.a. è soggetta alla disciplina, di cui agli artt. 22 ss., l. 7 agosto 1990, n. 241, con riferimento al pubblico servizio di cui è affidataria*”).

Sul versante delle limitazioni correlate alla libertà d'azione degli enti pubblici, certamente resta fermo il **controllo contabile della Corte dei conti** ex art. 100 Cost., in quanto ciò che rileva è il maneggio di denaro pubblico, che rende necessario il controllo della corretta gestione dei finanziamenti pubblici (Cass., S.U., 15 marzo 2017, n. 6820; Corte Conti reg. Lazio, sez. giurisd., 17 febbraio 2016, n. 70). Sul punto, è necessario segnalare anche l'art. 12 del D. Lgs. n. 175/2016, a mente del quale sussiste la giurisdizione del g.o. ove venga in rilievo la responsabilità dei componenti degli organi di amministrazione e di controllo, i quali sono soggetti alle azioni civili previste dal codice civile; si ravvisa, invece, la giurisdizione della Corte dei conti nelle ipotesi di danno erariale causato da amministratori e dipendenti di una società *in house* e, nei limiti della quota di partecipazione pubblica, per le controversie in materia di danno erariale (v. anche Cass., S.U., 13 novembre 2015, n. 23306. Si v., inoltre, **Cass., S.U., 15 maggio 2017, n. 11983** sul danno da *mala gestio* dell'amministratore unico di una società partecipata e relativa giurisdizione del g.o.).

In relazione al potere di **controllo del Governo**, *sub specie* di **annullamento straordinario**, questo potrà essere esercitato solo se, nonostante la privatizzazione, i soggetti in esame rimangano titolari di poteri pubblicistici che si sostanzino nell'emanazione di provvedimenti amministrativi incidenti su interessi nazionali nevralgici. Inoltre, come già detto, la normativa specifica sugli appalti, che qualifica i soggetti in esame quali **organismi di diritto pubblico**, unitamente alla definizione comunitaria tesa a snidare la pubblicità reale di soggetti formalmente privati ma sostanzialmente controllati dalla P.A., impongono che le società pubbliche siano assoggettate alle regole di tutela della concorrenza e di svolgimento di procedure ad evidenza pubblica.

Infine, una ulteriore questione da considerare riguarda l'applicabilità delle procedure concorsuali agli enti pubblici in forma societaria. In linea generale, la disciplina del R.D. n. 267 del 1942 esclude dall'ambito applicativo delle norme in materia di fallimento e concordato preventivo gli enti pubblici, anche se esercitino un'attività commerciale. Tuttavia, l'art. 14 del D. Lgs. 175/2016 ha sancito il principio della fallibilità delle società a partecipazione pubblica (v. sul punto e, in particolare, sul fallimento della società *in house* Parte VII, Cap. 2).

5.2. *Questioni connesse di giurisdizione: l'art. 7, co. 2, del Codice del processo amministrativo*

Alla luce della doppia anima di questi soggetti, pubblicistica per funzione e poteri, e privatistica quanto all'organizzazione, occorre domandarsi **quale sia il contenzioso devoluto al G.A. e quale, viceversa, quello radicato in capo al G.O.**