

Gara

L'Alitalia resta dietro al velo di Maya

CONSIGLIO DI STATO, sez. IV, 31 marzo 2008, n. 1362 - Pres. Trotta - Est. Greco - AP Holding s.p.a. c. Presidenza del Consiglio dei ministri e Ministero dell'economia e delle finanze - Alitalia s.p.a. - Air France - KLM ed altri

La normativa in materia di dismissione di partecipazioni pubbliche non è applicabile a una trattativa puramente privatistica condotta non dal Governo, ma dalla società della cui partecipazione si tratta.

Diritto

1. In ordine logico, appare prioritario l'esame della questione inerente alla sussistenza o meno, nella specie, della giurisdizione del giudice amministrativo: questione solo incidentalmente affrontata dal giudice di prime cure, e qui riproposta dall'appellata Air France - KLM, che trae argomento anche dalle affermazioni contenute nella stessa sentenza impugnata in ordine alla natura eminentemente privatistica e paritetica che caratterizzerebbe la trattativa che attualmente impegna Alitalia s.p.a. e la stessa Air France - KLM, in contrapposizione alla precedente procedura competitiva promossa dal Ministero dell'economia e delle finanze.

La questione, invero, postula necessariamente la risoluzione del problema - centrale nella presente controversia - di quale sia la natura giuridica della trattativa predetta, e quindi degli atti, anche di promanazione governativa, impugnati da AP Holding s.p.a.

1.1. Al riguardo, può anticiparsi sin d'ora che il Collegio condivide, nelle sue linee essenziali, l'impostazione della sentenza impugnata in ordine al diverso atteggiarsi delle due «fasi» sopra indicate: la prima, a carattere pubblicistico, tesa alla dismissione della quota di capitale di Alitalia s.p.a. detenuta dal Ministero dell'economia e delle finanze, e condotta mediante procedura competitiva; la seconda, gestita da Alitalia s.p.a. attraverso gli organi sociali d'intesa con i propri *advisors* e avente a oggetto la ricerca, in una logica imprenditoriale, di soggetti con i quali avviare operazioni di integrazione e *partnership* industriale, ai fini del rilancio e del risanamento dell'azienda.

Giova, in particolare, precisare che le due «fasi» testé indicate si situano all'interno di un più ampio e risalente percorso volto a superare la situazione di grave crisi in cui Alitalia s.p.a. versa almeno dal 2006 (se non da epoca anche anteriore); tale percorso, sulla scorta della documentazione versata in atti, può così sinteticamente ricostruirsi:

I) già nel settembre del 2006, in sede di approvazione

dell'aggiornamento del piano industriale per il biennio 2006-2007, veniva reso noto l'intento dell'azienda di realizzare intese con altri vettori (intento che, quindi, è addirittura antecedente lo stesso tentativo di collocare sul mercato la partecipazione pubblica in Alitalia);

II) a seguito di deliberazione del Consiglio dei Ministri del 1° dicembre 2006, veniva pubblicato l'invito a manifestare interesse all'acquisto di una quota non inferiore al 30 % del capitale di Alitalia s.p.a. e di nr. 1.207.147.404 obbligazioni convertibili del prestito «Alitalia 7,5 % 2002-2010 convertibile», dando inizio alla procedura competitiva tesa alla dismissione dell'indicata partecipazione pubblica;

III) quest'ultima si concludeva, dopo aver visto in una prima fase la partecipazione di numerosi soggetti dichiaratisi interessati, con l'indisponibilità manifestata da AP Holding s.p.a. - ultimo concorrente rimasto in gioco - a sottoscrivere il contratto definitivo di acquisto trasmessogli in bozza dall'Amministrazione (in particolare, a causa della ritenuta eccessiva brevità del termine ivi previsto per la sottoscrizione degli accordi con le associazioni sindacali);

IV) a seguito di ciò, con comunicato del 31 luglio 2007, il Consiglio dei Ministri confermava l'intento di cedere il controllo di Alitalia s.p.a. e, tuttavia, nel prendere atto dell'esito infruttuoso della procedura selettiva, rimetteva ogni ulteriore determinazione agli organi direttivi della società, auspicando che si procedesse a individuare soggetti disponibili ad acquisire il controllo della stessa nonché a promuoverne il risanamento;

V) successivamente, il consiglio di amministrazione di Alitalia s.p.a. deliberava il Piano Industriale 2008 - 2010, definito anche «piano di sopravvivenza/transizione» (deliberazioni del 30 agosto e del 7 settembre 2007);

VI) contestualmente era avviata, d'intesa con gli *advisors* della compagnia, l'attività tesa all'individuazione di potenziali investitori, al fine di valutarne gli eventuali progetti industriali e di verificarne la compatibilità con gli obiettivi di risanamento e rilancio dell'azienda (atti-

vità sfociata, poi, nella trattativa in esclusiva con Air France - KLM che forma oggetto del presente contenzioso).

Se tale è stato l'iter cronologico, può convenirsi con il giudizio del TAR del Lazio, che ha ritenuto le attività da ultimo richiamate *sub VI*) ontologicamente diverse dalla procedura competitiva descritta, invece, ai punti II) e III); non solo e non tanto per la diversità dei soggetti «attori» (l'Autorità pubblica nella prima «fase», Alitalia s.p.a. *jure privatorum* nella seconda), ma per la diversità di oggetto delle due procedure: la prima limitata alla cessione del capitale pubblico di Alitalia s.p.a., e quindi soggetta alle disposizioni in materia di dismissioni delle partecipazioni pubbliche ex D.L. 31 maggio 1994, n. 332, convertito nella L. 30 luglio 1994, n. 474, la seconda estesa a un piano di risanamento dell'azienda nel suo complesso, con la conseguente cessione totale del suo controllo, e come tale governata unicamente da norme e principi civilistici.

1.2. Parte appellante contesta la ricostruzione appena proposta, evidenziando come la cessione totale di Alitalia s.p.a. non potrà non comportare anche la dismissione della partecipazione detenuta dal Ministero dell'economia e delle finanze, di tal che il considerare la trattativa in atto come di mera rilevanza privatistica non sarebbe altro che una *fictio*, una «dissimulazione» tesa a coprire un'operazione di cessione (anche) di capitale pubblico condotta in sostanziale aggiramento dei principi di trasparenza e *par condicio* cui dovrebbe in ogni caso sottostare (prova di ciò si ritiene di rinvenire proprio negli atti di promanazione governativa oggetto di impugnazione, sollecitati dalla stessa Air France - KLM).

Per converso, dalla medesima ricostruzione la controinteressata Air France - KLM trae conseguenze del tutto opposte, evidenziando la carenza di contenuti pubblicistici negli atti testé indicati e, pertanto, l'insussistenza della giurisdizione del giudice adito.

Questo Collegio non intende eludere la delicata questione connessa alla profonda compenetrazione di rilevanti interessi pubblici con la trattativa Alitalia s.p.a./Air France - KLM, pur nella connotazione privatistica e paritetica che - come detto - la caratterizza: tale peculiare compenetrazione è evidente fin dappprincipio, allorché il Consiglio dei Ministri, nella già citata comunicazione del 31 luglio 2007, pur rimettendosi integralmente all'azione sul mercato della nuova direzione di Alitalia, nel contempo si riservò espressamente le proprie valutazioni in ordine alle «modalità tecniche di cessione del controllo» che sarebbero state in concreto proposte. Sul punto, il giudice di prime cure ha ritenuto sussistente la giurisdizione del giudice amministrativo proprio in ragione di questo profondo intreccio tra l'interesse aziendale al risanamento che guidava l'azione di Alitalia s.p.a. nella ricerca di un *partner* e le esigenze di carattere pubblicistico che in ogni caso andavano salvaguardate, stante il ruolo primario svolto dalla compagnia nell'espletamento di un servizio essenziale di pubblica utilità: in par-

ticolare, si legge nella sentenza appellata che le decisioni del 28 dicembre 2007, con cui era comunicato il «parere favorevole» del Consiglio dei Ministri e del Ministero dell'economia e delle finanze alla trattativa in esclusiva con Air France - KLM, pur non avendo - né potendo avere - carattere di impegno vincolante a una futura cessione, sono innegabilmente connotate da «forte orientamento al pubblico interesse», proprio nella misura in cui concretizzano quell'intervento in funzione di controllo circa la salvaguardia di fondamentali esigenze pubblicistiche, che il Governo si era espressamente riservato.

Insomma, comunicando il proprio orientamento favorevole alla trattativa in questione, il Governo esprimeva un primo giudizio sulla compatibilità del piano industriale prospettato da Air France - KLM con i relevantissimi interessi pubblici che esso Governo era chiamato a tutelare anche in vista della successiva procedura di dismissione, scongiurando il rischio che una lunga e complessa contrattazione potesse poi, alla fine, rivelarsi inidonea a sfociare in un accordo praticabile, con la conseguente sostanziale certezza - dato il tempo inutilmente impiegato in tale contrattazione - di rendere irreversibile la crisi di Alitalia s.p.a. (un rischio, invero, che la stessa Air France - KLM si era rappresentata, al punto da sollecitare essa stessa il parere «preventivo» dell'azionista pubblico).

Non appare pertanto contraddittorio, rispetto a quanto fin qui affermato in ordine alla natura giuridica della trattativa *de qua*, ribadire il carattere amministrativo e autoritativo dei provvedimenti impugnati, con conseguente radicamento della giurisdizione del giudice amministrativo.

2. Venendo al merito delle censure svolte dall'appellante, gli argomenti fin qui sviluppati inducono il Collegio a concludere nel senso di una loro integrale infondatezza.

2.1. Ed invero, se non appare contestabile la ricostruzione del quadro normativo di riferimento proposta da parte appellante, non sono invece condivisibili in punto di fatto le conclusioni cui essa perviene in ordine sia alla illegittimità che alla attuale lesività degli atti impugnati. Infatti, non è revocabile in dubbio che il D.P.C.M. 3 febbraio 2005, specificamente dedicato alla disciplina delle procedure di dismissione della partecipazione pubblica in Alitalia s.p.a., va letto nella «cornice» dei principi generali rivenienti dalla già citata L. n. 474 del 1994 - che il predetto decreto, oltre tutto, richiama in premessa -, con la conseguente necessità che le procedure di dismissione, quali che siano in concreto, rispettino le prescrizioni generali di non discriminazione, trasparenza e concorrenzialità (in tal senso dovendo concordarsi col giudice di primo grado sulla infondatezza della doglianza, ancorché proposta in via subordinata, di illegittimità del citato D.P.C.M.).

Tuttavia, per un verso tale normativa - come evidenziato nella sentenza impugnata - non è applicabile a una trattativa puramente privatistica, e per altro verso, con

riguardo alle operazioni specificamente prodromiche alla cessione della partecipazione pubblica in Alitalia nonché a quelli che ne sarebbero stati gli sviluppi successivi, va escluso che i principi sopra indicati siano stati in fatto violati.

2.2. Vale la pena di approfondire il secondo dei profili da ultimo richiamati (mentre quanto al primo possono richiamarsi le ampie considerazioni che si sono svolte, in condivisione della sentenza impugnata, in ordine alla natura giuridica della seconda «fase»).

Infatti, parte appellante si duole del periodo di trattativa in esclusiva che Alitalia s.p.a., con l'avallo dell'Autorità governativa, avrebbe riconosciuto ad Air France - KLM, sottolineandone gli effetti sperequativi e discriminatori anche in vista della eventuale e successiva presentazione di un'offerta pubblica di acquisto o di scambio finalizzata all'acquisto della partecipazione pubblica, ai sensi del più volte citato D.P.C.M. 3 febbraio 2005.

Tuttavia, siffatte doglianze pretermettono una serie di dati fattuali estremamente significativi, che è dato invece evincere dalle deduzioni di controparte e dalla documentazione in atti, e alla luce dei quali può escludersi con tranquillante certezza che vi siano stati, o possano esservi in futuro, i paventati effetti discriminatori.

Si vuole sottolineare, insomma, che anche la seconda delle due «fasi» più volte individuate, pur non dovendo per sua natura sottostare necessariamente alle disposizioni della L. n. 474 del 1994, si è caratterizzata, nella misura in cui è destinata a sfociare (anche) nella dismissione della partecipazione pubblica, per assoluto rispetto dei principi generali di trasparenza, concorrenzialità e parità di trattamento tra gli operatori interessati.

In questo senso, appare tutt'altro che inconferente - contrariamente all'assunto di parte appellante - il rilievo contenuto nella sentenza di primo grado secondo cui anche la cosiddetta «fase privatistica», per le modalità con cui si è svolta in concreto, è stata pienamente rispettosa dei principi di correttezza e buona fede che informano i rapporti interprivati.

2.3. Sul punto può osservarsi in primo luogo, come evidenziato da Alitalia s.p.a., che al principio della fase *de qua* l'appellante AP Holding s.p.a. non poteva dirsi posta in condizione di svantaggio rispetto ad altri soggetti potenzialmente interessati alla trattativa, potendo anzi a buon diritto ritenersi che - all'opposto - essa godesse già in partenza di un *surplus* di informazioni, avendo partecipato (al contrario di altri, e segnatamente di Air France - KLM) alla procedura competitiva tenutasi in precedenza, e pertanto avendo avuto accesso a una gran quantità di dati e documenti relativi alla situazione patrimoniale ed alle esigenze industriali di Alitalia: e, anzi, tale patrimonio di pregresse conoscenze era tanto più profondo e utile in quanto AP Holding - come detto - era giunta a un passo dalla sottoscrizione del contratto definitivo di acquisto con il Ministero dell'economia e delle finanze (rinunciandovi, poi, per le ragioni sopra richiamate).

Pertanto, se anche potrebbe essere avventato assumere che *ab initio* AP Holding si trovasse addirittura in posizione di vantaggio rispetto ad altri potenziali aspiranti acquirenti, non è però inverosimile affermare che le informazioni acquisite potevano renderle quanto meno più agevole e rapida la predisposizione di nuove offerte. Ma, quel che più conta, anche le successive attività di «sondaggio» del mercato, di ricerca di possibili interlocutori e di stimolo alla presentazione di offerte risultano condotte da Alitalia s.p.a. in maniera per nulla anticoncorrenziale o discriminatoria; dette attività, infatti, risultano *per tabulas* essersi snodate attraverso le seguenti tappe:

I) inizialmente, vi è stata una serie di contatti preliminari e informali (anche a mezzo telefono) con ben 28 operatori, ivi compresi tutti quelli che avevano partecipato alla precedente procedura selettiva;

II) di questi, solo 7 si sono detti interessati ad approfondire i contatti con Alitalia; il numero si riduceva poi a tre (fra cui AP Holding e Air France - KLM), essendo risultati gli altri privi delle necessarie garanzie di affidabilità;

III) a questo punto, Alitalia s.p.a., con l'ausilio degli *advisors*, poneva in essere le condizioni idonee a consentire ai tre soggetti rimasti di formulare offerte non vincolanti, predisponendo una *Data Room* informatica cui gli interessati potevano accedere (ma ad essi venivano inviate, in seguito, anche tutte le ulteriori informazioni eventualmente richieste) e quindi inviando loro un documento («*term sheet*») contenente la specifica indicazione degli elementi da considerare nella formulazione dell'offerta non vincolante: è appena il caso di assumere che le informazioni così fornite in maniera paritaria ai tre operatori interessati non concernevano il semplice acquisto della partecipazione pubblica, ma dovevano servire alla predisposizione di un piano industriale su cui avviare la successiva trattativa;

IV) nel suddetto «*term sheet*» era precisato, altresì: a) che la successiva integrazione industriale sarebbe avvenuta mediante offerta pubblica di acquisto o di scambio rivolta a tutti gli azionisti di Alitalia s.p.a.; b) che, esaurita la fase delle proposte non vincolanti con l'individuazione di quella ritenuta più adeguata, si sarebbe sviluppato con l'operatore così individuato un periodo di trattativa in esclusiva, la cui durata era rimessa all'indicazione dell'operatore stesso;

V) tutti e tre gli operatori interessati presentavano una proposta non vincolante (AP Holding, in particolare, dopo aver chiesto e ottenuto una proroga del termine di scadenza originariamente fissato);

VI) nella seduta del 21 dicembre 2007, il consiglio di amministrazione di Alitalia esaminava le tre offerte pervenute, esprimendo - per quanto qui interessa - «apprezzamento negativo» per quella dell'odierna appellante, ritenuta non adeguata agli obiettivi di risanamento e rilancio che ci si proponeva, e individuando invece come «appropriata» quella di Air France - KLM;

VII) si apriva così la fase di trattativa in esclusiva con l'operatore così individuato, della durata di due mesi. È appena il caso di sottolineare che, fino a questo momento, nessuna sperequazione informativa era stata posta in essere da Alitalia s.p.a. a vantaggio o a danno di alcuno dei potenziali interessati, e che l'odierna appellante non risulta aver eccepito alcunché in ordine al giudizio di inadeguatezza espresso in ordine al piano industriale che aveva proposto (né - può aggiungersi - censure al riguardo risultano formulate nel presente giudizio, laddove ci si duole soltanto di irregolarità procedurali).

2.4. A quanto fin qui osservato può aggiungersi, con riguardo alla successiva fase della eventuale presentazione di offerta pubblica da parte di Air France - KLM (a tutt'oggi ancora da svolgersi), che anche questa si svolgerà in modo da garantire la piena concorrenza sul mercato, consentendo a tutti gli operatori potenzialmente interessati (ivi compresa l'odierna appellante), una volta reso noto il documento informativo con l'indicazione dettagliata dei termini dell'offerta pubblica *de qua* ai sensi della vigente normativa in materia, di presentare controfferte meritevoli di considerazione.

Anche per queste ragioni, nella sentenza impugnata, si evidenzia la mancanza di lesività attuale degli atti impugnati, stante la ricordata mancanza, allo stato, di qualsivoglia impegno vincolante da parte dell'Amministrazione.

2.5. Resta da approfondire tuttavia, al di là di quanto fin qui rilevato, la questione della legittimità in sé del periodo di ben due mesi di trattativa riservata di cui Air France - KLM avrebbe, a dire dell'appellante, indebitamente beneficiato: ciò in quanto - sempre ad avviso di AP Holding - sarebbe proprio in tale periodo che si sarebbe consolidata a favore della stessa Air France - KLM una posizione di vantaggio tale, in forza della «asimmetria informativa» venutasi a creare rispetto a qualsiasi altro operatore, da rendere di fatto impossibile che chiunque altro possa formulare offerte competitive.

Orbene, il Collegio reputa che la circostanza testé richiamata non sia tale da autorizzare l'ipotesi, paventata da parte appellante, di un surrettizio aggiramento dei più volte citati principi di trasparenza e concorrenza in vista della successiva dismissione della partecipazione pubblica in Alitalia; ciò non solo in considerazione dei dati di fatto sopra ricordati, ma anche tenuto conto proprio di quelle ineludibili esigenze di salvaguardia degli interessi pubblici che, come si è detto, nella specie sono strettamente intrecciati agli interessi di natura privatistica, connessi alle necessità di risanamento e rilancio dell'azienda, che Alitalia s.p.a. ha perseguito.

Tali esigenze, invero, non potevano non comportare un'attenta e puntuale verifica dell'adeguatezza del piano industriale proposto - perché questo, e non altri, è l'oggetto della contestata trattativa -, quale che fosse l'operatore da cui questo proveniva; una verifica, quest'ulti-

ma, che non avrebbe potuto prescindere da una fase di contraddittorio diretto tra società e potenziale acquirente.

Del resto, non sono ignoti al nostro ordinamento meccanismi tramite i quali, laddove vi sia necessità di individuare un'offerta da assumere a parametro di base per il successivo svolgimento di una procedura selettiva, tale offerta, una volta prescelta, sia oggetto di modifiche e adeguamenti in contraddittorio tra offerente e Amministrazione, al fine di renderla pienamente aderente alle esigenze di quest'ultima: il richiamo immediato - ferme restando le diverse peculiarità della fattispecie, trattandosi in questo caso di vera e propria procedura di evidenza pubblica - è alla normativa in materia di *project financing*, e in particolare alla peculiare disciplina che connota la fase della scelta del promotore, laddove, pur nell'ambito di un *iter* proceduralizzato (al punto che esso, secondo la prevalente giurisprudenza, fa tutt'uno con la successiva fase della gara vera e propria, malgrado la forte discrezionalità che ne caratterizza le valutazioni), è lo stesso legislatore a riconoscere che alla proposta individuata come la più conveniente possano essere apportate, d'intesa con la p.a., modifiche e correzioni che non ne stravolgano l'impianto di base (art. 154 D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163).

Insomma, poiché nella specie il problema era di individuare, prima della formulazione di un'offerta pubblica, un piano industriale che fosse il più possibile funzionale agli obiettivi di risanamento e rilancio di Alitalia s.p.a., a questo serviva la previsione di un periodo di trattativa in esclusiva con l'offerente che sarebbe stato individuato (e di ciò la stessa AP Holding si sarebbe avvalsa, se la sua proposta non fosse stata giudicata inadeguata già nella fase di valutazione delle offerte non vincolanti); né sembra possa affermarsi, tenuto conto di quanto osservato in ordine alla piena trasparenza e parità informativa che ha informato le fasi precedenti, e che per legge avrebbe necessariamente connotato anche quelle successive alla formale presentazione di un'offerta pubblica vincolante, che tale periodo possa *ex se* aver alterato l'assetto pienamente concorrenziale in cui si è svolta l'intera procedura per cui è causa.

3. I rilievi fin qui svolti danno integrale conto dell'infondatezza di tutte le censure articolate dall'appellante. Ad essi, tuttavia, può aggiungersi *ad abundantiam*, con riguardo alle doglianze di cui si è lamentata l'obliterazione in primo grado:

- che non costituisce affatto motivo di illegittimità, come è ormai facilmente comprensibile alla luce della loro profonda diversità ontologica, la soluzione di continuità esistente tra le due «fasi» più volte citate (quella del tentativo di dismissione della partecipazione pubblica in Alitalia s.p.a. e quella della ricerca di un operatore con cui realizzare obiettivi di integrazione industriale);
- che l'esistenza di interessi commerciali comuni tra i due soggetti attori della trattativa, al di là del carattere suggestivo del rilievo, non aggiunge e non sottrae nulla

alla validità e alla correttezza della trattativa medesima, per le ragioni sopra evidenziate.

5. È appena il caso di aggiungere che, delle numerose doglianze esaminate nel presente giudizio, nessuna investe neanche direttamente la questione del ridimensionamento del traffico aereo di Alitalia sullo scalo di Malpensa: decisione, quest'ultima, risalente al «piano industriale di sopravvivenza/transizione» approvato dal consiglio di amministrazione il 7 settembre 2007, e quindi ben anteriore all'individuazione di Air France - KLM quale possibile interlocutore e da essa del tutto autonoma, siccome dettata dalla constatazione delle gravissime perdite economiche causalmente riconducibili soprattutto a tale operatività.

Tanto si precisa non già per mettere in discussione i ri-

levanti interessi economici e territoriali che hanno determinato la presenza in giudizio della Regione Lombardia e della Provincia di Varese (sulla cui ammissibilità ci si riporta a quanto affermato nella sentenza impugnata), ma al fine di sgombrare il campo da suggestioni rinvenibili anche negli scritti difensivi delle due Amministrazioni da ultimo citate, oltre che - e più diffusamente - nella «vulgata» mediatica relativa alla vicenda che occupa (talora influenzata, forse, anche dall'odierna congiuntura elettorale), in forza delle quali si ascrivono pressoché esclusivamente al progetto industriale di Air France - KLM sia la suddetta decisione «strategica» relativa allo scalo di Malpensa, sia soprattutto le sue prevedibili ricadute sull'economia e sui livelli occupazionali delle zone a detto scalo interessate. *Omissis.*

IL COMMENTO

di Roberto Caranta

Il Consiglio di Stato afferma la legittimità delle trattative condotte al di fuori di una procedura di evidenza pubblica tra Alitalia ed Air France - KLM in vista della dismissione del capitale pubblico nella compagnia di bandiera, peraltro naufragata nel dopo elezioni. La decisione lascia perplessi per un certo formalismo che impedisce al giudice amministrativo di attingere alla realtà dell'operazione in corso, creando un'area di sostanziale insindacabilità giurisdizionale rispetto ad operazioni di dubbia legittimità.

Il velo di Maya, il corporate veil e i giuristi

Secondo una tradizione filosofica indiana divulgata in Occidente da Arthur Schopenhauer, il velo di Maya è lo schermo metafisico ed illusorio che impedisce la conoscenza della realtà e la liberazione spirituale, vincolando l'uomo al continuo ciclo delle morti e delle rinascite.

Il giurista è professionalmente un essere piuttosto consapevole, spregiudicato e talvolta cinico, e il riferimento al velo non pare possa riferirsi a mancata conoscenza della realtà. Il velo non esiste malgrado il giurista, ma è da questi creato. La rappresentazione distorta, o falsa, della realtà è intenzionale. La finzione è uno degli strumenti del giurista (1). Strumento poliedrico, che tra l'altro si esprime nella creazione di entità fittizie, come lo Stato, le società per azioni, le persone giuridiche in genere (2).

Il giurista, almeno quello consapevole, mantiene però il controllo delle proprie creature, sa quando andare oltre la finzione per attingere alla realtà. Tornando al velo, la letteratura anglosassone analizza approfonditamente la questione della misura in cui sia possibile - perché in talune circostanze la casistica ha stabilito che

è possibile - andare al di là del velo che distingue le società, in particolare di capitali, dai loro soci, ad esempio per chiamare i soci a rispondere delle obbligazioni sociali. La metafora del velo si coniuga allora con quella dello strappo, bella e un po' pruriginosa, le corti essendo pronte, quando giustizia lo richieda, to pierce the veil of corporate entities (3).

Il diritto amministrativo continentale, e quello italiano in particolare, ha un suo velo tutto speciale, costituito dalla distinzione tra diritto pubblico e diritto privato. In nome dell'efficienza, ma spesso per sfuggire a rigorose regole pubblicistiche in materia di controlli, di appalti pubblici e di assunzioni, tanto per ricordare solo gli aspetti più rilevanti, si è assistito negli ultimi decenni ad un imponente processo di privatizzazione, a volte sostanziale, altre volte semplicemente formale (4).

Nel secondo caso, tuttavia, la giurisprudenza, costituzionale come amministrativa, è stata normalmente piuttosto attenta a vigilare perché la pretesa trasformazione

Note:

(1) Per tutti R. Guastini, voce *Finzione*, in *Digesto IV, Disc. Priv., Mat. Civ.*, vol. VIII, Torino, 1992, 354.

(2) Ancora R. Guastini, voce *Finzione*, cit., 355.

(3) Resta fondamentale l'analisi di R.B. Thompson, *Piercing the Corporate Veil: An Empirical Study*, in *Cornell Law Rev.*, vol. 76, 1991, 1036; sin dall'inizio della trattazione l'Autore ci informa che «Piercing the corporate veil is the most litigated issue in corporate law».

(4) La letteratura è notoriamente vasta, anche se ormai ha passato i suoi anni migliori: per tutti S. Cassese, *Le privatizzazioni in Italia*, in *Riv. Dir. Pubbl.*, 1988, 32; M. Clarich, *Privatizzazioni e trasformazioni in atto nell'amministrazione italiana*, in *Dir. Amm.*, 1995, 519; Id., voce *Privatizzazioni*, in *Digesto IV, Disc. Pubbl.*, vol. XI, Torino, 1996, 568; R. Garofoli, *Le privatizzazioni degli enti dell'economia*, Milano, 1998.

non si traducesse in semplice elusione di norme di garanzia (5).

In questo quadro merita di essere valutata la sentenza annotata.

La dismissione di partecipazioni pubbliche

La vicenda sulla quale si innesta la decisione annotata è descritta per punti nella parte in diritto della sentenza stessa. In sostanza, non essendo il precedente Governo riuscito a trovare acquirenti per la quota di partecipazione pubblica nell'Alitalia, rimetteva la patata bollente al consiglio di amministrazione della compagnia di bandiera. Questo decideva di trattare esclusivamente con Air France - KLM la formulazione di un piano di risanamento, che riceveva la benedizione del Consiglio dei ministri.

Insorgeva un'altra compagnia aerea potenzialmente interessata all'acquisto, la quale vedeva il suo ricorso respinto dal TAR Lazio, secondo il quale la prima fase delle trattative, avente ad oggetto la cessione del capitale pubblico di Alitalia, sarebbe stata soggetta alle disposizioni in materia di dismissioni delle partecipazioni pubbliche ex D.L. 31 maggio 1994, n. 332, convertito nella L. 30 luglio 1994, n. 474, mentre la seconda fase, oggetto del ricorso, in quanto estesa ad un piano di risanamento dell'azienda nel suo complesso, con la conseguente cessione totale del suo controllo, sarebbe stata governata unicamente da norme e principi civilistici (e non, quindi, da quelli pubblicistici di trasparenza e non discriminazione) (6).

In ogni caso, sempre secondo il giudice di prime cure, non solo il Governo non avrebbe ancora manifestato la propria definitiva volontà di cedere le partecipazioni detenute, ma i principi di rilievo pubblicistico, il cui rispetto è imposto anche dalla normativa comunitaria, sarebbero comunque rispettati nell'ulteriore fase dell'effettiva cessione del capitale, destinata a realizzarsi - se tutto il meccanismo non fosse stato bruscamente interrotto - attraverso un acquisto attraverso canali borsistici dell'intero capitale Alitalia (7).

Il Consiglio di Stato conferma la distinzione tra le due fasi, preoccupandosi soprattutto di rigettare le argomentazioni delle parti resistenti secondo le quali, se fosse vero che non sono stati esercitati poteri pubblicistici, allora difetterebbe in radice la giurisdizione del giudice amministrativo. La motivazione, dovendo veicolare una decisione che sfida la logica, è forse inevitabilmente un po' pasticciata. Il Consiglio di Stato fa leva su un'asserita compenetrazione tra interessi pubblicistici e privatistici che non può che essere in contraddizione con l'asserita nettezza della distinzione tra le due fasi, pubblicistica e privatistica, ed arriva ad affermare che sarebbero stati adottati provvedimenti a «carattere amministrativo e autoritativo», eppure non censurabili secondo regole pubblicistiche!

Dal punto di vista concettuale, è evidente la tensione tra un'anima ancora legata alle aspirazioni egemoni-

che della giurisdizione amministrativa espresse in una famosa ordinanza di qualche anno fa (8) e la necessità di prestare ossequio a più prudenti indicazioni desumibili dalla successiva giurisprudenza della Corte costituzionale (9).

La par condicio tra potenziali acquirenti

Forse proprio per questo più diffusa, ma da ritenersi sospetta in quanto *excusatio non petita*, è la motivazione della sentenza annotata in punto preteso rispetto dei principi di trasparenza e non discriminazione. In effetti, se questi principi non si applicano alla fattispecie, non si vede perché tanto sforzo nel dimostrare che comunque siano stati rispettati da parte di un giudice le cui sentenze non sono impugnabili per *errores in iudicando*.

Il Consiglio di Stato esattamente rileva come, fino ad un certo punto, anche la seconda fase - quella privatistica - sia stata caratterizzata dal rispetto di una assolu-

Note:

(5) Ampia analisi in G. Napolitano *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003; cfr. anche R. Caranta, Art. 97, in R. Bifulco, A. Celotto e M. Olivetti (cur.), *Commentario alla Costituzione*, vol. II, Torino, 2006, 1889; nella giurisprudenza amministrativa cfr., in part. Cons. Stato, sez. IV, 5 dicembre 2006, n. 416, in questa Rivista, 2007, 439, con nota di R. Caranta, *Illegittimo l'affidamento diretto della gestione del concorso Enalotto*; Cons. Stato, sez. VI, 25 gennaio 2005, n. 168, in questa Rivista, 2005, 329, con nota di R. Caranta, *Concessioni di beni e regola della gara*.

(6) T.A.R. Lazio, sez. III, 28 febbraio 2008, n. 1861, punto 19 della motivazione: «È evidente che in un'operazione di questo genere, la finalità di Alitalia attiene alla ricerca di una stretta partnership per le proprie attività d'impresa, e non riguarda la mera cessione della quota azionaria di proprietà ministeriale. Tale cessione in effetti è solo uno dei presupposti [...] per la realizzazione del progetto, ma la trattativa ha ben più ampio respiro e ben diverso oggetto».

(7) Punto 23 della motivazione: «le garanzie di trasparenza e non discriminazione, la cui pretesa lesione fonda, in buona sostanza, il ricorso dell'istante, verranno in realtà assicurate, per la cessione della partecipazione pubblica, quando a ciò si addiverà, in sede di offerta pubblica di scambio (OPS) da parte di Air France-KLM, poiché in quella sede, a fronte di tale offerta, pubblicamente lanciata sul mercato dalla società odierna controinteressata, chiunque, per legge [...], e quindi anche AP Holding, potrà formulare, sempre sul mercato, sia sotto forma di OPS, sia sotto forma di OPA concorrente, offerte migliorative e di rilancio a tutti gli azionisti di Alitalia, tra i quali il MEF, che pertanto saranno liberi di valutare in quel momento, in assoluta trasparenza e senza alcuna discriminazione, la convenienza economica ed industriale delle offerte di acquisto concorrenti».

(8) Cons. Stato, Ad. Plen., ord. 30 marzo 2000, n. 1, in *Giust. Civ.*, 2000, I, 1292, con nota di B. Sassani, *Le alte Corti all'impatto delle questioni di giurisdizione dell'art. 33 D.Lgs. n. 80 del 1998: prime impressioni di lettura*; ivi, 2163, con nota di M. Antonioli, *Brevi considerazioni sulla tutela cautelare del giudice amministrativo in materia di servizi pubblici*; in *Foro Amm.*, 2000, 768, ed ivi 2555, con nota di R. Damonte, *Profili innovatori in tema di tutela cautelare nel processo amministrativo*.

(9) Corte cost., 6 luglio 2004, n. 204, in *Resp. Civ. Prev.*, 2004, 1018, con nota di A. Angeletti, *A proposito della sentenza della Corte costituzionale sulla giurisdizione esclusiva*; in *Giust. Civ.*, 2004, I, 2207, con nota di P. Sandulli, *L'analisi «critica» della Corte costituzionale sulla giurisdizione esclusiva*, e di C. Delle Donne, *Passato e futuro della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo nella sentenza della Consulta n. 204 del 2004: il ritorno al «nodo gordiano» diritti-interessi*; in *Dir. Proc. Amm.*, 2004, 799, con note di V. Cerulli Irelli, *Giurisdizione esclusiva e azione risarcitoria nella sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 6 luglio 2004 (osservazioni a primissima lettura)*, e di R. Villata, *Leggendo la sentenza n. 204 della Corte costituzionale*.

ta *par condicio* tra gli interessati, alla ricerca di una proposta di integrazione industriale tra concorrenti ed Alitalia da perfezionarsi con un'offerta pubblica d'acquisto o di scambio sull'intero capitale sociale della società di bandiera.

Più discutibili sono le considerazioni relative alla fase di trattativa esclusiva con Air France - KLM, che aveva presentato la proposta ritenuta appropriata, durata due mesi. Innanzitutto, la motivazione ritorna su profili pubblicistici che pure sembrerebbero, a condividere l'impostazione fondante delle decisioni nei due gradi del giudizio, dover rilevare per la prima, piuttosto che per la seconda fase. Eppure, secondo il Consiglio di Stato, sono proprio le esigenze di salvaguardia di interessi pubblici che comportano la necessità di una «attenta e puntuale verifica dell'adeguatezza del piano industriale proposto» (10).

In base ai principi generali, le modalità di manifestazione degli interessi pubblici dovrebbero essere disegnate dal legislatore in ossequio al principio di legalità (11). In ogni caso, non si comprende quale sia l'interesse pubblico a che la pur necessaria verifica avvenga al di fuori di ogni contraddittorio. A primo acchito, sembrerebbe esattamente il contrario. Al proposito, la sentenza annotata richiama l'esempio della scelta del promotore nel *project financing* secondo la disciplina dettata dall'art. 154 del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, il codice dei contratti pubblici. Il richiamo è di dubbia pertinenza. Nella fattispecie si tratta, da un lato, di individuare proposte che rispondano al pubblico interesse, mentre solo nella fase successiva le proposte meritevoli verranno poste a gara. Inoltre, e soprattutto, le modifiche sono individuate dall'amministrazione e poi sottoposte all'accettazione del proponente (12).

Più appropriato sarebbe stato il riferimento all'istituto del dialogo competitivo introdotto dall'art. 58 del codice, sulla scia della direttiva 2004/18/CE. Com'è noto, i contraenti pubblici, in base alla nuova procedura, avviano con tutti i candidati idonei un dialogo finalizzato all'individuazione e alla definizione dei mezzi più idonei a soddisfare le loro necessità o obiettivi; in tale fase, essi possono discutere con i candidati ammessi tutti gli aspetti dell'appalto ma, in ogni caso, «garantiscono la parità di trattamento di tutti i partecipanti, in particolare non forniscono, in modo discriminatorio, informazioni che possano favorire alcuni partecipanti rispetto ad altri» (comma 7) (13).

Come è stato puntualmente sottolineato, pur nella necessaria flessibilità, il legislatore si è - necessariamente, dal punto di vista del diritto comunitario - attenuto al principio di competizione fra i concorrenti: in altri termini, concorrenza nella flessibilità, non certo trattativa esclusiva e segreta, come nel caso di specie (14). La procedura in questione infatti, a differenza della procedura negoziata, non consente un'aggiudicazione sganciata dal confronto di offerte dettagliate e lascia poco margine per la rinegoziazione dell'offerta vincente (15).

Non si può dimenticare che la procedura di dialogo competitivo, al pari della procedura negoziata, la vecchia trattativa privata, è eccezionale rispetto alle procedure aperte e ristrette (16). Il diritto di fonte europea, in termini generali, vede con sfavore il dialogo - per di più privilegiato - con i potenziali contraenti, in quanto teme che possa falsare il gioco della concorrenza (17).

Analogamente, per quanto riguarda la procedura negoziata preceduta dalla pubblicazione di un bando di gara, l'art. 56, comma 3, del codice, di esatta trasposizione dell'art. 30, comma 3, della direttiva 2004/18/CE, prevede che «Nel corso della negoziazione le stazioni appaltanti garantiscono la parità di trattamento tra tutti gli offerenti, e non forniscono in maniera discriminatoria informazioni che possano avvantaggiare determinati offerenti rispetto ad altri». Come è stato puntualmente osservato, si assiste così ad una «procedimentalizzazione

Note:

(10) Punto 2.5. della motivazione.

(11) Ma la giurisprudenza, proprio nella materia dei poteri di governo dell'economia, riconosce parecchia - per non dire eccessiva - libertà di valutazione autonoma dell'interesse pubblico: si veda anche T.A.R. Lazio, sez. III, 25 gennaio 2007, n. 5653, in *Le società*, 2007, 1136, con nota critica di R. Caranta, *Storia di una mancata fusione annunciata*.

(12) Amplius C. Malinconico, *Project financing*, in M.A. Sandulli, R. De Nictolis, R. Garofoli (curr.), *Trattato sui contratti pubblici*, Milano, 2008, IV, 2629 s.

(13) Si vedano R. Invernizzi, *Il dialogo competitivo e il dialogo tecnico*, in M. Sandulli, R. De Nictolis, R. Garofoli (curr.), *Trattato sui contratti pubblici*, cit., vol. III, 1905; R. Caranta, *Il dialogo competitivo, l'accordo quadro, i sistemi dinamici di acquisizione, la speciale procedura di aggiudicazione per i lavori di edilizia residenziale pubblica*, in R. De Nictolis (cur.), *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, Milano, 2007, 811; S. Arrowsmith, *An Assessment of the New Legislative Package on Public Procurement*, in *Common Market L. Rev.*, 2004, 1280 ss.; A. Brown, *The Impact of the New Procurement Directive on Large Public Infrastructure Projects: Competitive Dialogue or Better the Devil you Know*, in *Public Procurement L. Rev.*, 2004, 160; S. Treumer, *Competitive Dialogue*, in *Public Procurement L. Rev.*, 2004, 178.

(14) Ancora R. Invernizzi, *Il dialogo competitivo e il dialogo tecnico*, cit., 1920.

(15) Si veda S. Arrowsmith, *An Assessment of the New Legislative Package on Public Procurement*, cit., 1284: il dialogo competitivo «requires the choice of winner to be based on the complete offers; and there is less scope for dialogue to complete or renegotiate the winning offer» (si vedano anche 1287 ss.).

(16) Come rileva S. Treumer, *Competitive Dialogue*, cit., 179, «the use of competitive dialogue is restricted to particularly complex contracts, which is a concept which is narrowly defined»; analogamente R. Invernizzi, *Il dialogo competitivo e il dialogo tecnico*, cit., 1910; R. Caranta, *Il dialogo competitivo*, cit., 816 s.; A. Brown, *The Impact of the New Procurement Directive*, cit., 170 s., il quale ricorda come le proposte originarie facessero del dialogo competitivo una procedura ordinaria; in senso meno reciso sull'eccezionalità della procedura in questione, S. Arrowsmith; *An Assessment of the New Legislative Package on Public Procurement*, cit., 1288 ss.

(17) In termini generali e non senza osservazioni critiche S. Arrowsmith, *The Community Legal Framework on Public Procurement: «The Way Forward» at last?*, in *Common Market L. Rev.*, 1999, 18 ss.; *Ead.*, *The Problem of Discussion with Tenderers under E.C. Procurement Directives: the Current Law and the Case for Reform*, in *Public Procurement L. Rev.*, 1998, 65.

comunitaria» della vecchia trattativa privata, a garanzia della *par condicio* dei concorrenti (18).

La stessa *ratio*, evitare che uno dei potenziali concorrenti abbia più informazioni degli altri, è poi alla base dell'ultimo comma dell'art. 90 del codice dei contratti pubblici, secondo il quale «Gli affidatari di incarichi di progettazione non possono partecipare agli appalti o alle concessioni di lavori pubblici, nonché agli eventuali subappalti o cottimi, per i quali abbiano svolto la suddetta attività di progettazione; ai medesimi appalti, concessioni di lavori pubblici, subappalti e cottimi non può partecipare un soggetto controllato, controllante o collegato all'affidatario di incarichi di progettazione».

Al contrario di quanto afferma il Consiglio di Stato, dunque, in nessun testo normativo può rinvenirsi un'indicazione legislativa favorevole ad una negoziazione privilegiata e discriminatoria in materia di contratti pubblici. Trasparenza, non discriminazione, concorrenza sono la regola che non ammette eccezioni.

Conclusioni

Non si può certo dire che il Consiglio di Stato sia riuscito ad apportare ulteriori argomenti a sostegno della scelta operata dal giudice di primo grado. Al contrario, la debolezza delle considerazioni svolte in punto invocazione dell'interesse pubblico e richiamo analogico alla disciplina del codice dei contratti pubblici gettano ulteriori dubbi sull'esattezza della scelta.

La sentenza annotata conferma la difficoltà di sottoporre ad un rigoroso sindacato giurisdizionale le scelte - normalmente assai pasticciate e caratterizzate da continui ripensamenti - di privatizzazione effettuate nel nostro Paese (19).

D'altra parte, la legislazione generale in materia è tutt'altro che basata su solidi principi. La L. 30 luglio 1994, n. 474, discostandosi dalle norme generali di contabilità pubblica, che prevedono la regola della gara per i contratti attivi, ovvero quelli da cui la pubblica amministrazione riceve un'entrata, ammette la trattativa diretta per la dismissione di partecipazioni pubbliche (20).

È vero che tale modalità di dismissione è ammessa purché siano rispettati i principi di trasparenza e correttezza per la maggior tutela dell'interesse pubblico, ma è evidente che la via maestra per il rispetto di tali principi non è certo la trattativa diretta, come dimostra anche una recente Comunicazione della Commissione, che riprende la giurisprudenza della Corte di giustizia (21).

Non a caso, e sia pur per altri profili, le disposizioni della L. 30 luglio 1994, n. 474, sono state ritenute in contrasto con il diritto comunitario, in quanto mantenevano poteri esorbitanti in capo all'azionista pubblico di società formalmente privatizzate ed aperte al capitale privato (22).

Come si è già ricordato, in altre materie, però, il giudice amministrativo, sotto l'influenza indubbia del diritto comunitario, ha saputo andare al di là della lettera

della legge, per individuare principi di tutela della trasparenza e della concorrenza in tutte le ipotesi in cui un pubblico potere disponga di propri beni o facoltà (23).

D'altra parte, il principio che combina, come diverse sfaccettature, trasparenza, non discriminazione e concorrenza ha ormai assunto valenza di principio generale del diritto comunitario (24).

L'Alitalia è rimasta (pietosamente?) dietro il velo di Maya. Il dubbio è che l'approccio *hands off* del giudice amministrativo ci condanni a rivivere altre poco edificanti vicende di privatizzazione. E che il Consiglio di Stato non sempre riesca a difendere sul campo la propria aspirazione ad erigersi quale giudice naturale del contenzioso economico, soprattutto di quello di più rilevante portata.

Note:

(18) R. De Nictolis, C. Volpe, *Le procedure aperte, ristrette e negoziate*, in M. Sandulli, R. De Nictolis, R. Garofoli (cur.), *Trattato sui contratti pubblici*, cit., vol. III, 1777 ss.; secondo A. Brown, *The Impact of the New Procurement Directive*, cit., 165, la disposizione «confirms that the negotiations process must respect the overriding general principle of equal treatment».

(19) Un buon precedente in materia è Cons. Stato, sez. IV, 27 maggio 2002, n. 2922, in *Foro It.*, 2003, III, 463, relativa alla cessioni di impianti di Enel s.p.a., ma anche la decisione relativa alla naufragata fusione Autostrade-Abertis dimostra una pericolosa tendenza del giudice amministrativo a ratificare anche le decisioni più spericolate dell'autorità governativa: T.A.R. Lazio, sez. III, 25 gennaio 2007, n. 5653, cit.

(20) Oltre a Cons. Stato, sez. IV, 27 maggio 2002, n. 2922, cit., si veda T.A.R. Lombardia, Brescia, 26 marzo 2001, n. 140, in *Foro Amm.*, 2001, 1254, in materia di vendita di farmacia comunale.

(21) Comunicazione della Commissione, 2006/C 179/02 in G.U.C.E. 1° agosto 2006, n. C 179/02 relativa al diritto comunitario applicabile alle aggiudicazioni di appalti non o solo parzialmente disciplinate dalle direttive «appalti pubblici»; a commento M. Locati, *Il diritto comunitario applicabile alle aggiudicazioni di appalti non o solo parzialmente disciplinate dalle direttive*, in questa Rivista, 2007, 533; A. Brown, *Seeing Through Transparency: the Requirement to Advertise Public Contracts and Concessions Under the EC Treaty*, in *Public Procurement Law Rev.*, 2007, 1; R. Williams, *Contracts Awarded Outside the Scope of the Public Procurement Directives*, in *Public Procurement Law Rev.*, 2007, NA1.

(22) (10) Corte Giust. CE, 6 dicembre 2007, cause riunite C-463/04 e 464/04, *Federconsumatori*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2008, 521, con nota di C. Vitale, *La Corte di giustizia boccia l'art. 2449 del codice civile*; la questione era stata sollevata da T.A.R. Lombardia, sez. I, ord. 13 ottobre 2004, n. 175, in *Foro It.*, 2005, III, 34, con osservazioni di R. Ursi, e nota di F. Fracchia, *Studio delle società «pubbliche» e rilevanza della prospettiva giurispudenzistica*.

(23) Si vedano ancora Cons. Stato, sez. VI, 25 gennaio 2005, n. 168, cit.; Cons. Stato, sez. IV, 5 dicembre 2006, n. 416, cit.; si tratta di un trend di lungo periodo, il punto di svolta, che segnò la piena presa di coscienza delle potenzialità del principio di concorrenza di matrice comunitaria, è Cons. Stato, sez. V, 19 febbraio 1998, n. 192, in questa Rivista, 1998, 402, con nota di R. Garofoli, *S.p.a. mista: criteri di selezione del socio privato di minoranza*; anche in *Foro Amm.*, 1998, 432, ed ivi, 2097, con nota di A. Graziano, *La scelta dei soci privati nelle società di capitali a maggioranza pubblica: il Consiglio di Stato colma un'apparente lacuna normativa*.

(24) *Ex nullis* Corte Giust. CE, 13 settembre 2007, causa C-260/04, in *Giur. It.*, 2008, 471, con nota di R. Caranta, *Il principio di diritto comunitario di trasparenza/concorrenza e l'affidamento o rinnovo di concessioni di servizi (ancora in margine al caso Enalotto)*.

Giurisdizione

Gli enti gestori di forme di previdenza obbligatorie come organismi di diritto pubblico

CASSAZIONE CIVILE, Sez. Unite, 8 giugno 2007, n. 13398 - Pres. ff. Prestipino - Rel. Morelli - Cassa nazionale di previdenza ed assistenza a favore dei dottori commercialisti c. Unionvita S.p.a. ed altri

La Cassa nazionale di previdenza e di assistenza a favore dei dottori commercialisti ha natura di organismo di diritto pubblico e rientra per tale ragione nella categoria delle «amministrazioni aggiudicatrici» tenute all'osservanza della disciplina comunitaria, nella materia degli appalti, in base all'art. 2, comma 1, D.Lgs. 25 febbraio 2000, n. 65 (sostitutivo del D.Lgs. 17 marzo 1995, n. 157, di attuazione della direttiva 92/50 CE). Pertanto sussiste, per le gare indette da tale soggetto, la giurisdizione del giudice amministrativo, ex art. 6 della L. n. 205 del 2000 che devolve «alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutte le controversie relative a procedure di affidamento di ... servizi svolte da soggetti comunque tenuti, nella scelta del contraente ..., all'osservanza della normativa comunitaria ovvero al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica previsti dalla normativa statale o regionale».

Gli enti che gestiscono forme di previdenza obbligatoria, anche a seguito della loro trasformazione in persone giuridiche private disposta dal D.Lgs. n. 509 del 1994, continuano a perseguire bisogni di interesse generale, di carattere non industriale o commerciale, giacché la tutela previdenziale, che tali enti sono destinati ad attuare nei confronti dei propri iscritti risulta comunque correlata ad un diritto di rilievo costituzionale, del lavoratore, non degradabile ad interesse collettivo ove la tutela previdenziale sia assicurata ad una specifica categoria di destinatari. Sussistono in capo alla Cassa Nazionale di Previdenza e di Assistenza a favore dei dottori commercialisti i tre elementi che qualificano l'«organismo di diritto pubblico» (personalità giuridica - soddisfacimento di bisogni di interesse generale non aventi carattere industriale o commerciale - sottoposizione ad influenza pubblica).

Fatto e diritto

1. Con separati atti ritualmente notificati, che previamente si riuniscono ex art. 335 c.p.c., la Cassa nazionale di previdenza e di assistenza a favore dei dottori commercialisti e (adesivamente) la AdEPP (Associazione degli enti di previdenza privati) impugnavano per cassazione, ai sensi dell'art. 111 Cost., comma 8, e art. 362 c.p.c., comma 1, la sentenza del Consiglio di Stato in data 23 gennaio 2006 confermativa dell'appellata decisione del TAR n. 4364/05, che, su ricorso della Unionvita S.p.a., aveva annullato gli atti della selezione, avviata dalla stessa Cassa di previdenza, per l'affidamento dei servizi assicurativi di copertura sanitaria dei propri iscritti per il 2005, in quanto deliberata senza adozione di alcuna forma di evidenza pubblica, ritenuta viceversa per detto ente doverosa.

Nessuna delle parti intimato si è costituita in questa sede.

2. Nel ritenere la propria giurisdizione - che con le odierne impugnazioni viene ora contestata - in ordine alla riferita controversia instaurata dalla Unionvita con-

tro la Cassa dei dottori commercialisti, il C. di S. ha fatto applicazione della norma della L. 21 luglio 2000, n. 205, art. 6, per cui «sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutte le controversie relative a procedure di affidamento di ... servizi svolte da soggetti comunque tenuti, nella scelta del contraente ..., all'osservanza della normativa comunitaria ovvero al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica previsti dalla normativa statale o regionale».

E ciò sul presupposto della attribuità alla suddetta Cassa della natura di «organismo di diritto pubblico», che ne comporta l'inclusione, appunto, nella categoria delle «amministrazioni aggiudicatrici» tenute all'osservanza della disciplina comunitaria, nella materia in questione, per disposto del D.Lgs. 25 febbraio 2000, n. 65, art. 2, comma 1, (sostitutivo del D.Lgs. 17 marzo 1995, n. 157, di attuazione della direttiva 92/50 CE).

3. Censura centrale degli odierni ricorsi è conseguentemente quella rivolta avverso la riferita natura di «organismo di diritto pubblico», che il C. di S. si assume avere erroneamente attribuita alla Cassa di previdenza. La quale - dopo la trasformazione in associazioni o fonda-

zioni degli enti gestori di forme obbligatorie di previdenza e di assistenza ex D.Lgs. n. 509 del 1994 - avrebbe, secondo le ricorrenti, natura, viceversa ora, di «organismo di diritto privato fondato sul principio dell'autogoverno associativo», avente come compito la cura «esclusivamente dei bisogni dei professionisti ad essa iscritti» e non quella di «interessi generali (di carattere non industriale o commerciale)», come quelli cui è per definizione finalizzata invece, l'istituzione dell'«organismo di diritto pubblico» ai sensi della L. n. 65 del 2000 cit., art. 2.

Norma, questa, che - ai fini della qualificazione come «di diritto pubblico» di un organismo dotato di personalità giuridica - richiede l'alternativo requisito, altresì, in nessuna delle sue forme invece riferibile alla Cassa ricorrente, della soggezione di detto organismo ad un controllo, da parte dello Stato od altri enti pubblici, finanziario, strutturale (sugli organi) o funzionale (sull'attività di gestione).

Dal che la conclusione, appunto, cui pervengono entrambe le ricorrenti, che, per l'esclusa configurabilità dell'ente di previdenza come «organismo di d.p.», difetti conseguentemente, nella specie, la giurisdizione che in tale presupposto l'a.g.a. ha erroneamente invece ritenuto ad essa attribuita.

Prospettandosi anche, in subordine, l'opportunità di un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia ex art. 234 T.C.E., ove residuino dubbi circa l'interpretazione dell'art. 1 della direttiva 92/50 CE (e della direttiva 2004/18 CE, che ha assorbito la prima) in ordine alla riferibilità delle ivi definite connotazioni dell'o.di.d.p. anche ad un ente con la Cassa dei commercialisti.

4. La questione di giurisdizione, così proposta, va risolta in senso contrario alla prospettazione delle ricorrenti.

4.1. Queste Sezioni unite hanno di recente già avuto, infatti, occasione di affermare - con ordinanza n. 11088 del 2006, emessa in sede di regolamento preventivo di giurisdizione relativo ad altra analoga controversia instaurata innanzi al g.a. nei confronti della Cassa di previdenza ed assistenza per gli ingegneri e gli architetti - che gli enti gestori di forme di previdenza obbligatoria, anche dopo la loro trasformazione in persone giuridiche private disposta dal citato D.Lgs. n. 509 del 1994, continuano comunque a perseguire bisogni di interesse generale, di carattere non industriale o commerciale.

Atteso che la tutela previdenziale, che detti enti sono destinati ad attuare nei confronti dei propri iscritti risulta comunque correlata ad un diritto di rilievo costituzionale, del lavoratore, non degradabile ad interesse collettivo qualora, come avviene nella specie, la tutela previdenziale sia assicurata ad una specifica categoria di destinatari. E ciò perché, in un sistema complesso ed articolato qual è quello vigente, le singole forme obbligatorie di assicurazione della tutela, ancorché rivolte a specifiche collettività di soggetti, costituiscono comunque strumento di soddisfazione dell'interesse generale.

4.2. Che poi sussista una situazione di dominanza dello

Stato nei confronti degli enti gestori di forme di previdenza obbligatoria e, quindi, anche della Cassa odierna ricorrente risulta inequivocabilmente - come pure già chiarito dalla menzionata ordinanza n. 11088 del 2006 - dallo stesso D.Lgs. n. 509 del 1994, che ne ha operato la privatizzazione.

Ai sensi del comma 1 dell'art. 2 di detto decreto, l'autonomia - anche gestionale, oltre che organizzativa e contabile - riconosciuta agli enti previdenziali così trasformati è comunque, infatti, subordinata al rispetto dei principi e circoscritta nei limiti, ivi stesso fissati, in relazione alla natura pubblica della attività esercitata.

Il principio da osservare è quello secondo cui la gestione economico-finanziaria deve assicurare l'equilibrio di bilancio (mediante l'adozione di provvedimenti coerenti alle indicazioni risultanti dal bilancio tecnico da redigersi con periodicità almeno triennale: comma 2).

I limiti conseguenti sono fissati dai successivi commi, che prevedono l'intervento dello Stato, da attuare con decreto del Ministro del lavoro e della previdenza sociale di concerto con il Ministro del tesoro e con gli altri Ministri competenti ad esercitare la vigilanza per gli enti trasformati, sugli organi dell'ente, mediante l'attribuzione del potere di nomina di organi straordinari in caso di disavanzo economico-finanziario e di violazioni di legge afferenti alla corretta gestione. In particolare, nel caso di disavanzo economico-finanziario rilevato dai rendiconti annuali e confermato dal bilancio tecnico, è prevista la nomina di un commissario straordinario, il quale adotta i provvedimenti necessari per il riequilibrio della gestione, restando sospesi, sino al ristabilimento dell'equilibrio finanziario, tutti i poteri degli organi di amministrazione, e, nel caso di persistenza del disavanzo economico-finanziario, dopo tre anni dalla nomina del commissario è disposta la nomina di un commissario liquidatore (commi 4 e 5); nel caso in cui gli organi di amministrazione e rappresentanza si rendessero responsabili di gravi violazioni di legge afferenti alla corretta gestione, è prevista la nomina, da parte dei suindicati Ministri, di un commissario straordinario con il compito di salvaguardare la corretta gestione dell'ente ed entro sei mesi da tale nomina l'avvio e la conclusione della procedura per rieleggere gli amministratori dell'ente (comma 6).

A sua volta il successivo art. 3, nel comma 1, sottopone gli enti in esame alla vigilanza del Ministero del lavoro e della previdenza sociale, del Ministero del tesoro e degli altri Ministri competenti ad esercitare la vigilanza per gli enti trasformati e prevede che il Ministero del lavoro e della previdenza sociale, di concerto con gli altri, deve approvare tutti gli atti più importanti (statuto, regolamenti, delibere in materia di contributi e prestazioni) (comma 2); che il suindicato Ministero, può formulare motivati rilievi su: bilanci preventivi e conti consuntivi, note di variazione del bilancio di previsione, criteri di individuazione e di ripartizione del rischio nel-

la scelta degli investimenti, delibere concernenti criteri direttivi generali (comma 3).

Infine l'art. 3, comma 5, prevede che la Corte dei Conti esercita il controllo generale sulla gestione delle assicurazioni obbligatorie, per assicurare la legalità e l'efficienza e riferisce annualmente al Parlamento.

4.3. Sussistendo, quindi, in capo alla Cassa di previdenza dei dottori commercialisti tutti e tre gli indici di riconoscimento dell'«organismo di diritto pubblico» (personalità giuridica - soddisfacimento di bisogni di interesse generale non aventi carattere industriale o commerciale - sottoposizione a influenza pubblica: cfr. anche Sez. Un. nn. 9940/05; 10218/06) va, quindi, ad essa riconosciuta la correlativa qualifica.

Né costituisce ostacolo a tale riconoscimento il mancato inserimento, nell'elenco di cui all'Allegato 7 del D.Lgs. n. 65 del 2000, della categoria «enti che gestiscono forme obbligatorie di previdenza e di assistenza», poiché l'elencazione compiuta nell'Allegato 7, per espressa previsione del D.Lgs. n. 65 del 2000, art. 2, comma 2, non ha carattere esaustivo.

Per converso, una significativa conferma della qualificazione della Cassa come organismo di diritto pubblico si rinviene nella sopravvenuta direttiva 31 marzo 2004 n. 2044/18/CE, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, forniture e servizi, che, nell'allegato 3, ha espressamente incluso tra le categorie degli organismi di diritto pubblico quella degli «enti che gestiscono forme obbligatorie di previdenza e di assistenza». Restando con ciò evidentemente anche superato il quesito interpretativo che le ricorrenti hanno subordinatamente chiesto rimettersi alla Corte di Giustizia.

5. Va conclusivamente quindi dichiarata la giurisdizione esclusiva del g.a., L. n. 205 del 2000 cit., ex art. 6, in ordine alla controversia relativa alla procedura di affidamento del servizio di assicurazione sanitaria dei propri iscritti deliberata dalla Cassa in epigrafe.

6. La decisione impugnata non ha preso in esame il contratto stipulato *medio tempore* dalla Cassa con la società da essa prescelta sulla base della procedura poi invalidata, per cui è inammissibile il residuo subordinato profilo di difetto di giurisdizione del g.a., prospettato, dalla stessa Cassa, in relazione ad una statuizione di annullamento, di quel contratto, che in realtà non fa parte del *decisum* della sentenza avverso cui è ricorso.

7. Gli esaminati ricorsi vanno integralmente, pertanto, entrambi respinti, con declaratoria di sussistenza nella specie, della giurisdizione esclusiva del g.a.

8. Nulla deve disporsi in ordine alle spese di questo giudizio in assenza di controparti costituite.

IL COMMENTO

di Silvia Ponzio

Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione affermano la sussistenza della giurisdizione (esclusiva) del giudice amministrativo in relazione ad una controversia concernente l'annullamento degli atti di una procedura indetta dalla Cassa nazionale di previdenza e assistenza a favore dei dottori commercialisti per l'affidamento dei servizi assicurativi di copertura sanitaria dei propri iscritti. Gli enti gestori di forme di previdenza obbligatorie, pur privatizzati nella loro forma giuridica, sono qualificati come organismi di diritto pubblico, con conseguente obbligo di applicazione della disciplina comunitaria e nazionale relativa all'affidamento degli appalti pubblici.

La nozione comunitaria e nazionale di «organismo di diritto pubblico» come specificazione della nozione di «amministrazione aggiudicatrice»

Con la sentenza in epigrafe le sezioni unite della Corte di Cassazione, chiamate a pronunciarsi sul difetto di giurisdizione denunciato da entrambe le ricorrenti, affermano la sussistenza della giurisdizione del giudice amministrativo in relazione ad una controversia avente ad

oggetto l'annullamento degli atti di una procedura di selezione indetta, senza l'espletamento di una gara, dalla Cassa nazionale di previdenza e assistenza a favore dei dottori commercialisti per l'affidamento dei servizi assicurativi di copertura sanitaria dei propri iscritti per l'anno 2005. La questione riguarda più propriamente la qualificazione dell'ente in questione come «organismo di diritto pubblico», e, pertanto come soggetto, ancorché formalmente privato, tenuto all'osservanza della normativa di derivazione comunitaria relativa all'affidamento degli appalti pubblici (1).

Nota:

(1) Sulla nozione di organismo di diritto pubblico v. R.Cavallo Perin, D.Casalini, *L'in house providing: un'impresa dimezzata*, in *Dir. Amm.*, n. 1/2006, in part. 52 ss. ove si afferma che l'interpretazione dell'ambito soggettivo di applicazione della disciplina comunitaria sugli appalti pubblici si è dapprima soffermata sulla nozione di amministrazione aggiudicatrice «la cui precisazione ha determinato un progressivo ampliamento dei soggetti tenuti all'osservanza delle direttive CE in materia, con sentenze che si sono pronunciate contro i tentativi di elusione delle norme sugli appalti pubblici». Inoltre si precisa che «una particolare dipendenza dalle amministrazioni statali o degli enti territoriali di organizzazioni formalmente distinte dalle prime ha portato ad assoggettare alle norme sulla concorrenza i rapporti contrattuali instaurati dall'organizzazione con i terzi per ottenere

(segue)

L'«organismo di diritto pubblico» (2) è istituito del diritto comunitario la cui introduzione è stata giustificata dalla necessità di contrastare una prassi, posta in essere da taluni paesi membri a fini elusivi, di ricorrere alla cd. concessione di committenza, (nel nostro ordinamento giuridico nazionale vietata dall'art. 19, L. 11 febbraio 1994 n. 109). La *ratio* che ha condotto all'elaborazione della figura dell'«organismo di diritto pubblico», nel predetto contesto, pare potersi individuare nell'esigenza di evitare che mediante un soggetto, eventualmente con forma giuridica privata la pubblica amministrazione potesse continuare «a gestire il monopolio dei pubblici appalti» (3). Una tale prospettiva ha condotto, nella disciplina europea, all'equiparazione dell'organismo di diritto pubblico alle amministrazioni aggiudicatrici cd. tradizionali (Stato ed enti pubblici territoriali), con conseguente estensione ad esso di tutti gli obblighi che fanno carico a queste ultime (4).

L'elaborazione della nozione, invero, si colloca nell'ambito della scelta attuata nelle direttive comunitarie di fornire una definizione, quanto più possibile esauriente, di «amministrazione aggiudicatrice» ai fini dell'applicazione della disciplina comunitaria e nazionale in materia di pubblici appalti (5). In base alla disciplina europea sono considerate 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 da uno o più di tali organismi di diritto pubblico» (6). Taluni autori hanno individuato due momenti distinti nel processo di definizione della nozione di amministrazione aggiudicatrice (7). In una prima fase che ha condotto all'approvazione delle direttive comunitarie cd. «di prima generazione» s'era fatto ricorso, previa affermazione dell'obbligo in capo allo Stato e agli enti pubblici territoriali di osservare la disciplina europea per l'affidamento dei pubblici appalti, ad un criterio enumerativo che avrebbe consentito l'individuazione, mediante un elenco tassativo contenuto negli allegati alle direttive, anche dei soggetti qualificabili come «persone giuridiche di diritto pubblico», cui attribuire la qualifica di amministrazioni aggiudicatrici (8). Con l'emanazione delle direttive cd. di «seconda generazione», invece, in ragione delle difficoltà interpretative sorte in relazione alla qualificazione da attribuire a taluni soggetti che, pur non contemplati negli elenchi allegati alle direttive, presentavano caratteristiche simili rispetto ai soggetti ivi enumerati si è dapprima affermata una interpretazione estensiva della nozione di Stato (9) per l'applicazione «della disciplina comunitaria a nuove ipotesi di persone giuridiche di diritto pubblico», cui è seguita l'elaborazione della nozione di «organismo di diritto pubblico» che avrebbe reso più agevole l'individuazione della disciplina da applicare per gli affidamenti effettuati da soggetti che svolgessero una attività prevalentemente pubblica, ma non ricompresi nei summenzionati elenchi (10).

L'affermazione della nozione comunitaria di «organi-

simo di diritto pubblico» sembra infatti poter essere ricondotta alla necessità di risolvere le questioni interpretative sorte in relazione all'individuazione della persona giuridica di diritto pubblico e si caratterizza per essere codificazione di principi giurisprudenziali elaborati dal

Note:

(segue nota 1)

la fornitura di beni o i servizi necessari. Con l'elaborazione della nozione di «organismo di diritto pubblico», poi dell'organizzazione in *house providing*, si è posto il problema della soggezione alla disciplina comunitaria del differente rapporto tra enti territoriali e organismo di diritto pubblico, ogni qualvolta lo stesso implichi l'affidamento all'organismo di prestazioni di beni e servizi a favore o per conto dell'ente territoriale»; Cons. Stato, sez. V, 22 agosto 2003, n. 4748, in *Foro Amm. CdS*, 2003, 3824, con nota di D. Casalini, *L'organismo di diritto pubblico, l'impresa pubblica e la delimitazione soggettiva della disciplina sugli appalti pubblici*.

(2) Per una ricostruzione complessiva dell'istituto *ex multis*: S. Cassese, *Le basi costituzionali*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo, Diritto amministrativo generale*, II, Milano, 2003, 173 ss. e 199 ss.; D. Casalini, *L'organismo di diritto pubblico e l'organizzazione in house*, Napoli, 2003; M.P. Chiti, *L'Organismo di diritto pubblico e la nozione di pubblica amministrazione*, in *Annuario 1999-2000 dell'Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo*, Milano, 2001, 7 ss.

(3) In termini: C.G.A. Sicilia, sez. giurisdiz., 19 ottobre 2005, n. 682, in *Arch. Giur. oo.pp.*, 2005, 1091 (m) e in *Rep. Foro It.*, 2006, voce *Opere pubbliche* [4610], n. 206, ove si è precisato che «il concessionario ai sensi dell'art. 19, comma 2 della L. 109 del 1994 può essere qualificato come soggetto, non solo formalmente, ma anche sostanzialmente privato e dunque operante quantomeno secondo i criteri della autonomia privata, dal momento che egli si impegna, assumendosi in proprio il rischio d'impresa, a realizzare l'opera in contropartita, in tutto o in parte, del suo sfruttamento economico ed è un soggetto che viene individuato tramite gara comunitaria (art. 19, comma 1 e art. 20, comma 2, L. n. 109)».

(4) Sul punto v. R. Cavallo Perin, *Riflessioni sull'oggetto e sugli effetti giuridici della concessione di servizio pubblico*, in *Dir. Amm.*, 1994, 111.

(5) E. Chiti, voce *Organismo di diritto pubblico*, in S. Cassese (dir.), *Dizionario di diritto pubblico*, vol. IV, Milano, 2006, 4014; R. Cavallo Perin, D. Casalini, *L'in house providing: un'impresa dimezzata*, cit., 52.

(6) La nozione di amministrazione aggiudicatrice riportata è oggi contenuta nell'art. 1, comma 9, dir. 31 marzo 2004, 2004/18/CE, *relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi*, che riprende le direttive comunitarie già vigenti in passato: per gli appalti pubblici di lavori: art. 1, lett. b), dir. 14 giugno 1993, 93/37/CEE, *di coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori* e art. 1, comma 2, lett. a) e comma 6, lett. a), L. 11 febbraio 1994, n. 109 (legge quadro in materia di lavori pubblici); art. 2, D.Lgs. 17 marzo 1995, n. 157, *Attuazione della direttiva 92/50/CE in materia di appalti pubblici di servizi*; art. 1, comma 3, D.Lgs. 24 luglio 1998, n. 352, *Testo unico delle disposizioni in materia di appalti pubblici di forniture in attuazione delle direttive 77/62/CEE, 80/767/CEE e 88/295/CEE*.

(7) E. Chiti, voce *Organismo di diritto pubblico*, cit., 4014.

(8) Cfr. sul punto la direttiva 26 luglio 1971, n. 71/305/CEE, *di coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici*. In dottrina v. G.M. Racca, *I servizi pubblici nell'ordinamento comunitario*, in *Dir. Amm.*, 1994, 201, poi in G. Pericu, A. Romano, V. Spagnuolo Vigorita (a cura di), *La concessione di pubblico servizio*, Milano, 1995, 269.

(9) Corte Giust. CE, 20 settembre 1988 (causa C-31/87), *Gebroeders Beentjes BV c. Stato dei Paesi Bassi*.

(10) In termini: D. Casalini, *L'organismo di diritto pubblico, l'impresa pubblica e la delimitazione soggettiva della disciplina sugli appalti pubblici*, cit., 3827-3828. Sull'argomento v. *amplius* D. Casalini, *L'organismo di diritto pubblico e l'organizzazione in house*, cit., 16 ss.

giudice comunitario e nazionale chiamati a pronunciarsi sul contenzioso in materia (11).

L'art. 1 comma 9 della direttiva 18/2004/CE, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, qualifica come organismo di diritto pubblico quello istituito «per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale, dotato di personalità giuridica e la cui attività sia finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico, ovvero la cui gestione sia soggetta al controllo di questi ultimi, oppure il cui organo di amministrazione, di direzione o di vigilanza sia costituito da membri dei quali più della metà è designata dallo Stato, dagli altri enti territoriali o da altri organismi di diritto pubblico» (12).

La giurisprudenza del giudice nazionale ha avuto modo di precisare che tale nozione non pare incidere, né tanto meno alterare la natura giuridica (pubblica o privata) dei soggetti cui si riferisce, giacché assume rilievo ai soli fini della individuazione della normativa applicabile per la scelta del contraente mediante le procedure previste e comporta l'applicabilità della normativa comunitaria in materia anche ai soggetti di diritto privato, ove sussistano, congiuntamente i tre requisiti (13). La sentenza in epigrafe si colloca nell'ambito di quel consolidato filone giurisprudenziale che ha tentato di ovviare all'equivoco secondo cui la privatizzazione della forma giuridica di taluni soggetti deputati comunque alla cura di interessi di rilevanza pubblicistica li avrebbe sottratti dall'obbligo di adottare procedure ad evidenza pubblica per la stipulazione dei propri contratti (14). Solo mediante il confronto concorrenziale tra operatori risulta infatti possibile effettuare una scelta del contraente che assicuri il rispetto del principio di correttezza (15), nonché individuare la migliore offerta tra quelle presentate dai concorrenti, in relazione alle caratteristiche prestazionali definite nei capitolati d'appalto (16).

La nozione in esame ha assunto connotati sempre

definisce all'art. 3, comma 26 l'organismo di diritto pubblico come «qualsiasi organismo, anche in forma societaria: istituito per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale; dotato di personalità giuridica; 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 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».

(13) T.A.R. Lazio, Roma, 31 luglio 2007, n. 7283, in *www.appalti-contraenti.it*, afferma che «le fondazioni bancarie, dotate di personalità giuridica, ai sensi dell'art. 2 D.Lgs. 153/1999, non hanno fini di lucro e perseguono esclusivamente scopi di utilità sociale e di promozione dello sviluppo economico; esse in rapporto prevalente con il territorio indirizzano la propria attività esclusivamente nei settori ammessi e operano in via prevalente nei settori rilevanti, assicurando, singolarmente e nel loro insieme, l'equilibrata destinazione delle risorse e dando preferenza ai settori a maggiore rilevanza sociale. Pertanto, deve ritenersi presente il requisito che la fondazione soddisfa specificatamente esigenze di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale. Di conseguenza, stante anche che l'attività di vigilanza su di essa, sia pure in via transitoria, è svolta dal Ministro dell'economia e delle finanze, la Fondazione bancaria deve essere qualificata organismo di diritto pubblico». V. anche Cons. Stato, sez. atti normativi, 13 gennaio 2003, n. 4751/02, in *Cons. Stato*, 2003, I, 180; T.A.R. Campania, Salerno, sez. I, 19 luglio 2005, n. 1290, in *Foro Amm. TAR*, 2005, 3501, con nota di F. Degni, *Servizi pubblici e tutela della concorrenza: alla ricerca di un punto di equilibrio*. La nozione di organismo di diritto pubblico non è mutata con riferimento alla nozione di cui alla direttiva 92/50 e dall'art. 2, comma 1, lett. b), D.Lgs. 17 marzo 1995, n. 157; sul punto: Cons. Stato, sez. II, 30 giugno 2004, n. 2957/04, ove si afferma che la nozione comunitaria di «organismo di diritto pubblico» rileva per l'individuazione della disciplina applicabile per la scelta dell'erogatore di servizi, che ne comporta l'applicazione anche ai soggetti privati, nel caso di specie le fondazioni bancarie, in presenza dei tre presupposti previsti dalla legge e ove questi sussistano congiuntamente: il possedere la «personalità giuridica», il «soddisfare specifiche finalità di interesse generale non aventi carattere industriale o commerciale» e subire l'influenza dominante di un apparato pubblico. Si veda anche Cons. Stato, sez. II, 2 ottobre 2003, n. 3508/03, in *Cons. Stato*, 2003, I, 2661 secondo cui «Il raggruppamento temporaneo di imprese non può essere equiparato - sul piano soggettivo, funzionale e finanziario - ad un organismo di diritto pubblico».

(14) R. Cavallo Perin, D. Casalini, *L'in house providing: un'impresa dimezzata*, cit., 51 e 52 ove si precisa che la natura giuridica pubblica o privata di un operatore economico non risulta «di per sé un elemento capace di chiarire l'ambito di applicazione della disciplina comunitaria sulla concorrenza» avendo assunto rilievo «la definizione di non dipendenza di quest'ultimo dall'amministrazione aggiudicatrice».

(15) V. sul punto G.M. Racca, voce *Correttezza*, in S. Cassese (dir.), *Dizionario di diritto pubblico* vol. II, 1534, che qualifica la responsabilità da «scorrettezza» come responsabilità da inadempimento in relazione alle particolari norme o principi che riguardano la pubblica amministrazione e che si aggiungono alla disciplina giuridica che anche gli altri soggetti dell'ordinamento sono tenuti a rispettare. L'A. individua una prima «specificità» nel fatto che le attività della pubblica amministrazione «normalmente» sono disciplinate da «norme generali ed astratte» che consentono di tipizzare il comportamento. La seconda «peculiarità» è che la pubblica amministrazione, e la considerazione si può estendere ai soggetti che pur con forma giuridica privata, siano istituiti per lo svolgimento di funzioni pubblicistiche, risulta soggetta ai principi posti dall'art. 97 Cost. Si può dunque ritenere che in tale disposizione si fondi «un principio di correttezza nei rapporti che la pubblica amministrazione instaura con i terzi», che deve essere intesa come «evoluzione dell'imparzialità che, da principio espresso solo come non discriminazione, si afferma, più di recente, anche come obbligo di correttezza nei comportamenti (omissivi o commissivi) verso i terzi».

(16) Sui capitolati d'appalto come oggetto del contratto che la pubblica amministrazione intende stipulare si rinvia a: S. Ponzio, *I capitolati negli appalti pubblici*, Napoli, 2006.

Note:

(11) Sulla definizione della nozione v. da ultimo: Cons. Stato, sez. VI, 19 luglio 2007, n. 4059; T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 20 marzo 2007, n. 2507, in *www.giustamm.it*; T.A.R. Lombardia, Milano, sez. III, 15 febbraio 2007, n. 266, in *www.lexitalia.it*; Cons. Stato, sez. VI, 30 ottobre 2006, n. 6449, *ivi*; Cons. Stato, sez. V, 23 agosto 2006, n. 4959, *ivi*; T.A.R. Friuli Venezia Giulia, Trieste, 26 ottobre 2006, n. 698, *ivi*; T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 18 gennaio 2005, n. 351, *ivi*. Sull'interpretazione della nozione da parte del giudice comunitario: F. Goisis, *Contributo allo studio delle società in mano pubblica come persona giuridica*, Milano, 2004, 288 ss.; G. Greco, *Appalti di lavori affidati da s.p.a. in mano pubblica: un «retirement» giurisprudenziale non privo di qualche paradosso*, in *Riv. It. Dir. Comun.*, 1995, 1062 ss.; D. Sorace, *Pubblico e privato nella gestione dei servizi pubblici locali*, *ivi*, 1997, 51 ss. L. Righi, *La nozione di organismo di diritto pubblico nella disciplina comunitaria degli appalti: società in mano pubblica e appalto di servizi*, *ivi*, 1996, 347.

(12) La nozione riproduce quella contenuta nella direttiva n. 92/50/CEE, come recepita dal D.Lgs. 17 marzo 1995, n. 157; la definizione è stata ripresa anche dal D.Lgs. n. 163/2006, *Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE* che

più precisi che hanno condotto all'affermazione secondo cui per qualificare un soggetto come «organismo di diritto pubblico» risulta condizione necessaria e sufficiente la presenza, cumulativa, in capo al medesimo di tre elementi identificati nel possesso della «personalità giuridica», che consente di distinguere l'ente dall'amministrazione, giacché ove mancasse tale requisito l'ente andrebbe ad identificarsi con l'amministrazione aggiudicatrice controllante, nel perseguimento della soddisfazione di bisogni di interesse generale di carattere non industriale o commerciale e nella sussistenza di dominanza pubblica (o influenza pubblica dominante). L'influenza pubblica dominante può esplicarsi, a seconda dei casi, nei tre profili alternativi del finanziamento maggioritario da parte di un'altra amministrazione aggiudicatrice, del controllo sulla gestione o sull'organizzazione (nomina della maggioranza dei componenti gli organi di amministrazione, direzione o vigilanza).

La privatizzazione degli enti gestori di forme di previdenza obbligatoria e il perseguimento di bisogni di interesse generale

Il requisito del perseguimento della soddisfazione di esigenze di interesse generale non aventi carattere industriale o commerciale, che taluni definiscono «teleologico» (17), è stato precisato da talune pronunce che lo hanno individuato precipuamente nel mancato utilizzo di criteri imprenditoriali nella gestione, cui consegue la possibile mancanza dell'utile di impresa e nello svolgimento dell'attività in regime non concorrenziale, giacché proprio il carattere non industriale o commerciale dei bisogni di interesse generale perseguiti comporta l'assenza di rischi connessi con l'attività svolta e la remunerazione dei fattori produttivi mediante i ricavi (18). Una tale prospettiva ha condotto la giurisprudenza ad affermare come anche le società costituite nella forma giuridica della società per azioni possano essere qualificate come organismi di diritto pubblico ove non sopportino in proprio il rischio imprenditoriale, ma svolgano la propria attività in favore di «controllanti», qualificabili anch'esse come amministrazioni aggiudicatrici (19). Si è individuato il carattere non industriale o commerciale di una determinata attività in presenza di un collegamento ad un interesse che il legislatore abbia inteso sottrarre ai mercati, «caratterizzati, esclusivamente da una ordinaria attività imprenditoriale, industriale o commerciale» (20). Tale collegamento, ai fini dell'attribuzione ad un ente della qualifica di organismo di diritto pubblico, viene precisato con precipuo riferimento alle attività effettivamente svolte, mediante una valutazione di carattere oggettivo, cui consegue l'irilevanza della circostanza che al momento della sua istituzione tale ente non risultasse deputato alla soddisfazione di bisogni di interesse generale di carattere non industriale e commerciale, o incaricato unicamente di soddisfare tali bisogni o ancora che la soddisfazione di tali bisogni non

rientrasse tra i compiti definiti nello statuto dell'ente medesimo (21).

Note:

(17) S. Del Gatto, *Nanna privata e «sostanza pubblica»*. - Il Consiglio di Stato toma a pubblicizzare un ente privatizzato ope legis, nota a Cons. Stato, sez. VI, 23 gennaio 2006, n. 182, in *Foro Amm. CdS*, 2006, 581.

(18) Cass., Sez. Un., 20 novembre 2003, n. 17635, in *Mass.* 2003, 1987-2003, afferma che «l'azienda elettrica consorziale delle città di Bolzano e Merano non costituisce in quanto ente pubblico economico amministrazione aggiudicatrice in base all'art. 2 del D.Lgs. n. 157 del 1995, né può essere qualificata come organismo di diritto pubblico» giacché difetta del requisito del carattere non industriale o commerciale dei bisogni di interesse generale al cui soddisfacimento il soggetto opera.

(19) T.A.R. Lombardia, Brescia, 8 marzo 2004, n. 203, in *Foro Amm. TAR*, 2004, 594, che ha qualificato l'Enel.it come organismo di diritto pubblico non operante sul mercato dell'informatica con conseguente assunzione del rischio di impresa, ma costituente un ramo dell'Enel (controllante), a sua volta organismo di diritto pubblico. Nello stesso senso v. Cons. Stato, sez. VI, 17 settembre 2002, n. 4711, in *Dir. Proc. Amm.*, 2003, 486, con nota di P. Piza, *Società per azioni di diritto singolare, enti pubblici e privatizzazioni per una rilettura di un recente orientamento del Consiglio di Stato* e in *Foro It.*, 2003, III, 205, che qualifica, in ragione del possesso dei tre requisiti previsti dalla normativa, l'Enel S.p.a. come organismo di diritto pubblico: il requisito della personalità giuridica è soddisfatto dalla veste giuridica di società per azioni; la sottoposizione ad influenza pubblica deriva dal fatto che si tratti di società a prevalente partecipazione pubblica; infine è ritenuto sussistente anche il requisito del soddisfacimento di un interesse non avente carattere industriale o commerciale, poiché per questo non si intende la non imprenditorialità della gestione, ma la funzionalizzazione per il soddisfacimento di bisogni generali della collettività. Nel caso di specie l'Enel.it costituisce organismo di diritto pubblico per svolgere un'attività strettamente funzionalizzata ai bisogni dell'Enel e come tale tenuta ad applicare la disciplina degli appalti pubblici di forniture.

(20) Cons. Stato, sez. V, 22 aprile 2004, n. 2292, in *Foro Amm. CdS*, 2004, 1129; secondo Corte Giust. CE, 27 febbraio 2003, n. 373/00, cit., «l'esistenza di una concorrenza articolata» non comporta necessariamente l'accertamento della mancanza di un bisogno di interesse generale avente carattere non industriale o commerciale rilevante per l'individuazione dell'organismo di diritto pubblico tenuto al rispetto della disciplina comunitaria in materia di scelta del contraente; T.A.R. Lazio, sez. III, 9 giugno 2004, n. 5460, in *Giom. Dir. Amm.*, 2004, n. 1112, con nota di G. Marchi, *Impresa pubblica e organismo di diritto pubblico negli appalti nei settori esclusi* qualifica la Rai-radio televisione italiana S.p.a., «oltre che impresa pubblica, anche organismo di diritto pubblico, secondo la definizione indicata nell'art. 2, comma 1, lett. b) D.Lgs. 17 marzo 1995 n. 158», in quanto «concessionaria (pubblica) del servizio pubblico radiotelevisivo» volta a soddisfare quei bisogni collettivi, indicati dalla legge e dal contratto di servizio, di natura non commerciale o industriale, che non possono essere soddisfatti grazie al solo gioco della concorrenza; tale qualificazione comporta che essa sia tenuta ad applicare le norme dell'evidenza pubblica in tutti i casi in cui «non vi sono norme d'esenzione che afferiscono strumentalmente alla gestione del servizio pubblico».

(21) Corte Giust. CE, 12 dicembre 2002, n. 470/99, *Universale-Bau AG c. Entsorgungsbetriebe Simmering GmbH*, in *Foro It.*, 2004, IV, 337. Corte Giust. CE, 22 maggio 2003, n. 18/01, *Konhonen Oy c. Varkauden Taitotalo Oy*, in questa Rivista, 2003, 1139, con nota di S. Colombari, *Organismo di diritto pubblico delegazione interorganica e diritto della concorrenza. Flessibilità dell'ordinamento comunitario e rigidità del diritto interno* e in *Giom. Dir. Amm.*, 2003, 1027, con nota di C. Guccione, *La nozione di organismo di diritto pubblico nella più recente giurisprudenza comunitaria*. Cons. Stato, sez. VI, 2 marzo 2001, n. 1206, in *Foro It.*, 2002, III, 425 con nota di I. Paola, *Le società per azioni a partecipazione pubblica: pubblicità dell'attività o pubblicità dell'ente?* afferma in proposito che «lo svolgimento da parte di poste italiane S.p.a. anche di attività aventi carattere industriale o commerciale, come il servizio di banco posta non esclude la sua qualificazione come organismo di diritto pubblico»; Cons. Stato, sez. III, 11 aprile 2000, n. 588/00, (segue)

La nozione di bisogni di interesse generale (22), non aventi carattere industriale o commerciale, al cui soddisfacimento l'organismo di diritto pubblico è essenzialmente preordinato, non sembra condurre ad escludere che la soddisfazione di tali bisogni possa avvenire mediante imprese private, dal momento che «lo status di organismo di diritto pubblico» non dipende dalla «rilevanza relativa», nell'ambito dell'attività dell'ente medesimo, del soddisfacimento di bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale e risulta altresì «irrilevante che attività commerciali siano svolte da una persona giuridica distinta appartenente allo stesso gruppo o consorzio» (23). Per la qualificazione di un bisogno come privo del carattere industriale o commerciale il ricorso a valutazioni oggettive consente di comprendere se l'attività svolta possa distinguersi per i propri profili pubblicistici mediante l'impiego di taluni indici che possano contribuire a definirla in quanto tale quali «l'assenza di uno scopo principalmente lucrativo, la mancata assunzione di un rischio connesso all'attività svolta o il finanziamento pubblico di tale attività» (24). In proposito si è avuto modo di precisare che se per un verso «l'esistenza di una concorrenza articolata e la presenza del soggetto sul libero mercato» caratterizzato da una struttura imprenditoriale costituiscono elementi idonei a dimostrare che tale soggetto agisca al fine di soddisfare bisogni non qualificabili d'interesse generale e aventi al contrario carattere industriale o commerciale, sotto differente profilo tale struttura imprenditoriale non parrebbe comportare necessariamente un'incompatibilità con il perseguimento di tali bisogni (d'interesse generale non industriali e commerciali), anche in relazione alla possibilità, aperta dal diritto comunitario, di qualificare lo Stato e gli enti pubblici come «imprese» (25). La forma giuridica di un ente non costituisce un criterio idoneo ad escludere la qualificazione in termini di «amministrazione aggiudicatrice» o la natura giuridica pubblica, dovendosi verificare la sussistenza in capo all'ente interessato dei tre requisiti sopra enunciati (26); tali affermazioni comportano altresì che l'obiettivo di soddisfare bisogni di interesse generale non debba essere perseguito dall'ente necessariamente in via esclusiva o prevalente ben potendo al contrario lo scopo istituzionale dell'ente risultare conforme allo svolgimento di attività commerciali ed accessorie e risultando irrilevante che l'ente operi secondo criteri di efficienza e di imprenditorialità (27).

Il caso sottoposto all'esame della Corte di Cassazione assume caratteri peculiari poiché riguarda l'attribuzione della qualifica di «organismo di diritto pubblico» ad un ente previdenziale di categoria di liberi professionisti. La Cassa è un ente previdenziale privatizzato istituito per lo svolgimento di un'attività, quella della tutela previdenziale ed assistenziale nei confronti dei propri iscritti, che si caratterizza per gli ampi connotati e finalità pubblicistici. Originariamente la Cassa era stata istituita come ente pubblico, dotato di personalità giuridica di di-

Note:

(segue nota 21)

in *Foro It.*, 2002, III, 427, con nota di I. Paola, cit. secondo cui «la società di gestione del sistema informativo del ministero delle finanze e dell'anagrafe tributaria (Sogei), nonostante la sua natura privatistica, deve essere qualificata come organismo di diritto pubblico per tutte le attività oggetto della convenzione di concessione, in virtù della particolare natura dell'atto concessorio che le devolve compiti attinenti a scopi non esclusivamente commerciali o industriali; essa è, pertanto, tenuta ad adottare le procedure concorsuali o negoziate di interesse pubblico previste dalla legge per gli affidamenti a terzi consentiti dalla convenzione».

(22) Sul punto in dottrina v. F.G. Scoca, *Le amministrazioni come operatori giuridici*, in L. Mazzaroli, G. Pericu, A. Romano, F.A. Roveri Monaco, F.G. Scoca, *Diritto amministrativo*, Bologna, 2001, 525 e 526; D. Maramma, *Contributo sull'interpretazione della nozione di organismo di diritto pubblico*, in *Dir. Amm.*, 2000, 594 ss.; F. Gaffuri, *Brevi considerazioni sulla riconducibilità delle società miste nella categoria degli organismi di diritto pubblico*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2000, 257.

(23) Cass., Sez. Un., ord., 8 febbraio 2006, n. 2637, in *www.gustamm.it*, n. 3/2006, con nota di R. Dipace, *L'organismo di diritto pubblico ed i contratti atipici*.

(24) In termini R. Proietti, *Anche gli enti previdenziali dei liberi professionisti sono organismi di diritto pubblico*, nota a Cons. Stato, sez. VI, 23 gennaio 2006, n. 182, in questa *Rivista*, 2006, 730, che precisa che «l'indagine del giudice nazionale deve attenere al carattere commerciale, ma anche pone attenzione alla capacità del soggetto di assicurarsi autosufficienza economica» che si traduce nella capacità di «far fronte esclusivamente con le proprie risorse al rischio imprenditoriale», giacché l'assenza di rischio si traduce nell'assenza del carattere di commercialità del servizio. In giurisprudenza v. già Corte Giust. CE, 10 novembre 1998, n. 360/96, *Gemeente Amhem c. Bfi Holding B V*, in *Foro It.*, 1999, V, 139, con nota di E. Scotti, *I nuovi confini dell'«organismo di diritto pubblico» alla luce delle più recenti pronunce della Corte di giustizia*; in *Giur. It.*, 1999, 394, con nota di B. Mamei, *Le s.p.a. a prevalente capitale pubblico e la categoria dell'organismo di diritto pubblico: la Corte di giustizia risolve i dubbi interpretativi*; in *Riv. Trim. App.*, 1998, 715, con nota di M. Castellaneta, *L'interpretazione dei criteri per la qualificazione dell'organismo di diritto pubblico: recenti chiarimenti dalla Corte di giustizia delle comunità europee*; in *Dir. Proc. Amm.*, 1998, 189 (s.m.), con nota di F. Goisis, *L'art 33 D.Lgs. n. 80/1998 e la giurisdizione amministrativa sulle gare di appalto indette da società miste locali: alcuni argomenti in favore di una loro qualificazione come imprese (pubbliche)*; in *Giorn. Dir. Amm.*, 1999, 316, con nota di C. Nizzo, *L'organismo di diritto pubblico nella direttiva 92/50/CEE*; in questa *Rivista*, 1999, 83, nota di E. Chiti, *Gli organismi di diritto pubblico tra Consiglio di Stato e Corte di Giustizia* e in *Riv. It. Dir. Pubbl. Comun.*, 1999, 157, con nota di G. Greco, *Organismo di diritto pubblico, atto secondo: le attese deluse*. Più di recente Corte Giust. CE, 22 maggio 2003, n. 18/01, cit.

(25) Corte Giust. CE, 27 febbraio 2003, n. 373/00, in *Giur. It.*, 2003, 1687, con nota di R. Caranta, *L'organismo di diritto pubblico questo sconosciuto*; *Id.*, 15 gennaio 1998, n. 44/96, *Mannesmann Anlagenbau Austria A G c. Strohal Rotationsdruck GesmbH*; T.A.R. Lazio, sez. III, 12 febbraio 2002, n. 917, in *Giust. Amm.*, 2002, 285; T.A.R. Piemonte, sez. II, 3 marzo 2004, n. 362, in *I TAR*, 2003, I, 4452 (s.m.), con nota di M. Auditore, *Il comitato organizzatore dei ventesimi giochi olimpici invernali Torino 2006 non è soggetto alla disciplina sul diritto d'accesso e G. Sciarrotta, La nozione di un organismo di diritto pubblico e in questa Rivista*, 2004, 961, con nota di S. Verzaro, *Giochi olimpici invernali e organismi di diritto pubblico ha ritenuto che «il comitato per l'organizzazione dei ventesimi giochi olimpici invernali Torino 2006 non assume qualità di organismo di diritto pubblico, in quanto l'organizzazione delle olimpiadi non risponde ad un bisogno di interesse pubblico e, in ogni caso, il comitato stesso svolge un'attività di tipo imprenditoriale su di un mercato concorrenziale».*

(26) Corte Giust. CE, 13 gennaio 2005, n. 84/03, *Commissione Ce c. Gov. Spagna*, in questa *Rivista*, 2005, 1275, con nota di G. Bardelli, *Nozione di organismo di diritto pubblico, accordi tra pubbliche amministrazioni e fattispecie di procedura negoziata negli appalti pubblici*.

(27) In termini v. Cass., Sez. Un., ord., 8 febbraio 2006, n. 2637, cit.

ritto pubblico, con il compito di provvedere alle erogazioni previdenziali e assistenziali, ex art. 38 Cost. in favore di una specifica categoria di soggetti (i dottori commercialisti) e il cui operato era sottoposto alla «vigilanza del Ministero del lavoro e della previdenza sociale» (28).

È noto il processo che ha condotto alla trasformazione di taluni enti gestori di forme obbligatorie di previdenza e assistenza, tra cui la Cassa nazionale di previdenza e assistenza dei dottori commercialisti, in persone giuridiche private (nella forma giuridica delle associazioni o delle fondazioni, in base all'art. 12 c.c.) disposto con il D.Lgs. 30 giugno 1994, n. 509, *Attuazione della delega conferita dall'art. 1, comma 32, della legge 24 dicembre 1993, n. 537, in materia di trasformazione in persone giuridiche private di enti gestori di forme obbligatorie di previdenza e assistenza* (29). La trasformazione degli enti previdenziali di categoria dei liberi professionisti in soggetti privati ha comportato da un lato l'esclusione di finanziamenti pubblici provenienti dallo Stato o da altre pubbliche amministrazioni e dall'altro l'affermazione del carattere previdenziale e assistenziale dell'attività svolta da tali soggetti (30).

Taluni hanno evidenziato che la qualificazione degli enti previdenziali (privatizzati) come soggetti privati non elimina gli elementi idonei a distinguere tali soggetti, da un punto di vista sostanziale, dagli altri soggetti privati per le caratteristiche pubblicistiche dell'attività che sono istituzionalmente chiamati a svolgere (31).

La qualificazione della Cassa nazionale di previdenza e assistenza dei dottori commercialisti in termini di «organismo di diritto pubblico» pare riconducibile anzitutto al fatto che essa, pur avendo assunto la veste giuridica dell'associazione a seguito del procedimento di «privatizzazione» di taluni enti di categoria dei liberi professionisti e, conseguentemente, la personalità giuridica di diritto privato, opera come ente senza scopo di lucro, deputato allo svolgimento di attività previdenziali e assistenziali in favore di professionisti obbligati, in base alla legge, all'iscrizione e alla contribuzione e conseguentemente volto a perseguire il soddisfacimento di bisogni di interesse generale di carattere non industriale o commerciale ai sensi dell'art. 38 della Costituzione (32). Il fenomeno della privatizzazione cui è conseguita la trasformazione degli enti previdenziali in associazioni o fondazioni, giustificato per taluni da esigenze connesse alla finanza pubblica, non ha infatti compromesso il sistema della contribuzione obbligatoria, che connota il principio «solidaristico che informa il sistema di previdenza vigente nell'ordinamento» (33).

Il riconoscimento costituzionale di un diritto alla tutela previdenziale in capo a ciascun lavoratore (art. 38, comma 2, Cost.) consente di qualificare il bisogno da soddisfare in termini di interesse generale in una prospettiva ove le singole forme obbligatorie di assicurazione della tutela, pur rivolte a specifiche collettività di soggetti, sono finalizzate al perseguimento di un interesse gene-

rale che, per tale ragione, non può essere degradato ad interesse collettivo (34). La tutela previdenziale si configura infatti come bisogno primario connesso alle esigenze di vita dei lavoratori e conduce conseguentemente a qualificare l'interesse all'assicurazione della previdenza come privo del carattere industriale o commerciale, mentre il processo di privatizzazione sembra essersi concentrato più propriamente sugli aspetti contabili, organizzativi, amministrativi, oltre che su quelli relativi alla gestione delle risorse dell'ente, senza compromettere lo svolgimento dell'attività, strettamente pubblicistica, che pare porsi, peraltro, come ragione istitutiva dell'ente (35).

Note:

(28) L. 3 febbraio 1963, n. 100.

(29) In argomento *ex multis* v. G. Scartozzi, *Privatizzazioni (privatizzazione degli enti previdenziali)*, in *Enc. Giur.*, Roma, vol. XXIV, 1996; G. Ferraro e F. Mazziotti (a cura di), *Il sistema pensionistico riformato - dalla legge delega 421/1992 al D.Lgs. 585/1993*, Napoli, 1994; S. Cassese, *Gli enti previdenziali privatizzati*, in *Giom. Dir. Amm.*, 1995, n. 1, 121; S. Centofanti, *La privatizzazione debole degli enti previdenziali*, in *Giust. Civ.*, 1994, II, 615; A. Androni, *Appunti di costituzionalità sulla privatizzazione degli enti previdenziali*, in *Riv. Giur. Lav.*, 1995, I, 59; L. Battista, *Brevi osservazioni sulla privatizzazione degli enti previdenziali*, in *Dir. Lav.*, 1995, I, 293; F. De Leonardis, *Soggettività privata e azione amministrativa - cna dell'interesse generale e autonomia privata nei nuovi modelli di amministrazione*, Padova, 2000, 107 ss.

(30) L'art. 1, commi 32 ss., L. 24 dicembre 1993, n. 537, ha in particolare delegato il governo ad operare il riordino e la soppressione di enti pubblici di previdenza e assistenza, nonché a privatizzare enti che non usufruivano di finanziamenti pubblici. Per tutti sul tema v.: M. Cinelli, *Diritto della previdenza sociale*, Torino, 2003, 107 ss.; M. Persiani, *Diritto della Previdenza sociale*, Padova, 2002, 62 ss.; M.R. Pacelli, *La privatizzazione degli enti pubblici previdenziali*, Torino, 2000; P. Pontrodolfi, *La privatizzazione degli enti di previdenza dei liberi professionisti*, in *Giust. Civ.*, 1997, 365 ss.

(31) In questi termini v. L. Carbone, *Profili privatistici e pubblicistici degli enti previdenziali categoriali dei liberi professionisti*, nota a *Cons. Stato*, sez. VI, 23 gennaio 2006, n. 182, in *Foro It.*, 2003, III, 201.

(32) V. art. 1, commi 2 e 3, D.Lgs. n. 509/1994, cit. In giurisprudenza *Cass.*, Sez. Un., ord., 15 maggio 2006, n. 11088, in *www.giustamm.it*, n. 6/2006; T.A.R. Lazio, sez. III, 3 giugno 2005, n. 4364, in *Dir. & Giust.*, 2005, f. 29, 90, con nota di R. Proietti, qualifica la Cassa Nazionale di previdenza e assistenza dei dottori commercialisti come organismo di diritto pubblico, «ai fini dell'assoggettamento alla disciplina prevista per i soggetti aggiudicatori di pubblici incanti di servizi, in quanto ente dotato di personalità giuridica, istituito per soddisfare specifiche finalità d'interesse generale non aventi carattere industriale o commerciale, la cui attività è finanziata in modo maggioritario dallo stato, dalle regioni, dagli enti locali, da altri enti pubblici o organismi di diritto pubblico e la cui gestione è sottoposta al controllo dei medesimi enti pubblici; ne consegue l'illegittimità del provvedimento di indizione di una procedura di selezione informale del soggetto al quale affidare il servizio di copertura sanitaria in favore degli iscritti alla cassa, sfornita delle garanzie e delle cautele dell'evidenza pubblica». Sul punto v. R. Proietti, *Anche gli enti previdenziali dei liberi professionisti sono organismi di diritto pubblico*, nota a *Cons. Stato*, sez. VI, 23 gennaio 2006, n. 182, in questa *Rivista*, 2006, 723.

(33) In questi termini v. M. Spinozzi, *Previdenza obbligatoria e soggetti privati esercenti pubbliche funzioni*, in *Foro Amm. CdS*, 2006, 1968 ss.

(34) *Cass.*, Sez. Un., ord., n. 11088/2006, cit.

(35) In questi termini v. L. Carbone, *Profili privatistici e pubblicistici degli enti previdenziali categoriali dei liberi professionisti*, cit., anche nei richiami a P. Bozzao, *Gli enti previdenziali privatizzati*, in R. Pessi (a cura di), *La riforma del sistema previdenziale* Padova, 1995, 332, il quale afferma che «la privatizzazione riguarda sostanzialmente la natura dell'ente, ma non l'attività (segue)»

La privatizzazione degli enti gestori di forme di previdenza obbligatoria e l'influenza pubblica dominante

La Corte di Cassazione ritiene nel caso di specie sussistente anche il requisito dell'influenza pubblica dominante, necessario per la configurazione dell'ente come organismo di diritto pubblico (36). Tale ultimo requisito può esplicarsi, alternativamente in un finanziamento maggioritario, nel controllo sulla gestione, o nel controllo sull'organizzazione che comporta la designazione della maggioranza dei componenti degli «organi di amministrazione, di direzione o di vigilanza» da parte di un'altra amministrazione aggiudicatrice (37). Il finanziamento pubblico, ai fini dell'integrazione della fattispecie, deve essere maggioritario e, pertanto i conferimenti provenienti da altre amministrazioni aggiudicatrici devono superare il 50% dell'ammontare complessivo delle entrate dell'ente. Per la definizione di «finanziamento pubblico» si è resa necessaria una distinzione tra finanziamenti e corrispettivi; in particolare si è evidenziato che solo i primi appaiono idonei ad integrare la fattispecie in esame, poiché si caratterizzano per l'assenza di un «nesso di corrispettività con le prestazioni eventualmente fornite dal beneficiario del vantaggio economico» (38). In tale prospettiva si è orientato anche il giudice comunitario che ha ritenuto qualificabili come finanziamenti pubblici solo le prestazioni che si risolvono in aiuti finanziari erogati, a prescindere da una controprestazione, al fine di sostenere o rafforzare l'ente finanziato e che appaiono idonei a generare un legame di dipendenza di tale soggetto rispetto all'amministrazione aggiudicatrice che abbia erogato il finanziamento.

Proprio sul punto la decisione in epigrafe si discosta da quella adottata dal giudice di seconda istanza che ha ritenuto sussistente il requisito *de quo* sia in relazione al finanziamento delle Casse previdenziali da parte dello Stato che con riferimento al controllo esercitato sulle medesime. Il giudice d'appello aveva ritenuto sussistente il finanziamento pubblico poiché riconducibile all'obbligatorietà della contribuzione, prevista dalla legge anche a seguito della privatizzazione, a tal fine equiparando la contribuzione ad un'obbligazione tributaria idonea ad integrare un finanziamento (pubblico), pur indiretto in quanto effettuato mediante la collettività, in favore delle Casse dei liberi professionisti. In particolare si è evidenziato che «la contribuzione obbligatoria ex artt. 10 e 11 della L. 29 gennaio 1989, n. 21, pur non assurgendo di per sé ad un'obbligazione formalmente tributaria, in realtà ne partecipa di tutti gli aspetti, di talché, concretandosi in un'erogazione di denaro necessitata *ex lege*, realizza lo schema del finanziamento pubblico della Cassa ancorché non nell'esclusivo interesse di questa, ma pure per soddisfare esigenze solidaristiche, quali sono quelle sottese ai tipi di trattamenti e di prestazioni erogabili agli iscritti» (39). Tale impostazione ha incontrato le critiche della dottrina sul presupposto che la normativa comunitaria che regola l'affidamento dei pubbli-

ci appalti è finalizzata ad evitare che la concorrenza tra operatori possa essere pregiudicata e comporta la necessità di procedere alla scelta del contraente mediante l'espletamento di una gara, con ricorso alla figura dell'organismo di diritto pubblico, ove l'influenza pubblica che consegue al «finanziamento maggioritario» risulti tale da incidere sulle scelte effettuate dall'ente, ma soprattutto ove non sia possibile individuare una «causa diversa ed ulteriore» rispetto a quella che permette al soggetto finanziatore di esercitare un'influenza dominante sul soggetto finanziato. In relazione al caso in commento si è invece evidenziato che, sebbene la contribuzione sia effettuata nei confronti della Cassa previdenziale di appartenenza sembra possibile individuare una ragione diversa rispetto a quella del mantenimento di un controllo sull'ente, giacché i soggetti obbligati, i liberi professionisti, adempiono all'obbligo contributivo nel loro interesse e non nell'interesse dello Stato nella prospettiva di ricevere, «anche se non nell'immediato», un beneficio dalla Cassa, che si distingue come ente che non utilizza denaro della collettività latamente intesa, bensì proveniente, pur in relazione all'adempimento di un obbligo contenuto nella legge, da un ambito di soggetti ben delimitato (40).

La seconda forma alternativa in cui si manifesta l'in-

Note:

(segue nota 35)

dello stesso che continua a restare pubblica». L. Carbone, *La tutela previdenziale dei liberi professionisti*, Torino, 1998, 40; P. Pontrandolfi, *La privatizzazione degli enti di previdenza dei liberi professionisti*, cit.

(36) Cfr. art. 3, comma 26, D.Lgs. n. 163/2006, cit.

(37) Cons. Stato, sez. II, 30 giugno 2004, n. 2957/04, in *Cons. Stato*, 2005, I, 140; T.A.R. Friuli Venezia Giulia, Trieste, 26 ottobre 2006, n. 698, in *www.lexitalia.it*, n. 11/2006. Sul punto v. anche T.A.R. Lazio, sez. III, 19 novembre 2004, n. 13574, in *Foro Amm. TAR*, 2004, 3375, secondo cui «l'attività contrattuale posta in essere dall'università del Sacro Cuore di Milano, per le esigenze proprie del policlinico A. Gemelli di Roma, in materia di trasporto di infermi, bioliquidi e sangue, non è assoggettata alla disciplina di cui alla direttiva comunitaria 92/50/CEE ed al D.Lgs. n. 157/95, in quanto le università libere non possono essere annoverate tra le amministrazioni aggiudicatrici di cui all'art. 2, lett. a) D.Lgs. cit., ma tra gli organismi di diritto pubblico, di cui alla successiva lett. b)»; nel caso di specie, il detto ateneo non è qualificato come organismo di diritto pubblico in quanto pur dotato di personalità giuridica e pur perseguendo un fine pubblico, tuttavia non è finanziato in modo maggioritario da soggetti pubblici o da questi controllato nella gestione, né i suoi organi di amministrazione, di direzione e vigilanza sono costituiti, almeno per la metà, da componenti designati da soggetti pubblici.

(38) D. Casalini, *L'organismo di diritto pubblico, l'impresa pubblica e la delimitazione soggettiva della disciplina sugli appalti pubblici*, cit. 3828 e 3829.

(39) In termini: Cons. Stato, sez. VI, 23 gennaio 2006, n. 182, cit.

(40) In questi termini: S. Del Gatto, *Natura privata e «sostanza pubblica»*. - *Il Consiglio di Stato torna a pubblicizzare un ente privatizzato ope legis*, cit. 583 e 584; Corte Giust. CE, 3 ottobre 2001, n. 380/98, *The Queen c. H.M. Treasury*. D. Casalini, *L'organismo di diritto pubblico e l'organizzazione in house*, Napoli, 2003, 117 ss.; R. Garofoli, *Gli organismi di diritto pubblico: scelta dell'appaltatore e profili di giurisdizione*, in *Serv. Pubbl. e App.*, 2004, 53 ss. Sulle questioni relative al riparto di giurisdizione v. B. Mamei, *L'organismo di diritto pubblico. Profili sostanziali e processuali*, Milano, 2003.

influenza pubblica dominante, si identifica nel potere di designazione, spettante allo Stato, agli enti locali o agli altri organismi di diritto pubblico, in misura superiore alla metà, dei componenti gli organi di amministrazione, di direzione o di vigilanza dell'organismo medesimo, mentre la terza ipotesi coincide con il controllo esercitato dai menzionati enti sulla gestione dell'organismo (41). La giurisprudenza ha sul punto affermato che allorché l'organismo di diritto pubblico sia anche una società per azioni, la nozione di controllo deve essere ricavata dall'art. 2359 c.c., secondo la definizione fornita dal diritto commerciale. Il fondamento del potere di nomina viene così individuato nella partecipazione maggioritaria al capitale dell'organismo oppure viene ricondotta a poteri speciali, connessi con la partecipazione alla società, previsti dalla legge, dall'atto costitutivo o dallo statuto dell'organismo in base all'art. 2449 c.c. o, infine si fonda su patti parasociali stipulati con il precipuo obiettivo di «stabilizzare gli assetti proprietari o il governo della società secondo quanto previsto dall'art. 2341 ss. c.c.» (42).

Il terzo elemento idoneo ad integrare il requisito dell'influenza dominante della pubblica amministrazione è riferito all'ipotesi in cui la gestione di un ente sia sottoposta ad un controllo da parte di un'altra amministrazione aggiudicatrice. Tale ipotesi di dominanza pubblica, che taluni definiscono «residuale» individua il proprio «parametro di riferimento» nel controllo strutturale (finanziamento maggioritario o nomina dei componenti di vertice), che si caratterizza per un rapporto di dipendenza maggiormente accentuato rispetto a quello originato da un controllo riferito all'attività. Il controllo sulla gestione non consiste in «un mero controllo, a posteriori» ma si risolve in un controllo idoneo ad estendersi «all'esattezza, alla regolarità, all'economicità, alla redditività e alla razionalità dell'amministrazione corrente» (43).

Nel caso in esame la Corte di Cassazione ritiene integrato il requisito dell'influenza pubblica dominante unicamente in relazione al controllo esercitato dallo Stato sull'attività degli enti previdenziali privatizzati che gestiscono forme obbligatorie di assistenza. Il fondamento dell'esistenza di un'ingerenza, sottoforma di «controllo sulla gestione», dell'amministrazione controllante che risulta tale da influenzare le scelte gestionali assunte dall'organismo controllato si rinviene proprio nel processo di privatizzazione di tali enti disposto ai sensi del D.Lgs. n. 509/1994, cit (44). Tali enti, pur avendo assunto la forma giuridica di associazioni vedono limitata la loro autonomia gestionale e organizzativa in ragione del carattere, essenzialmente pubblicistico, dell'attività istituzionale che sono chiamati a svolgere. In particolare sono considerati indici rivelatori della dominanza pubblica: il potere di nomina di organi straordinari in caso di disavanzo economico finanziario o violazioni di legge che compromettano la corretta gestione dell'ente attribuito al Ministero del lavoro e della previdenza sociale

nonché agli altri Ministri competenti che si colloca nell'ambito dell'esercizio di un più ampio potere di vigilanza sugli organi dell'ente (45); la richiesta di approvazione (sempre spettante al Ministero del lavoro e della previdenza sociale di concerto con i ministri competenti) dello statuto, dei regolamenti e delle delibere relative alla materia contributiva e prestazionale cui consegue il potere di effettuazione di rilevi in merito ai bilanci preventivi e ai conti consuntivi, alle note di variazione del bilancio di previsione, ai criteri relativi all'individuazione e ripartizione del rischio relativo alla scelta degli investimenti o alle delibere inerenti i criteri direttivi generali (46).

È previsto altresì un controllo generale sulla gestione del sistema assicurativo obbligatorio al fine di assicurare la legalità e l'efficacia effettuato dalla Corte dei Conti che annualmente riferisce al Parlamento. La presenza di tali elementi consente di qualificare gli enti previdenziali privatizzati, deputati alla gestione di forme di previdenza obbligatorie, come organismi di diritto pubblico.

La delineata nozione di «organismo di diritto pubblico» si distingue rispetto a quella relativa alla cd. orga-

Note:

(41) Cass., Sez. Un., 12 maggio 2005, n. 9940, in *Mass.*, 2005, 542. Si veda da ultimo: Cons. Stato, sez. VI, 19 luglio 2007, n. 4059, cit., ove con riguardo all'Ente nazionale di previdenza e assistenza dei medici odontoiatri si afferma che in base all'art. 1, comma 3, del D.Lgs. n. 509/1994 «gli enti trasformati continuano a svolgere le attività previdenziali in atto riconosciute alle categorie di lavoratori e di professionisti per i quali sono stati originariamente istituiti e resta ferma "l'obbligatorietà dell'iscrizione e della contribuzione"». Le risorse della fondazione sono quindi assicurate «*jure imperii*» dall'ordinamento generale in base ad obblighi imposti da norme di diritto pubblico. Il dato formale del finanziamento a carico di un soggetto pubblico cui fa richiamo l'art. 2, comma 6, lett. a), del D.Lgs. n. 109/1994 non va quindi ristretto ai singoli casi di erogazione, contribuzioni, trasferimenti, attraverso gli ordinari strumenti di contabilità pubblica, ma si realizza anche nei casi in cui, a mezzo di atti aventi forza di legge, si convogliano risorse economiche in favore dell'ente in adempimento di obbligazioni «*ex lege*» cui i soggetti interessati non possono liberamente sottrarsi.

(42) D. Casalini, *L'organismo di diritto pubblico, l'impresa pubblica e la delimitazione soggettiva della disciplina sugli appalti pubblici*, cit. 3829. In giurisprudenza: T.A.R. Lombardia, sez. III, 23 dicembre 1999, n. 5049, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Comun.*, 2000, 415; T.A.R. Friuli Venezia Giulia, 19 giugno 2000, n. 515, in *I TAR*, 2000, I, 2234 e in *Giur. It.*, 2000, 2414.

(43) Corte Giust. CE, 27 febbraio 2003, n. 373/00, *Tudley GmbH c. Bestattung Wien GmbH*, in *Giur. It.*, 2003, 1687, cit., che afferma che un controllo sul bilancio di esercizio consente di verificare che la gestione sia «esatta, regolare, improntata a risparmio, redditizia e razionale».

(44) Normalmente il controllo sulla gestione si cumula con le altre due ipotesi di dominanza pubblica; pertanto nell'ipotesi in cui, come nel caso in esame, il controllo sull'attività sia l'unico individuabile si rende necessario verificare se tale controllo sia tale da determinare una dipendenza analoga a quella derivante da un controllo strutturale, quindi a prescindere da un finanziamento maggioritario o da un controllo strutturale. In tal senso: Corte Giust. CE, 1° febbraio 2001, n. 273/99, *Commissione CE c. Repubblica francese*, in *www.cnta.eu.int*. V. anche Corte Giust. CE, 22 maggio 2003, n. 18/01, cit.

(45) Cfr. anche T.A.R. Lazio, sez. II-bis, 9 maggio 2001, n. 4034.

(46) V. sul punto le previsioni di cui all'art. 2, commi 4-5-6 e art. 3, commi 1-2-3, D.Lgs. n. 509/1994, cit.

nizzazione *in house*. L'individuazione di un ente *in house* richiede infatti la verifica della sussistenza di un rapporto organizzativo e non contrattuale tra lo Stato o un ente pubblico territoriale e l'ente *in house*. In tale rapporto organizzativo si distinguono due elementi: il primo esprime la dipendenza giuridica dell'ente *in house* rispetto al soggetto pubblico, che esercita sul primo un controllo analogo a quello esercitato sui propri uffici, che si risolve nel controllo strutturale sugli organi o sulla gestione; il secondo riguarda invece la dipendenza economica dell'ente produttore *in house* che deve caratterizzarsi per la destinazione principale o esclusiva dell'attività svolta (47). L'*in house providing* esprime l'autonomia organizzativa della pubblica amministrazione come scelta di «autoprodurre le prestazioni di cui necessita» e si pone, di conseguenza come limite all'applicazione delle regole poste a tutela del confronto concorrenziale tra operatori per la scelta della controparte contrattuale (48).

Nel caso in esame la gara pubblica per la stipulazione dei contratti degli enti previdenziali che hanno assunto una forma giuridica privata risulta invece essenziale al perseguimento del fine pubblico al cui raggiungimento è finalizzata la loro attività; peraltro si può ricordare che ogni dubbio sulla qualificazione di tali enti come «organismi di diritto pubblico» è stato superato per effetto

dell'inclusione, nell'allegato n. 3 alla direttiva n. 18/2004/CE, cit., tra le categorie degli organismi di diritto pubblico di quella degli «enti che gestiscono forme obbligatorie di previdenza e di assistenza».

Note:

(47) Il requisito della «destinazione principale dell'attività» a favore dell'amministrazione controllante sembra oggi doversi intendere come destinazione esclusiva dell'attività. Sui presupposti dell'*in house* si veda da ultimo: C.G.A., sez. giur., 4 settembre 2007, n. 719, in www.neldiritto.it, n. 17 - settembre 2007, secondo cui «perché possa farsi luogo ad un affidamento diretto *in house* devono ricorrere le seguenti condizioni: la totale proprietà delle azioni, o comunque del capitale da parte del soggetto pubblico; il controllo totale della volontà formale della persona giuridica attraverso l'espressione degli amministratori; la sussistenza di un controllo specifico non solo sulle procedure formali di manifestazioni di volontà (contratti), ma anche sulle politiche aziendali, per garantire che esse non si evolvano in direzione contraria o comunque diversa dai semplici e stringenti bisogni tecnici dell'azionista. È quello che, in sostanza, definiamo "controllo analogo"; l'esclusività dell'attività a favore dei soggetti pubblici (uno o più non rileva) che l'hanno costituita o che ne sono proprietari». V. anche S. Colombari, «Delegazione interorganica» ovvero «*in house providing*» nei servizi pubblici locali, in *Foro Amm.CdS*, 2004, 1141 ss. In argomento v. anche R. Cavallo Perin, *Commento agli artt. 112, 113 e 113 bis*, in R. Cavallo Perin, A. Romano (dir.), *Commentario breve al Testo Unico sull'ordinamento degli enti locali*, Padova, 2006, 604 ss.

(48) Sul punto ancora: R. Cavallo Perin, D. Casalini, *L'in house providing: un'impresa dimezzata*, cit., 59 ss.

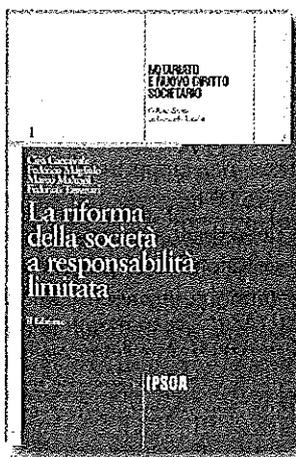
LIBRI

COLLANA: Notariato e nuovo diritto societario diretta da G. Laurini

La riforma della società a responsabilità limitata

II edizione

Ciro Caccavale, Federico Magliuolo, Marco Maltoni, Federico Tassinari



La seconda edizione del volume ha mantenuto pressoché immutato l'impianto sistematico della prima edizione, ma è stata ampliata ed integrata con le ultime novità dottrinarie e giurisprudenziali, in modo da fornire al lettore un panorama completo ed attuale della nuova società a responsabilità limitata.

Notevoli sono stati gli interventi integrativi sul piano bibliografico. Del pari si è provveduto ad integrare il volume, oltre che con le novità normative, anche con tutte quelle nuove questioni interpretative che sono sorte successivamente alla pubblicazione della prima edizione e delle quali, dunque, quest'ultima non aveva potuto tenere conto.

Una particolare attenzione è stata prestata agli studi elaborati dal Consiglio Nazionale del Notariato ed alle massime socie-

tarie emesse dalle apposite commissioni costituite in seno al Consiglio Notarile di Milano ed al Comitato Interregionale dei Consigli Notarili delle Tre Venezie, di grande utilità per gli operatori della materia. Anche le tecniche contrattuali dell'Appendice sono state aggiornate ed integrate per dare concretezza alle indicazioni teoriche esposte dagli autori.

ipsoa 2007, pagg. 840, € 80,00
Cod. 75443

Per informazioni e acquisti

- Servizio Informazioni Commerciali
(tel. 02.82476794 - fax 02.82476403)
- Agente ipsoa di zona (www.ipsoa.it/agenzie)
- www.ipsoashop.ipsoa.it

Organismo di diritto pubblico

La qualificazione giuridica delle società concessionarie di autostrade

Consiglio di Stato, sezione IV, 13 marzo 2008, n. 1094 - Pres. Saltelli - Autostrade per l'Italia s.p.a. c. NBA Insurance Brokers s.r.l. e AON s.p.a.

Una società il cui oggetto sociale principale è la costruzione e la gestione di autostrade, indipendentemente dalla sua organizzazione giuridica di società per azioni, ha finalità oggettivamente pubbliche e la sua attività, anche per essere esercitata in regime di concessione, ha natura di attività amministrativa e non di attività di diritto privato.

La costruzione e la gestione delle autostrade costituisce evidentemente attività idonea a soddisfare bisogni ed interessi pubblici generali: un'attività industriale o commerciale svolta in stretta correlazione con un interesse pubblico perde la sua tradizionale connotazione giuridica ed economica per acquistare quella specifica dell'ordinamento comunitario, così che il carattere non industriale va individuato quando sussiste un collegamento ad un interesse che il legislatore ha inteso sottrarre dai mercati improntati esclusivamente all'ordinaria attività imprenditoriale, industriale o commerciale.

Omissis.

IL COMMENTO di Claudio Guccione

Nella sentenza in commento, il Consiglio di Stato, nell'affrontare il tema della qualificabilità della società Autostrade per l'Italia come organismo di diritto pubblico, sembra essersi discostato dall'approccio sostanzialista comunitario, secondo il quale, per provare tale qualificazione, è esclusivamente necessario riscontrare la sussistenza in capo ad un soggetto dei tre elementi costitutivi della nozione in questione (ossia il possesso della personalità giuridica, l'istituzione per il soddisfacimento specifico di esigenze di interesse generale prive di carattere industriale o commerciale e la c.d. influenza pubblica dominante). Difatti, la disamina che ha condotto all'attribuzione ad Autostrade della veste di organismo di diritto pubblico è stata incentrata sull'attività di interesse generale svolta, definita «oggettivamente pubblica», e sul modulo concessorio nell'ambito del quale essa viene esercitata.

Il fatto

Autostrade per l'Italia s.p.a. aveva affidato il servizio

di brokeraggio assicurativo per l'anno 1998 mediante trattativa privata. La società che gestiva il servizio in precedenza ha impugnato tale affidamento sostenendo che avrebbe dovuto essere effettuato nel rispetto delle regole comunitarie e nazionali sull'evidenza pubblica.

Il Tar ha accolto il ricorso, annullando l'atto di affidamento e condannando la stazione appaltante al risarcimento del danno nei confronti della società ricorrente. Secondo il giudice amministrativo di primo grado, infatti, la società Autostrade, quale concessionaria di pubblico servizio, «soggiace senz'altro alle regole del d.lgs. n. 157/1995 e, quindi, all'evidenza pubblica, laddove intenda acquistare dal mercato beni e servizi comunque inerenti ai compiti dedotti nel rapporto concessorio». Inoltre, secondo il Tar, non è stato provato che il rapporto di brokeraggio in questione riguardasse le prestazioni di natura assicurativa estranee all'attività relativa alla concessione della rete autostradale.

Il Consiglio di Stato ha confermato la sentenza del Tar, seppur con motivazioni in parte differenti.

Il Consiglio di Stato, innanzitutto, ai fini della qualificazione della società ricorrente quale organismo di di-

ritto pubblico (1), ha ritenuto «decisiva la circostanza che, ai sensi della disposizione contenuta nel sesto comma dell'articolo 10 della legge 24 dicembre 1993, n. 537, la costruzione e la gestione delle autostrade è l'oggetto sociale principale della Società Autostrade s.p.a., con la conseguenza che detta società, indipendentemente dalla sua organizzazione giuridica di società per azioni di diritto privato (2), ha finalità oggettivamente pubbliche e la sua attività, anche per essere esercitata in regime di concessione amministrativa, ha natura di attività amministrativa e non di attività di diritto privato».

Il riconoscimento in capo alla società Autostrade della qualifica di organismo di diritto pubblico, dunque, è stato fondato sul suo oggetto sociale e sull'esercizio della sua attività in regime di concessione. Per entrambi i profili ci sono alcune precisazioni da fare.

Il regime di concessione

Per quanto riguarda il regime di concessione amministrativa, il ragionamento del Consiglio di Stato sembra ispirato ad un orientamento della Cassazione degli anni '90, quello secondo il quale il concessionario costituirebbe un organo indiretto della pubblica amministrazione (3).

A tale proposito occorre rilevare che la legislazione comunitaria (4), la quale, d'altra parte, ha permeato definitivamente la normativa nazionale (5), in primo luogo attribuisce alla concessione di lavori pubblici una qualificazione in termini di «contratto»; in secondo luogo, opera una netta distinzione tra concessionari di lavori pubblici che siano qualificabili come amministrazioni aggiudicatrici e concessionari di lavori pubblici che non siano qualificabili come tali (6): con ciò dimostrando che il riconoscimento in capo ad un soggetto della natura di amministrazione aggiudicatrice/organismo di diritto pubblico non discende dalla sua veste di concessionario di lavori pubblici.

A margine, inoltre, per quanto specificamente concerne l'attività svolta dalla concessionarie di autostrade, si segnala che l'art. 10, c. 8, della legge 24 dicembre 1993, n. 537, la definisce di natura privata.

L'oggetto sociale e le finalità pubbliche

La motivazione principale che il Consiglio di Stato ha posto a fondamento della propria decisione è l'istitu-

Note:

(1) Ai sensi dell'art. 3, c. 26, del d.lgs. n. 163/2006 «l'organismo di diritto pubblico è qualsiasi organismo, anche in forma societaria:

a) istituito per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale;

b) dotato di personalità giuridica;

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 di 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».

Sulla necessaria compresenza di tali tre elementi cfr. Corte giustizia Ce, 15 gennaio 1998, in causa C-44/96, *Mannesmann Anlagenbau Austria, in Foro it.*, 1998, IV, 133, con commento di R. Garofoli, *L'organismo di diritto pubblico: orientamenti interpretativi del giudice comunitario e dei giudici italiani a confronto*; Corte di giustizia Ce, 10 novembre 1998, in causa C-360/96, *Gemeente Amhem e Gemeente Rheden c. BFI Holding*, in questa Rivista, 1999, 4, 319, con commento di C. Nizzo, *L'organismo di diritto pubblico nella direttiva 92/50/CEE*, nonché in *Urb. e app.*, 1999, I, 85, con commento di E. Chiti, *Gli organismi di diritto pubblico tra Consiglio di Stato e Corte di Giustizia*; Corte di giustizia Ce 10 maggio 2001, in causa C-223/99 e C-260/99, *Agorà S.r.l. c. Ente Autonomo Fiera Internazionale di Milano*, in questa Rivista, 2001, 9, 900, con commento di E. Chiti, *Cala il sipario sull'Ente Fiera di Milano*, nonché in *Urb. e app.*, 2001, 9, 981, con commento di B. Marneli, *La Corte di Giustizia conferma l'estranietà dell'Ente Fiera dalla nozione di organismo di diritto pubblico*; Corte di giustizia Ce 15 maggio 2003, in causa C-214/2000, *Commissione delle Comunità Europee c. Regno di Spagna*, in *Consiglio di Stato*, 2003, fasc. 5-6, 1073, con commento di M. Antonucci, *La definizione ampliata di organismo di diritto pubblico nell'Unione Europea*, nonché in questa Rivista, 2003, 9, 899, con commento di E. Chiti, *La tutela cautelare ante causam nel processo amministrativo: uno sviluppo davvero ineluttabile?*, e in *Urb. e app.*, 2003, 8, 885, con commento di R. Caranta, *La tutela cautelare ante causam contro gli atti adottati dalle amministrazioni aggiudicatrici*; Corte di giustizia Ce 22 maggio 2003, in causa C-18/2001, *Tatotalo Oy.*, in questa Rivista, 2003, 10, 1027, con commento di C. Guccione, *La nozione di organismo di diritto pubblico nella più recente giurisprudenza*.

(2) Relativamente alla neutralità della forma giuridica di società di diritto privato, si veda *Commissione delle Comunità europee c. Regno di Spagna*, cit.

Nell'ambito della giurisprudenza nazionale, si è pervenuti ad attribuire la veste di organismo di diritto pubblico anche in capo a soggetti privati. Cfr., tra le tante: *Cons. Stato*, sez. V, 24 settembre 2001 n. 5007; *Cons. Stato*, sez. VI, 7 giugno 2001, n. 3090 e *Cons. Stato*, sez. V, 10 aprile 2000, n. 2078; *Cons. Stato*, sez. VI, 17 settembre 2002, cit.; *Cons. Stato*, 23 agosto 2006, n. 4959; *Cass. Civ.*, sez. un., 23 aprile 2008, n. 10443.

In dottrina, sul punto, si confrontino: R. Garofoli, *Organismi di diritto pubblico: criteri di identificazione e problemi di giurisdizione*, in *Urb. e app.* 1997, 9, 969 ss.; R. Luce, *Gli organismi di diritto pubblico*, in questa Rivista, 2001, 3, 287 ss., relativamente all'EUR S.p.a. e, da ultimo, G. Pasquini, *La nozione di organismo di diritto pubblico: merè montante*, in questa Rivista, 2001, 9, 912 ss. Anche le società miste possono rientrare nel novero degli organismi di diritto pubblico, qualora svolgano funzioni inerenti pubblici poteri; al contrario, quando tali società svolgono le proprie funzioni in regime di concorrenza, non possono ritenersi organismi di diritto pubblico (in proposito, vedasi: B. Marneli, *Un possibile ridimensionamento della nozione di organismo di diritto pubblico*, nota di commento a *Cons. Stato*, sez. V, ord. 11 luglio 2001, nn. 3847 e 3848 ed alla Circolare del Ministero per le Politiche Comunitarie del 19 ottobre 2001, n. 12727, in *Urb. e app.*, 2002, I, 69 ss.).

(3) Il Consiglio di Stato, a tal proposito, rinvia alla sentenza della Cassazione penale, 20 maggio 1998, n. 8854, a sua volta riecheggiante la sentenza della Cassazione civile, sez. un., 29 dicembre 1990, n. 12221, in *Giurisprudenza it.*, 1992, 2, 321, con commento di F. Satta, *Concessione di opere pubbliche e atti del concessionario*.

(4) L'art. 1, par. 3, della direttiva 2004/18/CeE definisce 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».

(5) Le concessioni di lavori pubblici, secondo la definizione contenuta nell'art. 3, c. 11, del d.lgs. n. 163/06, sono «contratti a titolo oneroso, conclusi in forma scritta, aventi ad oggetto, in conformità al presente codice, l'esecuzione, ovvero la progettazione esecutiva e l'esecuzione, ovvero la progettazione definitiva, la progettazione esecutiva e l'esecuzione di lavori pubblici o di pubblica utilità, e di lavori ad essi strutturalmente e direttamente collegati, nonché la loro gestione funzionale ed economica, che presentano 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».

(6) Cfr. artt. 148 e 149 del d.lgs. n. 163/2006.

zione della società Autostrade con finalità oggettivamente pubbliche (7).

A tal proposito, è necessario rilevare che, secondo la consolidata giurisprudenza comunitaria, non c'è una necessaria correlazione tra il perseguimento di finalità generali e la nozione di organismo di diritto pubblico (8): è noto, infatti, che la Corte di Giustizia non ha riconosciuto alcun automatismo in tal senso, ma ha stabilito che è necessario distinguere tra bisogni generali che sono privi del carattere industriale o commerciale e bisogni generali che, invece, non lo sono (9). È, dunque, la sussistenza del carattere commerciale od industriale l'elemento dirimente per il riconoscimento in capo ad un soggetto dei requisiti dell'organismo di diritto pubblico (10).

Nel caso di specie, se è indubbio che la costruzione e la gestione della rete autostradale costituisca una finalità di interesse generale, lo stesso non può dirsi per la mancanza di carattere industriale o commerciale di tale finalità.

D'altra parte, per quanto più specificamente attiene la normativa speciale nel settore autostradale, se tutti i concessionari autostradali, per il solo fatto di avere quale scopo sociale la costruzione e gestione di autostrade, fossero amministrazioni aggiudicatrici, non si spiegherebbe la *ratio* dell'art. 2, c. 85, del d.l. n. 262/2006, il quale ha stabilito che le società concessionarie autostradali devono «agire a tutti gli effetti come amministrazione aggiudicatrice negli affidamenti di forniture e servizi di importo superiore alla soglia di rilevanza comunitaria nonché di lavori, ancorché misti con forniture e servizi, e in tale veste attuare gli affidamenti nel rispetto del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, e successive modificazioni (11)».

Note:

(7) Altra pronuncia in materia autostradale in cui il Consiglio di Stato aveva, seppure con percorsi motivazionali in parte differenti, focalizzato particolarmente la propria attenzione sull'oggetto sociale, *rectius* sulle previsioni statutarie, è la sentenza 7 giugno 2001, n. 3090, in questa Rivista, 2001, 9, 909, con commento di C. Guccione, *Gli appalti pubblici di servizi dei concessionari autostradali considerati organismi di diritto pubblico*. Qui, il Consiglio di Stato, relativamente alla qualificazione della società Autovie Venete, ha affermato che «la finalità di costruzione ed esercizio di strade ed autostrade risulta tale da perseguire un interesse generale ulteriore rispetto a quello delle costruzioni e gestione stradale (il che integrerebbe di per sé, per la natura delle opere costruite e gestite, il prerequisite della soddisfazione di bisogni generali, assolvibile anche da una struttura privatistica in regime pieno di impresa), 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». Per un commento a questa sentenza vedasi anche G. Pasquini, *La nozione di organismo di diritto pubblico: marée montante*, in questa Rivista, 2001, 9, 912 ss., nonché P. Ivano, *Le società per azioni a partecipazione pubblica: pubblicità dell'attività o pubblicità dell'ente?*, in *Il Foro italiano*, 2002 fasc. 9, pt. 3, pp. 434 - 437.

(8) La Corte di Giustizia nella sentenza del 10 maggio 2001, in causa C-223/99 e C-260/99, *Agonà S.r.l. c. Ente Autonomo Fiera Internazionale di Milano*, cit., ha affermato che un ente avente ad oggetto lo svolgimento

di attività volte all'organizzazione di fiere, di esposizioni e di altre iniziative analoghi, che non persegue scopi lucrativi, ma la cui gestione si fonda su criteri di rendimento, di efficacia e di redditività (in cui non è previsto alcun meccanismo per compensare eventuali perdite finanziarie: vi è, quindi, l'assunzione del rischio economico della propria attività) e che opera in un ambiente concorrenziale non costituisce un organismo di diritto pubblico.

Dello stesso tenore, sebbene a livello nazionale, la precedente pronuncia del Consiglio di Stato, sez. VI, 16 settembre 1998, n. 1267: per un commento, vedasi G. Pasquini, *Un revirement sull'organismo di diritto pubblico: il caso ente fiera di Milano*, in questa Rivista, 1999, 1, 17 ss. Vedasi, inoltre, S. Casese, *L'Ente Fiera di Milano e il regime degli appalti* (nota a Cass. Civ. sez. un., 4 aprile 2000, n. 97), in questa Rivista, 2000, 6, 552 ss.

Sull'attività fieristica è nuovamente intervenuto il Consiglio di Stato con la recentissima sentenza 29 aprile 2008, n. 1913, con la quale ha negato che l'Ente autonomo Fiera del Levante possa essere considerato organismo di diritto pubblico: secondo il giudice amministrativo, «a parte il fatto che le posizioni coinvolte in campo fieristico attengono alla promozione dell'iniziativa economica, non può certo dirsi che il riflesso dell'attività fieristica sul sistema economico giustifichi l'alterazione della sua sostanza commerciale, legata alla promozione e commercializzazione di beni e servizi ed ausiliaria della loro produzione imprenditoriale».

La Corte di Giustizia ha riconosciuto la qualifica di organismo di diritto pubblico anche nei casi in cui il fine del soddisfacimento di bisogni di interesse generale sia assunto successivamente alla costituzione dell'ente: cfr. *Universale Bau Ag e Rti Hinteregger & Sohne Bauges. M.B.H - Ostu-Stettin Hoch und Tiefbau GmbH c. Entsorgungsbetriebe Simmering GmbH*, in *Recentissime delle Corti Europee*, A. Jannarelli e N. Scannicchio (a cura di), in *Giur. it.*, 2003, IS, 32; cfr., inoltre, *Osservatorio comunitario*, M. Protto (a cura di), *Organismo di diritto pubblico si nasce o si diventa*, in *Urb. e app.*, 2002, 1, 44.

(9) La Corte di Giustizia è costante nell'affermare che sia necessario operare una distinzione tra i bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale, da un lato, e i bisogni di interesse generale aventi carattere industriale o commerciale, dall'altro (sentenza 10 novembre 1998, in causa C-360/96, *Gemeente Arnhem e Gemeente Rheden c. BFI Holding*, punto 36, in questa Rivista, 1999, 83 con nota di E. Chiti, *Gli organismi di diritto pubblico tra Consiglio di Stato e Corte di Giustizia*; nonché: R. Iannotta, *Comunità europea-Appalti pubblici-Organismi di diritto pubblico-Identificazione (osservazione a CGCE, 10 novembre 1998, causa C-360/96)*, in *Foro amm.*, 1999, IX, 1683 ss.; B. Marneli, *La società per azioni a prevalente capitale pubblico e la categoria comunitaria dell'organismo di diritto pubblico: la Corte di Giustizia risolve dubbi interpretativi*, in *Giur. it.*, 1999, 2, 394 ss.; C. Nizzo, *L'organismo di diritto pubblico nella direttiva 92/50/Cee*, in questa Rivista, 1999, 4, 319 ss.; L. Righi, *La nozione di organismo di diritto pubblico nella disciplina comunitaria degli appalti: società in mano pubblica e appalti di servizi*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1996, 347; E. Scotti, *I nuovi confini dell'"organismo di diritto pubblico" alla luce delle più recenti pronunce della Corte di Giustizia*, in *Foro it.*, 1999, IV, 140 ss.; R. Villata, *Pubblici servizi, discussioni e problemi*, Milano, 2001, 128 ss.; B. Marneli, *L'organismo di diritto pubblico, profili sostanziali e processuali*, Milano, 2003, 83 ss.

(10) Come è stato constatato da R. Garofoli (M.A. Sandulli - R. De Nictolis r. - garofoli r. (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici*, Milano, 2008, vol. I, 555 - 606), dei due elementi che devono connotare i bisogni da soddisfare, ossia, il carattere generale e quello non commerciale, quest'ultimo assume senza dubbio maggiore importanza, se si considera che la necessità che gli organismi in questione siano finalizzati al soddisfacimento di interessi generali può ricavarsi già dal fatto che ad esso partecipano istituzioni pubbliche. Tale aspetto è stato ripetutamente sottolineato dalla Corte di Giustizia: cfr. sentenza 10 novembre 1998, in causa C-360/96, *Gemeente Arnhem e Gemeente Rheden c. BFI Holding*, cit. In proposito, vedasi anche C. Guccione, *Gli organismi di diritto pubblico nella normativa comunitaria sugli appalti*, in questa Rivista, 1998, 5.

(11) Si segnala che la norma è stata novellata dalla legge 6 giugno 2008, n. 101, la quale, all'art. 8-duodecies, stabilisce che «1. All'articolo 2, comma 82, del decreto-legge 3 ottobre 2006, n. 262, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 novembre 2006, n. 286, e successive modificazioni, sono apportate le seguenti modificazioni:

a) al primo periodo, le parole: «nonché in occasione degli aggiornamenti periodici del piano finanziario ovvero delle successive revisioni periodiche della convenzione,» sono soppresse;

b) l'ultimo periodo è sostituito dal seguente: «La convenzione unica sostituisce»

Il carattere non industriale o commerciale

Il Consiglio di Stato, dopo aver appurato che lo scopo sociale di Autostrade consiste effettivamente nel soddisfacimento di bisogni di interesse generale, ha affermato che «un'attività industriale o commerciale svolta in stretta correlazione con un interesse pubblico perde la sua tradizionale connotazione giuridica ed economica per acquistare quella specifica dell'ordinamento comunitario, così che il carattere non industriale va individuato quando sussiste un collegamento ad un interesse che il legislatore ha inteso sottrarre dai mercati improntati esclusivamente da un'ordinaria attività imprenditoriale, industriale o commerciale» (12).

Questa conclusione del Consiglio di Stato sembra mutuare la c.d. teoria della contaminazione elaborata in ambito comunitario: secondo tale teoria, lo svolgimento, oltre alle attività di interesse generale, anche di attività esclusivamente imprenditoriali da parte di un soggetto che ha i requisiti per essere considerato organismo di diritto pubblico, non fa venir meno la qualificazione del soggetto in tale senso, e, quindi tutti gli appalti affidati da parte dei soggetti istituiti per operare quali organismi di diritto pubblico sarebbero da considerarsi appalti pubblici, in relazione alla circostanza che le direttive comunitarie non distinguono tra appalti aggiudicati per soddisfare i bisogni di interesse generale e appalti non funzionali a tali bisogni, nonché all'esigenza di non minare il principio di certezza del diritto (13).

In ordine a tale impostazione della Corte di Giustizia - che, al fine di evitare elusioni della normativa comunitaria, si astiene dalle distinzioni sul regime degli appalti affidati dalle amministrazioni aggiudicatrici, considerandoli tutti pubblici - può osservarsi che il giudice di primo grado si era limitato, nella fattispecie in esame, ad eccepire come non fosse provato che i servizi di brokeraggio assicurativo venissero affidati al di fuori dell'attività relativa alla concessione autostradale.

È, quindi, importante rilevare che, indirettamente, il Tar sembra aver ritenuto pertinente una distinzione tra appalti affidati nell'esecuzione dell'oggetto della concessione e appalti estranei ad essa. D'altra parte, l'evoluzione normativa nazionale sembra aver sostanzialmente consacrato la distinzione in questione con l'art. 32, c. 1, lett. f), del codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 163/06), ove è prevista l'applicazione delle disposizioni sull'obbligo di evidenza pubblica per l'affidamento di lavori pubblici affidati dai concessionari di servizi (solo) quando essi sono strettamente strumentali alla gestione del servizio e le opere pubbliche diventano di proprietà dell'amministrazione aggiudicatrice.

Tomando alla definizione del carattere industriale o commerciale delle finalità di interesse generale, in talune pronunce la giurisprudenza comunitaria ha dettato alcuni fattori sulla base dei quali il giudice dovrebbe valutare la sussistenza o meno di tale requisito in capo ad un soggetto (14). Nello specifico, nella sentenza 22 maggio 2003, in causa C-18/2001, *Taitotalo*, si è detto

Note:

(segue nota 11)

tuisse ad ogni effetto la convenzione originaria, nonché tutti i relativi atti aggiuntivi».

2. Sono approvati tutti gli schemi di convenzione con la società ANAS S.p.a. già sottoscritti dalle società concessionarie autostradali alla data di entrata in vigore del presente decreto. Ogni successiva modificazione ovvero integrazione delle convenzioni è approvata secondo le disposizioni di cui ai commi 82 e seguenti dell'articolo 2 del decreto-legge 3 ottobre 2006, n. 262, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 novembre 2006, n. 286, e successive modificazioni».

(12) La frase è ripresa da una precedente sentenza (Consiglio di Stato, sez. V, 22 aprile 2004, n. 2292, *Osservatorio del Consiglio di Stato*, L. Carbone - M. D'Amato (a cura di), in *Comiere giuridico*, 2004, 8, 1004): si noti, tuttavia, che in tale occasione era stata riconosciuta come organismo di diritto pubblico una società a totale capitale pubblico.

(13) Corte di giustizia Ce, 15 gennaio 1998, in causa C-44/96, *Manne-smann Anlagenbau Austria*, cit.: l'ente deve essere qualificato come organismo di diritto pubblico anche se la soddisfazione di bisogni di interesse generale costituisce solo una parte, anche relativamente poco rilevante, dell'attività effettivamente svolta. La Corte ha giustificato tale orientamento su ragioni di certezza del diritto, in *questa Rivista*, 1998, 5, 437, con commento di C. Guccione, *Gli organismi di diritto pubblico nella normativa comunitaria sugli appalti*. Sul punto vedasi anche Cons. Stato, sez. VI, 17 settembre 2002, n. 4711, in *Foro it.*, 2003, 4, 205, con commento di I. Paola, *Circa l'accesso ai documenti*, nonché in *Diritto processuale amministrativo*, 2003, 2, 518, con commento di P. Piza, *Società per azioni di diritto singolare, enti pubblici e privatizzazioni: per una rilettura di un recente orientamento del Consiglio di Stato*, e in *Studium Iuris*, 2003, 6, 768, con commento di I. Pantellini, *Organismo di diritto pubblico e accesso*; Cons. St., sez. VI, 19 maggio 2008, n. 2280, non pubblicata.

In dottrina, R. Garofoli, *L'organismo di diritto pubblico: orientamenti interpretativi del giudice comunitario e dei giudici italiani a confronto*, in *Foro it.*, 1998, IV, 133 ss.; G. Greco, *Organismo di diritto pubblico: atto primo*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1998, 3-4, 733 ss.; R. Iannotta, *Comunità Europea. Libera circolazione di persone, servizi, capitali. Appalti di servizi*, in *Foro amm.*, 1998, IX, 2298; F. Martinelli e M. Santini, nota a Cons. Stato, sez. VI, 22 gennaio 2001, n. 192, in *Urb. e app.*, 2002, 5, 569; R. Villata, cit., 126 ss. Parte della dottrina ha sostenuto che, al contrario, sarebbe possibile sostenere la nozione di organismo di diritto pubblico in parte qua, a condizione che l'ente abbia un rigoroso sistema di separazione contabile ed amministrativo tra le attività che idonee a configurarlo quale organismo di diritto pubblico e quelle squisitamente industriali o commerciali (cfr. M.A. Sandulli - R. De Nicolis - R. Garofoli (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici*, cit e F. Brunetti, *La c.d. «teoria della contaminazione» dell'attività commerciale o industriale svolta dall'organismo di diritto pubblico*, in *Rivista Amministrativa degli Appalti*, 2005, 3, 231 - 247.)

(14) Cfr. Corte di giustizia Ce, 10 maggio 2001, cit. e 10 novembre 1998, cit., punto 51; nonché, a livello nazionale, la sentenza del Consiglio di Stato, sez. VI, 17 settembre 2002, n. 4711 (in *Osservatorio di diritto amministrativo*, R. Garofoli e R. Chieppa (a cura di), in *Diritto & Formazione*, Milano, 2002, 11, 1574 ss.) si riporta espressamente a quest'ultima pronuncia. La sentenza della Corte di Giustizia CE, 27 febbraio 2003, in causa C-373/00, *Adolf Tnuley GmbH c. Bestattung Wien GmbH*, in *Giurisprudenza italiana*, 2003, fasc. 8-9, 1687, con commento di R. Caranta, *L'organismo di diritto pubblico questo sconosciuto*, nonché in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2003, 2, 956, con commento di C. Caruso, *Di sicuro rilievo le più recenti sentenze comunitarie in tema di appalti pubblici*.

Particolarmente significativa tra le pronunce comunitarie è la sentenza 22 maggio 2003, in causa C-18/2001, *Taitotalo*, in *questa Rivista*, 2003, 10, secondo cui «la natura non industriale o commerciale dei bisogni istituzionalmente soddisfatti può dirsi sussistente allorché si tratti di bisogni che da un lato sono soddisfatti in modo diverso dall'offerta di servizi e beni sul mercato e, dall'altro, al cui soddisfacimento lo Stato preferisce provvedere direttamente ovvero con modalità organizzative tali da consentirgli di mantenere un'influenza dominante». Secondo la Corte i fattori da tenere in considerazione sono: a) se il soggetto opera in normali condizioni di mercato; b) se lo stesso persegue lo scopo di lucro; c) se subisce le perdite connesse all'esercizio dell'attività. La sentenza è commentata da C.

(segue)

che, al fine di determinare se i bisogni di interesse generale siano privi di carattere industriale e commerciale, con ciò conseguendone il riconoscimento di un soggetto come organismo di diritto pubblico, occorre valutare:

a) le circostanze che hanno presieduto alla creazione dell'organismo;

b) le condizioni in cui il soggetto esercita la sua attività: in particolare, l'assenza dello scopo principalmente lucrativo; la mancata assunzione dei rischi connessi a tale attività; nonché l'eventuale finanziamento pubblico dell'attività in esame (15).

Il Consiglio di Stato, nella sentenza oggetto della presente analisi, sembra, invece, essersi discostato dall'approccio «sostanzialista» della Corte di Giustizia, secondo il quale, com'è noto, ai fini della qualificazione come organismo di diritto pubblico, è considerata del tutto irrilevante la natura giuridica del soggetto nonché dell'attività da questi svolta: l'unica analisi, difatti, dirimente è quella sulla sussistenza o meno dei tre elementi costitutivi della nozione di cui alla normativa comunitaria (16).

Nel merito, in primo luogo, può osservarsi che il dettato normativo fa riferimento a soggetti istituiti «per soddisfare specificatamente bisogni di interesse generale privi di carattere industriale o commerciale»: la posizione dell'avverbio «specificatamente» sembrerebbe far pensare ad un criterio quantitativo, secondo cui per essere organismo di diritto pubblico l'ente dovrebbe svolgere prevalentemente attività prive del carattere commerciale od industriale. Anche la Corte di Giustizia pare aver optato per tale interpretazione nella sentenza «Taitotalo», dove ha affermato che, per riconoscere ad un soggetto la qualificazione di organismo di diritto pubblico, è necessario verificare che l'eventuale scopo di lucro perseguito non sia prevalente.

Per quanto concerne, poi, nello specifico, le concessionarie autostradali, non si può non rilevare come l'evoluzione della normativa speciale, registratasi negli anni '90, è connotata dall'accentuazione dell'autonomia imprenditoriale delle società (17). In particolare, si è già richiamato, tra le varie disposizioni in tal senso, il c.

nonché in *Urb. e app.*, 2006, 5, 599, con commento di M. Baldi, *L'applicazione della Merloni ai concessionari di opere pubbliche*, la quale ha ritenuto che l'istituzione del Consorzio per le Autostrade Siciliane per il soddisfacimento di bisogni generali privi di carattere industriale o commerciale fosse ampiamente «dimostrato dall'esercizio del pubblico servizio di esercizio della rete» e dalla previsione nella legge istitutiva della determinazione delle tariffe in modo da consentire il massimo accesso all'utenza.

In materia autostradale si segnalano, altresì, Consiglio di Stato, 7 giugno 2001, n. 3090, cit.; Consiglio di Stato, sez. IV, 10 gennaio 2006, n. 27, in *Recentissime dal Consiglio di Stato*, R. Iannotta (a cura di), in *Giur. It.*, 2006, 2, 75; Consiglio di Stato, sez. IV, 5 giugno 1998, n. 918, in *questa Rivista*, 1998, 8, 713, con commento di C. Guccione, *Concessionario, organo indiretto, amministrazione aggiudicatrice: un dibattito mai sopito*, nonché in *Contratti dello Stato e degli enti pubblici*, 1999, 1, 91, con commento di G. Marchitelli, *Spunti in tema di concessione di opera pubblica*, e in *Rivista giuridica quadrimestrale dei pubblici servizi*, 1999, 1, 113, con commento di A. Bartolini, *Appalti di opere e comunicazione di avvio del procedimento di autonotela*.

(15) L'operare in regime di concorrenza riveste solo un carattere indiziario e deve essere supportato da altre prove (cfr. Corte di Giustizia Ce, 10 novembre 1998, in causa C-360/96, cit., punto 49). Al riguardo, il Consiglio di Stato (sez. VI, 28 ottobre 1998, n. 1478, *Recentissime dal Consiglio di Stato*, in *Giur. It.*, 1998, XI, 173) ha espresso l'opinione che, per bisogno non industriale o non commerciale, debba intendersi la «funzionalizzazione» del soggetto in questione al soddisfacimento di bisogni di carattere generale, in posizione di non concorrenza con altri soggetti con ciò, diversamente da quanto sostenuto dalla Corte di Giustizia nella citata sentenza 10 novembre 1998, attribuendo alla posizione di non concorrenza la valenza di elemento probante e non di mero indizio. Cfr., sul punto, E. Chiti, *Gli organismi di diritto pubblico tra Consiglio di Stato e Corte di Giustizia*, in *Urb. e app.*, 1, 85; inoltre, in *questa Rivista*, 1999, 3, 209 ss., con commento di C. Guccione, *Gli organismi di diritto pubblico di nuovo al vaglio del Consiglio di Stato*; nonché, con nota di R. Iannotta, *Contratti della p.a. - S.p.a. a capitale pubblico - Aggiudicatrice di pubblico appalto - Atti di gara - Controversie - Giurisdizione amministrativa*, in *Foro amm.*, 1998, X, 2767.

(16) V. nota I.

(17) Cfr. art. 10 della l. n. 537/93:

«5. Sono abrogati i primi tre commi dell'art. 7 della legge 24 luglio 1961, n. 729, come sostituito dall'art. 1 della legge 28 aprile 1971, n. 287, nonché la lettera i) del primo comma e il secondo comma dell'art. 5 della legge 28 marzo 1968, n. 385.

6. Per favorire il processo di dismissioni della Società Autostrade S.p.A., sono abrogati l'articolo 16, primo comma, della legge 24 luglio 1961, n. 729, limitatamente alla parte in cui impone all'Istituto per la ricostruzione industriale di detenere la maggioranza delle azioni della concessionaria, e il primo comma dell'articolo 6 della legge 28 marzo 1968, n. 385, come sostituito dall'articolo 10 della legge 12 agosto 1982, n. 531. La costruzione e la gestione delle autostrade è l'oggetto sociale principale della Società Autostrade S.p.A.

7. All'art. 3 della legge 24 luglio 1961, n. 729, come da ultimo sostituito dall'art. 9 della legge 28 aprile 1971, n. 287, è aggiunto, in fine, il seguente comma: «Il venir meno della prevalenza pubblica nel capitale delle società concessionarie o della maggioranza delle società facenti parte dei consorzi di cui al precedente comma fa cessare la garanzia dello Stato prevista ai commi terzo e settimo».

8. Con il rinnovo delle convenzioni revisionate in applicazione dell'articolo 11 della legge 23 dicembre 1992, n. 498, si definisce la natura privata dell'attività svolta dalle società concessionarie di autostrade nonché la esclusione della garanzia dello Stato per la contrazione di mutui».

Vedasi, altresì, l'art. 19 della l. n. 136/1999:

«3. Il n. 1) del terzo comma dell'art. 3 della legge 28 aprile 1971, n. 287, è sostituito dal seguente:

«1) che gli enti concessionari debbano avere come proprio oggetto sociale principale la costruzione e la gestione delle autostrade».

4. Le attività d'impresa diverse da quella principale nonché da quelle analoghe o strumentali ausiliarie del servizio autostradale possono essere svolte dalle società concessionarie attraverso l'assunzione diretta o indiretta di partecipazioni di collegamento o di controllo in altre società.

5. Le società concessionarie valutano, secondo i criteri di cui all'art. 2426, primo comma, n. 4), del codice civile, ogni immobilizzazione consistente in partecipazioni in imprese controllanti, controllate o collegate ai sensi (segue)

Note:

(segue nota 14)

Guccione, *La nozione di organismo di diritto pubblico nella più recente giurisprudenza comunitaria*.

La giurisprudenza amministrativa nazionale ha sposato tale approccio nel caso relativo alla qualificazione di Grandi Stazioni s.p.a. (Consiglio di Stato, sez. VI, 22 gennaio 2004, n. 167, ordinanza di rimessione all'Adunanza Plenaria; nonché Consiglio di Stato, Ad. Plen., 23 luglio 2004, n. 9, in *questa Rivista*, 2005, 2, con commento di C. Guccione e D. Galli). Si veda, inoltre, tra le sentenze più recenti, Tar Piemonte, 3 marzo 2004, n. 362; Tar Lombardia, Brescia, 9 marzo 2004, n. 203; Tar Friuli Venezia Giulia, 26 ottobre 2006, n. 698; e, in ultimo, Corte di Giustizia, 10 aprile 2008, in causa C-393/06, *Ing. Aigner, Wasser-Wärme-Umwelt GmbH c. Femwärme Wien GmbH*.

Con riferimento alle concessionarie autostradali, si segnala la sentenza del Cons. Giust. Amm. Regione Siciliana, sez. giurisd., 4 ottobre 2005, n. 668 (in *Giustizia amministrativa*, 2005, 5, 1065, con commento di G. Fichione, *Il concessionario di rete autostradale è organismo di diritto pubblico?*,

8 dell'art. 10 della legge n. 537/1993, secondo cui l'attività delle società concessionarie di autostrade ha natura privata.

Nel caso di specie, dunque, poiché può dirsi quanto meno dubbia la mancanza del carattere commerciale o industriale delle esigenze di interesse perseguite, potrebbe, quindi, rivestire carattere dirimente la sussistenza del requisito dell'influenza pubblica dominante, elemento che il Consiglio di Stato sembra non aver affrontato e che, nella fattispecie in esame, non pare sussistere.

L'influenza pubblica dominante

Per l'appunto, uno dei tre requisiti che deve possedere un soggetto per essere qualificato come organismo di diritto pubblico è la cosiddetta influenza pubblica dominante: per la sussistenza di tale requisito è necessario che l'attività dell'ente sia finanziata in modo maggioritario dallo Stato, da enti locali o da altri organismi di diritto pubblico ovvero che la gestione dello stesso sia soggetta al controllo di questi ultimi, oppure che il suo organo di 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 (18).

Nel caso di specie, l'azionariato della società Autostrade per l'Italia è totalmente privato, e, d'altra parte, la società non riceve finanziamenti pubblici per l'esercizio della propria attività.

Quanto alla designazione della maggioranza dei consiglieri di amministrazione, questa spetta all'azionariato privato e gli organi di direzione della società sono, a loro volta, nominati dal consiglio di amministrazione. Infine, per quanto concerne il controllo sulla gestione, pur essendo prevista, nel collegio sindacale e solo in applicazione di clausole negoziali, la presenza di sindaci designati da Anas e dal Ministero del Tesoro, la maggioranza dei componenti dell'organo di vigilanza è nominata dall'assemblea dei soci. Sulla base di tale circostanza, dunque, non può ritenersi sussistente un'ingerenza pubblica prevalente nella costituzione o nella composizione degli organi di vigilanza della società stessa.

Mancando il requisito dell'influenza pubblica dominante, pertanto, verrebbero a mancare i presupposti per qualificare la società Autostrade come organismo di diritto pubblico. In conseguenza di ciò, non sarebbe neppure necessario verificare l'eventuale sussistenza delle condizioni legislativamente stabilite per poter ricorrere alla trattativa privata.

Note:
(segue nota 17)

dell'art. 2359 del codice civile. In un apposito paragrafo della nota integrativa del bilancio di esercizio di tali società sono fornite le informazioni sui costi, sui ricavi e sugli investimenti, ivi comprese quelle inerenti alla struttura organizzativa della concessionaria, concernenti le operazioni intercorse fra le società controllanti, le controllanti di queste ultime e le im-

prese controllate e collegate. Tali informazioni sono fornite secondo gli schemi propri della contabilità analitica, con particolare riferimento ai prezzi di regolamento delle operazioni intergruppo, questi ultimi confrontati con i prezzi di mercato».

(18) Sul requisito del finanziamento maggioritario «pubblico», la Corte di Giustizia delle Comunità Europee, 3 ottobre 2000, in causa C-380/98, *The Queen c. H. M. Treasury, ex parte The University of Cambridge*, (in *Racc.*, 2000, I-08035; nonché in *Corte di Giustizia e Tribunale delle Comunità europee - Osservatorio*, E. Chiti (a cura di), in *questa Rivista*, 2000, 12, 1230) ha chiarito che per «finanziamento» ai fini dell'applicazione della normativa sugli organismi di diritto pubblico deve intendersi la concessione di denaro da parte di amministrazioni aggiudicatrici cui non deve corrispondere alcuna controprestazione da parte del soggetto ricevente. Un secondo profilo problematico riguardava l'individuazione della percentuale idonea a qualificare il finanziamento come prevalente: in proposito la Corte ha optato per un criterio meramente quantitativo, affermando che con l'espressione «in modo maggioritario» debba intendersi semplicemente «più della metà». Per il calcolo bisogna tener conto della globalità delle entrate dell'ente, comprese anche quelle eventualmente provenienti da attività di tipo commerciale.

Relativamente a questo specifico profilo, la Corte di Giustizia, con la sentenza 13 dicembre 2007, in causa C-337/06 (non pubblicata), ha riconosciuto che con riferimento agli organismi radiotelevisivi pubblici tedeschi fosse ravvisabile il requisito del finanziamento pubblico maggioritario: a tale conclusione il giudice comunitario è giunto considerando che la maggior fonte di finanziamento di tali enti è costituita dal canone, il pagamento del quale è imposto dalla legge a chiunque detenga un apparecchio televisivo e riscosso mediante procedura coattiva in caso di mancato pagamento. Tale finanziamento, dunque, che è originato da un atto dello Stato, da questo garantito ed assicurato attraverso un sistema impositivo e di riscossione che rientra nell'ambito delle potestà di imperio, soddisfa il requisito del «finanziamento statale» ai fini dell'applicazione delle norme comunitarie in materia di appalti. Un ragionamento analogo è stato fatto dal Consiglio di Stato che, con la sentenza 23 gennaio 2006, n. 182, ha affermato che la cassa nazionale di previdenza e di assistenza a favore dei dottori commercialisti è un organismo di diritto pubblico: secondo il giudice amministrativo «la contribuzione obbligatoria, pur non assurgendo di per sé ad un'obbligazione formalmente tributaria, in realtà ne partecipa di tutto gli aspetti, di talché, concretandosi in un'erogazione di denaro necessitata *ex lege*, realizza lo schema del finanziamento pubblico» (in *questa Rivista*, 2006, 9, con commento di M. De Rosa).

In dottrina, possono confrontarsi E. Chiti, *La nozione di amministrazione aggiudicatrice*, in *questa Rivista*, 2001, 4, 414; R. Garofoli, *Sviluppi in tema di giurisdizione amministrativa e regole costituzionali: organo indiretto, nozione comunitaria di amministrazione aggiudicatrice, riparto per blocchi di materie* (d.lgs. n. 80/98), in *Foro it.*, 1999, III, 180.

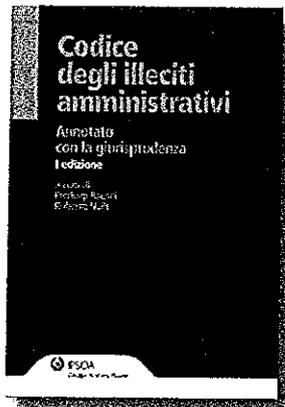
Nel contesto della nozione di organismo di diritto pubblico, anche il requisito, alternativo a quello del finanziamento maggioritario, consistente nella gestione dell'organismo sottoposta al controllo di soggetti «pubblici», è stato oggetto di disamina da parte della giurisprudenza (Corte di giustizia Ce, 1 febbraio 2001, in causa C-237/99, *Commissione c. Francia*, punti 48, 49 e 55, in *Racc. pag.* I-939, in *questa Rivista*, 2001, 5, 490, *Osservatorio*, a cura di E. Chiti). Il criterio del controllo e della gestione non è soddisfatto nel caso di un mero controllo a posteriori, perché, per definizione, un tale controllo non consente ai poteri pubblici di influenzare le decisioni dell'organismo interessato in materia di appalti pubblici. Soddisfa, per contro, detto criterio una situazione in cui, da un lato, i poteri pubblici verificano non solo i conti annuali dell'organismo considerato, ma anche l'esattezza, la regolarità, l'economicità, la redditività e la razionalità dell'amministrazione corrente e, dall'altro, gli stessi poteri pubblici sono autorizzati 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 (cf. Corte di giustizia Ce, 27 febbraio 2003, in causa C-373/00, cit., punti 70 e 74). Cfr. anche Consiglio di Stato, sez. V, 22 agosto 2003, n. 4748, in *questa Rivista*, 2004, 1, 31, con commento di L. Cimellaro, *Un'altra decisione nel cammino verso l'individuazione degli organismi di diritto pubblico*, nonché in *Foro amm. C.d. S.*, 2003, 12, 3827, con commento di D. Canalini, *L'organismo di diritto pubblico, l'impresa pubblica e la delimitazione soggettiva della disciplina sugli appalti pubblici*, e in *Nuove autonomie*, 2004, fasc. 1-2, 299, con commento di L. Franchina, *Gli organismi di diritto pubblico*.

Riflessioni conclusive

Come illustrato, a livello comunitario, ai fini dell'individuazione della normativa da applicare, l'unica nozione che rileva è quella di «amministrazione aggiudicatrice» o di «organismo di diritto pubblico»: una società concessionaria, dunque, è soggetta alla normativa sugli affidamenti da parte delle amministrazioni aggiudicatrici solo se sono ravvisabili in capo ad essa i tre elementi costitutivi/indici rivelatori dell'organismo di diritto pubblico.

Nella sentenza in commento, invece, il Consiglio di Stato sembra essersi focalizzato sull'oggetto sociale e sul

regime di concessione, riecheggiando l'orientamento giurisprudenziale dei primi anni novanta sulla qualificazione del concessionario quale organo indiretto della pubblica amministrazione: con ciò, discostandosi dall'approccio «sostanzialista» comunitario (per il riconoscimento o meno di un soggetto quale organismo di diritto pubblico), utilizzando invece il quale, sarebbero emersi, oltre ai dubbi sulla sussistenza del requisito della non industrialità o commercialità delle esigenze di interesse generale perseguite, anche l'assenza del requisito della cosiddetta influenza dominante pubblica.

LIBRI**Codice degli illeciti amministrativi**

Annotato con la giurisprudenza

I edizione

Pierluigi Rausei – Roberto Nulli

Il volume costituisce un **agile strumento** per conoscere il sistema degli illeciti amministrativi, attraverso la **puntuale e analitica esposizione degli orientamenti giurisprudenziali** formati nel tempo sulle norme della legge di depenalizzazione n. 689/81. Completano l'opera il testo integrale delle **principali leggi di depenalizzazione** che si sono succedute, in diversi ambiti disciplinari, dopo la legge del 1981 e il testo delle più importanti norme sanzionatorie di tipo amministrativo in materia di: Ambiente e Beni Culturali, Circolazione stradale, Edilizia e urbanisti-

ca, Lavoro e previdenza sociale, Tributi e finanze.

Ipsoa 2008, pagg. 1632, € 62,00
Cod. 93404

Per informazioni e acquisti

- **Servizio Informazioni Commerciali**
(tel. 02.82476794 – fax 02.82476403)
- **Agente Ipsoa di zona** (www.ipsoa.it/agenzie)
- **<http://lpshop.ipsoa.it>**

Impugnazione

Interesse ad impugnare atti di pianificazione urbanistica

CONSIGLIO DI STATO, sez. IV, 10 aprile 2008, n. 1548 - Pres. Vacirca - Est. Deodato - Milano Assicurazioni s.p.a. c. D.G. ed altri

Gli interessi azionati da ricorrenti, in parte in qualità di residenti in parte in qualità di esercenti attività commerciali, risultano eterogenei, tra loro divergenti e, quindi intrinsecamente confliggenti, in quanto riferiti a posizioni soggettive del tutto distinte ed attinenti a differenti aspettative. Tale diversità di interessi costituisce, un primo, e, per certi versi, insuperabile, ostacolo nello scrutinio della sussistenza dell'interesse a ricorrere, atteso che le aspettative divergono tra le due categorie di ricorrenti sicché non è dato, in difetto di una puntuale allegazione della lesione sofferta dai relativi interessati, di verificare, con il necessario grado di certezza, la consistenza effettiva e personale del danno che gli stessi possono patire per effetto degli interventi contestati, per cui il ricorso è inammissibile.

Diritto

1. Evidenti ragioni di connessione soggettiva ed oggettiva tra tutti gli appelli indicati in epigrafe impongono la riunione e la trattazione congiunta dei relativi ricorsi.

2. Come già rilevato in fatto, il Tribunale Milanese, giudicando ritualmente introdotti i ricorsi proposti dai cittadini residenti od esercenti attività commerciali nella zona interessata dalla realizzazione dei contestati interventi di riqualificazione, ha ritenuto la delibera del Comune di Milano n. 54/04 (si ripete: di approvazione di una convenzione con la Milano Assicurazioni s.p.a. avente ad oggetto la definizione delle opere esecutive del PIR del 1987) e, per invalidità derivata, il successivo permesso di costruire, viziati dalla violazione dell'art. 7, comma 10, della L.R. n. 23/97, sulla base del duplice rilievo che la disposizione consente le modifiche, in fase esecutiva, del planivolumetrico di un piano attuativo, senza la necessaria previa approvazione di una variante, a condizione che non siano alterate le caratteristiche tipologiche di impostazione dello strumento, che non sia modificato il dimensionamento globale degli edifici e che non sia diminuita la dotazione di standard e che, nella fattispecie, le anzidette condizioni negative non fossero ravvisabili, con conseguente illegittimo utilizzo della procedura semplificata ammessa dalla norma regionale violata.

Tale conclusione è stata raggiunta dai primi giudici in esito ad un'analisi dei contenuti della convenzione che ha rivelato una profonda alterazione dell'assetto urbanistico disegnato nel PIR, sotto il peculiare profilo di una significativa riduzione degli standard, e, quindi, una lesione degli interessi azionati in giudizio.

Gli appellanti ripropongono, in via pregiudiziale, le eccezioni di inammissibilità del ricorso in primo grado, già

disattese dal TAR, criticano, nel merito, la correttezza del convincimento, assunto a fondamento della decisione gravata, della insussistenza dei presupposti che legittimavano la procedura semplificata contemplata dalla disposizione regionale giudicata inosservata ed invocano, quindi, l'annullamento delle decisioni appellate e la conseguente reiezione dei ricorsi di primo grado (o la declaratoria della loro ammissibilità).

Gli appellati (originari ricorrenti) contestano, di contro, la fondatezza delle eccezioni pregiudiziali, difendono, nel merito, la correttezza del giudizio di illegittimità reso in primo grado e concludono per la reiezione degli appelli.

3. Il rispetto dell'ordine logico nella trattazione delle questioni impone il preliminare esame delle eccezioni di rito riproposte dalle appellanti, principiando dall'esame di quella di difetto di interesse al ricorso, formulata, seppur con prospettazioni parzialmente divergenti, da tutte le parti odierne ricorrenti.

3.1 Al fine dello scrutinio della fondatezza della predetta eccezione, occorre premettere una sintetica ricognizione dei caratteri essenziali dell'interesse a ricorrere e degli elementi che ne integrano la struttura, per come identificati da una giurisprudenza ormai consolidata.

In via generale, l'interesse a ricorrere è caratterizzato dalla sussistenza dei medesimi requisiti che qualificano l'interesse ad agire ai sensi dell'art. 100 c.p.c. e, cioè, dalla prospettazione di una lesione concreta ed attuale della sfera giuridica del ricorrente e dall'effettiva utilità che deriverebbe a quest'ultimo dall'invocato annullamento dell'atto impugnato (cfr. *ex multis* Cons. Stato, sez. V, 8 maggio 2007, n. 2119).

Ovviamente, la verifica della ricorrenza della condizione dell'azione in esame postula che il pregiudizio arrecato dal provvedimento gravato sia effettivo, nel senso che

dall'esecuzione dello stesso deve discendere in via immediata e personale un danno certo alla sfera giuridica del ricorrente, ovvero potenziale, nel senso, però, che la lesione si verificherà in futuro con un elevato grado di certezza (Cons. Stato, sez. IV, 22 giugno 2006, n. 3947), mentre deve escludersi il presupposto in questione nell'ipotesi in cui il danno derivante dall'attuazione dell'atto impugnato sia meramente eventuale, e, cioè, quando lo stesso non risulta, di per sé, capace di arrecare una lesione diretta alla sfera del soggetto ricorrente, né risulti sicuro che il danno si realizzerà in un secondo tempo (Cons. Stato, sez. IV, 19 giugno 2006, n. 3656). Nelle controversie attinenti alla realizzazione di interventi edilizi (alle quali può essere ascritta la presente) si è ulteriormente precisato che, se è vero che l'ordinamento riconosce una posizione qualificata e differenziata, ai fini dell'interesse ad impugnare i provvedimenti di assenso alla trasformazione del territorio, a tutti coloro che si trovano in una situazione di stabile collegamento con la zona interessata dalle opere contestate, è anche vero che, in concreto, devono ritenersi titolari all'impugnativa solo i soggetti che possono lamentare una rilevante e pregiudizievole alterazione del preesistente assetto urbanistico ed edilizio, per effetto della realizzazione dell'intervento controverso (Cons. Stato, sez. IV, 11 aprile 2007, n. 1672).

3.2 Così identificati in astratto i caratteri essenziali dell'interesse a ricorrere, si deve verificare se, in concreto, i ricorrenti in primo grado fossero o meno portatori di interessi caratterizzati dalle qualità appena descritte e, quindi, se gli interventi oggetto della convenzione gravata in prima istanza fossero o meno idonei ad arrecare alla loro sfera giuridica una lesione effettiva, attuale, personale e diretta.

3.3 Si deve, al riguardo, premettere che gli interessi azionati, siccome intestati sia ad esercenti attività commerciali, sia a residenti, risultano eterogenei, tra loro divergenti e, quindi, intrinsecamente confliggenti, in quanto riferiti a posizioni soggettive del tutto distinte ed attinenti a differenti aspettative di dotazione di servizi.

Tale diversità di interessi costituisce, a ben vedere, un primo, e, per certi versi, insuperabile, ostacolo nello scrutinio della sussistenza dell'interesse a ricorrere, atteso che le aspettative sulla tipologia di infrastrutture e di servizi pubblici divergono tra le due categorie di ricorrenti (avendo, ad esempio, interesse gli esercenti alla realizzazione di parcheggi pubblici ed i residenti a zone di verde), sicché non è dato, in difetto di una puntuale allegazione della lesione sofferta dai relativi interessati, di verificare, con il necessario grado di certezza, la consistenza effettiva e personale del danno che gli stessi possono patire per effetto degli interventi contestati e, segnatamente, a causa della lamentata riduzione (rispetto all'assetto cristallizzato nel PIR originario) degli spazi destinati a servizi (tenuto conto della diversità di quelli che beneficiano gli esercenti da quelli che avvantaggiano i residenti).

3.4 Non solo, ma un ulteriore ed insormontabile impedimento nella verifica della sussistenza, e, quindi, nel positivo riconoscimento, dell'interesse a ricorrere è costituito dalla circostanza che gli atti gravati in prima istanza riguardano l'attuazione di una parte limitata del PIR, e, in particolare, quella riferita all'unità denominata A2, essendo stata espressamente rinviata ad altri provvedimenti l'esecuzione del PIR, quanto alle altre unità A1 e A3.

Orbene, se si tiene conto che il programma di recupero originario era stato concepito secondo uno schema di interventi unitario, siccome pertinente ad una inscindibile realtà urbanistica di quartiere, si deve concludere che l'apprezzamento della natura effettiva e concreta della lesione lamentata dai ricorrenti in prima istanza, per come dagli stessi prospettata, esige la verifica della rimodulazione dell'assetto urbanistico, per come risultante dalla definizione degli interventi globali di recupero e di riqualificazione dell'intera zona cittadina.

Solo un'analisi complessiva della sistemazione del comparto risulta, infatti, idonea a rivelare la configurabilità di un concreto pregiudizio della sfera giuridica degli interessati, mentre la cognizione dell'attuazione della sola unità A2 non permette la predetta verifica, in quanto incapace di manifestare, in maniera completa, esauriente e definitiva, l'effettiva riduzione delle aree destinate a servizi pubblici ed il concreto aggravamento dei disagi connessi alla viabilità ed ai parcheggi.

Gli effetti lesivi da ultimi menzionati, che, secondo la stessa prospettazione dei ricorrenti in primo grado, integrano gli estremi dell'interesse azionato, possono essere, infatti, apprezzati solo a fronte della cognizione della sistemazione complessiva del quartiere, atteso che, quanto agli standard, la diversa allocazione degli spazi tra i diversi compartimenti (rispetto al progetto originario) potrebbe comunque palesare che le destinazioni a servizi sono rimaste immutate o che, addirittura, sono state incrementate, così come, quanto ai problemi attinenti alla mobilità, solo l'esame degli interventi infrastrutturali riferiti all'intero quartiere si rivela concretamente idoneo a manifestare, in maniera compiuta, il lamentato aggravamento dei problemi di traffico.

Il carattere parziale e non definitivo degli interventi di riqualificazione contestati implica, pertanto, l'impraticabilità, allo stato, di una soddisfacente ed esauriente analisi della sussistenza, del contenuto e della consistenza della lesione che, secondo gli interessati, ha radicato il loro interesse alla proposizione dei ricorsi di primo grado e, quindi, nella segnalata impossibilità di scrutinare in concreto la configurabilità di un interesse attuale ed effettivo a contestare le determinazioni gravate, la declaratoria dell'inammissibilità dei relativi gravami, siccome non sorretti da un interesse caratterizzato dai requisiti della concretezza e dell'attualità.

3.5 In presenza del frazionamento degli interventi di attuazione del PIR, dunque, la verifica della lesione degli interessi dei ricorrenti e, quindi, della sussistenza del vi-

zio riscontrato con le decisioni gravate (che, si ripete, esige, per il pertinente accertamento, la complessiva definizione del contenuto degli interventi di riqualificazione del comparto), dev'essere compiuta unitamente alla cognizione delle determinazioni relative agli interventi di completamento della sistemazione del comparto (peraltro già impugnate), potendosi concretamente verificare, solo in quella sede, l'effettiva capacità pregiu-

dizievole, per gli interessi dei residenti nel quartiere, delle opere di riassetto edilizio ed urbanistico dello stesso.

4. Alle considerazioni che precedono conseguono, in definitiva, l'accoglimento degli appelli, riuniti, indicati in epigrafe e, in riforma delle decisioni appellate, la dichiarazione dell'inammissibilità dei ricorsi di primo grado. *Omissis.*

T.A.R. Lombardia, Milano, sez. II, 9 maggio 2008, n.1551 - Pres. Arosio - Est. Bini - M.O. ed altri c. Comune di Milano

La condizione dell'azione rappresentata dall'interesse al ricorso è insussistente quando si è in presenza di un pregiudizio generico, non effettivo o anche potenziale, in quanto deve essere direttamente connesso all'adozione degli atti gravati. La rappresentazione del pregiudizio risulta generica quando non è evidenziata la lesione effettivamente sofferta dai ricorrenti e se tale lesione non sia direttamente riconducibile all'intervento effettuato dalla pubblica Amministrazione.

Diritto

1) I ricorrenti, residenti in una zona limitrofa all'area ex Varesine, impugnano il provvedimento con cui la G.C. di Milano ha approvato la convenzione per la destinazione dell'area.

2) Va preliminarmente esaminata l'eccezione di inammissibilità del ricorso per difetto di interesse sollevata nella memoria 11 aprile 2008 dalla Società controinteressata e durante la discussione dalla difesa dell'Avvocatura Comunale.

L'eccezione è fondata e merita accoglimento.

I ricorrenti sono residenti in una zona limitrofa all'area interessata dall'intervento e per questo lamentano la lesione ai loro diritti a partecipare all'attività amministrativa, a vivere in un ambiente salubre, a pretendere il rispetto dell'assetto urbanistico ambientale costituito con la disciplina urbanistica, all'armonico sviluppo edilizio, essendo mancata una compiuta valutazione circa l'impatto causato dall'intervento.

Le difese avversarie hanno per contro evidenziato l'assenza di una lesione immediata, concreta e attuale: i ricorrenti non avrebbero dato prova di avere uno stabile collegamento con la zona interessata dall'intervento, oltre alla circostanza che il ricorso contesta il *decisum* del Consiglio di Stato e non il contenuto del provvedimento adottato in sua ottemperanza.

Sul punto dell'interesse rileva in modo determinante la recente decisione del Consiglio di Stato n. 1588 del 10 aprile 2008, relativa ad un intervento edilizio interessante sempre il Comune di Milano, in cui residenti ed esercenti attività della zona hanno gravato una convenzione urbanistica avente ad oggetto gli interventi di attuazione (limitatamente ad una unità) del Programma Integrato di Recupero approvato nel 1987 e denomina-

to «Isola De Castilia ed adiacenze», nonché gli atti attuativi conseguenti.

In tale sede è stata negata la sussistenza dell'interesse a ricorrere in capo ai ricorrenti, costituiti, come detto, da un gruppo misto di residenti ed esercenti attività commerciali, non solo per la non omogeneità degli interessi fatti valere (trattandosi di residenti e di commercianti), ma anche perché, «non è dato, in difetto di una puntuale allegazione della lesione sofferta dai relativi interessati, di verificare, con il necessario grado di certezza, la consistenza effettiva e personale del danno che gli stessi possono patire per effetto degli interventi contestati e, segnatamente, a causa della lamentata riduzione (rispetto all'assetto cristallizzato nel PIR originario) degli spazi destinati a servizi (tenuto conto della diversità di quelli che beneficiano gli esercenti da quelli che avvantaggiano i residenti)».

I Giudici di palazzo Spada hanno altresì osservato che la valutazione sull'effettiva lesione dell'interesse azionato esige «la verifica della rimodulazione dell'assetto urbanistico, per come risultante dalla definizione degli interventi globali di recupero e di riqualificazione dell'intera zona cittadina.

Solo un'analisi complessiva della sistemazione del comparto risulta, infatti, idonea a rivelare la configurabilità di un concreto pregiudizio della sfera giuridica degli interessati, mentre la cognizione dell'attuazione della sola unità A2 non permette la predetta verifica, in quanto incapace di manifestare, in maniera completa, esauriente e definitiva, l'effettiva riduzione delle aree destinate a servizi pubblici ed il concreto aggravamento dei disagi connessi alla viabilità ed ai parcheggi». A tale conclusione i Giudici d'Appello sono giunti dopo aver richiamato i principi in materia di interesse a ricorrere, ricordando che «la verifica della ricorrenza della condizione

dell'azione in esame postula che il pregiudizio arrecato dal provvedimento gravato sia effettivo, nel senso che dall'esecuzione dello stesso deve discendere in via immediata e personale un danno certo alla sfera giuridica del ricorrente, ovvero potenziale, nel senso, però, che la lesione si verificherà in futuro con un elevato grado di certezza (Cons. Stato, sez. IV, 19 giugno 2006, n. 3656), mentre deve escludersi il presupposto in questione nell'ipotesi in cui il danno derivante dall'attuazione dell'atto impugnato sia meramente eventuale, e, cioè, quando lo stesso non risulta, di per sé, capace di arrecare una lesione diretta alla sfera del soggetto ricorrente, né risulti sicuro che il danno si realizzerà in un secondo tempo (Cons. Stato, sez. IV, 19 giugno 2006, n. 3656)».

È stato poi puntualizzato che: «Nelle controversie attinenti alla realizzazione di interventi edilizi quali può essere ascritta la presente) si è ulteriormente precisato che, se è vero che l'ordinamento riconosce una posizione qualificata e differenziata, ai fini dell'interesse ad impugnare i provvedimenti di assenso alla trasformazione del territorio, a tutti coloro che si trovano in una situazione di stabile collegamento con la zona interessata dalle opere contestate, e anche vero che, in concreto, devono ritenersi titolari all'impugnativa solo i soggetti che possono lamentare una rilevante e pregiudizievole alterazione del preesistente assetto urbanistico ed edilizio, per effetto della realizzazione dell'intervento controverso (Cons. Stato, sez. IV, 11 aprile 2007, n. 1672)».

Il Collegio non può che rilevare come le statuizioni contenute nella decisione sopra riportata inducano anche nel caso in esame a ritenere insussistente la condizione dell'azione rappresentata dall'interesse al ricorso, per la genericità e la mancata dimostrazione di un pregiudizio effettivo o anche potenziale, ma direttamente connesso all'adozione degli atti gravati.

Lamentano infatti i ricorrenti un danno derivante dagli impatti ambientali e sociali connessi all'intervento, per la previsione di grandi edifici di più di cento metri d'altezza, di un tunnel automobilistico destinato a raccogliere i flussi di traffico provenienti dalla zona Certosa, di un grande parcheggio sotterraneo, precisando che «l'interesse è quello al rispetto dell'assetto urbanistico ambientale e il pregiudizio è indicato nella lesione dell'interesse all'armonico sviluppo edilizio e a un controllato sviluppo del contesto urbano, nonché la totale assenza di valutazione degli impatti ambientali connessi alle opere che si intendono realizzare».

La rappresentazione del pregiudizio pare *prima facie* generica, in quanto non è evidenziata la lesione effettivamente sofferta dai ricorrenti e se tale lesione sia riconducibile eziologicamente agli interventi programmati.

È indubbio che un intervento di edificazione, soprattutto di una vasta zona, comporti una trasformazione ambientale in senso ampio (edilizio e viabilistico), ma ciò non implica *ex se* una lesione ai residenti della zona, anche in considerazione della necessaria previsione e rea-

lizzazione di standard, finalizzati, almeno potenzialmente, al riequilibrio della zona interessata e alla riqualificazione della stessa, in un'ottica di miglior vivibilità.

Pertanto i ricorrenti avrebbero dovuto indicare puntualmente quali disagi conseguono alla realizzazione dell'intervento rispetto all'attuale assetto.

A ciò si aggiunga, da un lato la natura programmatoria del provvedimento gravato, che contiene le linee della convenzione tra le parti, dall'altro che la stessa difesa di parte ricorrente afferma che il progetto relativo all'area in questione è sensibilmente mutato (memoria depositata in data 18 aprile 2008): è quindi evidente la difficoltà di identificare il pregiudizio concreto per i residenti, dal momento che non è neppure conosciuta l'esatta rimodulazione dell'assetto urbanistico.

3) Conclusivamente il ricorso va dichiarato inammissibile per carenza di interesse. *Omissis*.

Nota

È condivisibile il principio espresso nelle due decisioni di ritenere, in conformità ad un consolidato orientamento giurisprudenziale, inammissibile il ricorso avverso atti di pianificazione urbanistica proposto da più soggetti in assenza di uno specifico ed omogeneo interesse, quale posizione qualificata e differenziata, non integrata dalla semplice vicinitas, ma per la quale sono necessari specifici pregiudizi e almeno potenziali utilità derivanti dall'annullamento dell'atto impugnato.

Le due sentenze in commento sono accomunate dal ribadire, con chiarezza, che anche ai fini dell'impugnazione di strumenti urbanistici non è sufficiente la legittimazione ad agire in capo ai ricorrenti, ma è necessaria anche la sussistenza di uno specifico, permanente interesse.

Il Consiglio di Stato giunge a tale conclusione dopo aver effettuato «una sintetica ricognizione dei caratteri essenziali dell'interesse a ricorrere e degli elementi che ne integrano la struttura», alla quale si riporta anche il TAR Lombardia.

I giudici di Palazzo Spada precisano in particolare che «l'interesse a ricorrere è caratterizzato dalla sussistenza dei medesimi requisiti che qualificano l'interesse ad agire ai sensi dell'art. 100 c.p.c. e, cioè, dalla prospettazione di una lesione concreta ed attuale della sfera giuridica del ricorrente e dall'effettiva utilità che deriverebbe a quest'ultimo dall'invocato annullamento dell'atto impugnato», conformandosi ad un costante orientamento dello stesso Consiglio di Stato (in particolare a Cons. Stato, sez. V, 8 maggio 2007, n. 2119).

L'interesse al ricorso amministrativo viene qualificato quale «condizione dell'azione» che «postula che il pregiudizio arrecato dal provvedimento gravato sia effettivo, nel senso che dall'esecuzione dello stesso deve discendere in via immediata e diretta un danno certo alla sfera giuridica del ricorrente», pur non escludendo che il danno possa essere anche solo «potenziale», purché vi sia un elevato grado di certezza che la lesione si verificherà in futuro (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 22 giugno 2006, n. 3947).

Il Consiglio di Stato ritiene, conseguentemente, che la sussi-

stenza di un danno meramente eventuale, ossia di per sé non capace di arrecare una lesione diretta alla sfera del soggetto ricorrente, escluda la presenza dell'interesse al ricorso (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 19 giugno 2006, n. 3656).

Nel caso in cui si impugnino atti relativi ad interventi edilizi-urbanistici non è sufficiente uno «stabile collegamento con la zona interessata dalle opere contestate» (la cd. *vicinitas*) per rendere presente l'interesse al ricorso (posizione *qualificata e differenziata*), ma è necessaria anche «una rilevante e pregiudizievole alterazione del preesistente assetto urbanistico ed edilizio, per effetto della realizzazione dell'intervento controverso» (Cons. Stato, sez. IV, 11 aprile 2007, n. 1672).

Le argomentazioni svolte dal Consiglio di Stato e dal TAR Milanese si pongono su questa linea ribadendo, peraltro, la necessaria permanenza dell'interesse al ricorso quale *condizione dell'azione* ed elemento autonomo rispetto alla legittimazione ad agire.

Legittimati al ricorso, infatti, sono i soggetti titolari della situazione giuridica, di natura sostanziale, tutelabile nel processo, preventivamente definita dalle norme, la cui violazione ad opera di un atto amministrativo illegittimo fa sorgere l'interesse a realizzare la tutela predisposta dall'ordinamento attraverso il giudice (cfr. G. Bobbio, in *Foro Amm. TAR*, 2006, 9, 2829).

Le due decisioni in commento, pertanto, non costituiscono una novità ma ribadiscono ancora una volta che anche il giudizio amministrativo deve far perno sull'interesse al ricorso, in quanto l'interesse costituisce il presupposto e la base di ogni forma di tutela giuridica nel nostro ordinamento.

L'art. 36 del codice di procedura civile del 1865 disponeva, infatti, che «per proporre una domanda in giudizio, o per contraddire alla medesima, è necessario avervi interesse» e l'art. 3 L. 20 marzo 1865, n. 2248, nell'individuare «gli affari» attribuiti «alle autorità amministrative», precisa che queste devono adottare le loro decisioni, «ammesse le deduzioni e le osservazioni in iscritto delle parti interessate».

Tale impostazione è stata ribadita dall'art. 5 della L. 3 marzo 1934, n. 383, T.U. della legge comunale e provinciale, che disponeva che il ricorso gerarchico poteva «essere sperimentato solo da chi vi abbia interesse».

Ai fini dell'ammissibilità del ricorso amministrativo non basta, pertanto, una lesione concreta ed attuale della sfera giuridica del ricorrente, ma è necessario che vi sia anche un'effettiva utilità che il ricorrente possa trarre dall'eventuale annullamento dell'atto impugnato, ed in entrambe le decisioni tale verifica ha evidenziato una precisa carenza in capo ai ricorrenti.

La giurisprudenza pressoché unanime ha ritenuto sussistente l'interesse ad impugnare strumenti urbanistici, anche con riferimento ad aree non di proprietà del ricorrente, solo «allorché la nuova destinazione urbanistica incida sul godimento, sul valore di mercato dell'area o comunque su interessi propri dello stesso ricorrente» (T.A.R. Lombardia, Milano, sez. II, 3 marzo 2006, n. 569; Cons. Stato, sez. IV, 10 agosto 2004, n. 5516; Cons. Stato, sez. IV, 4 marzo 2003, n. 1191; Cons. Stato, sez. IV, 15 ottobre 1999, n. 1581; Cons. Stato, sez. IV, 5 febbraio 1998, n. 207; Cons. Stato, sez. IV, 31 gennaio 1995, n. 38).

Come risulta anche dalle sentenze in commento, deve trattarsi di interesse non solo affermato ma provato con specifico riferimento alla «consistenza effettiva e personale del danno» che i ricorrenti possono patire per effetto degli interventi contestati.

In entrambi i casi esaminati, invece, il ricorso era stato presentato da una pluralità di soggetti, accomunati solo dall'aver interesse nella zona oggetto di intervento (*vicinitas*), ma non omogenei, in quanto per alcuni legati ad attività commerciali, mentre per altri connessi alla residenza, quindi tra loro «intrinsecamente confliggenti», anche per le differenti aspettative.

In entrambi i casi è mancata, infatti, la prova, o, quantomeno, la «prospettazione di una lesione concreta ed attuale della sfera giuridica del ricorrente e dell'effettiva utilità che potrebbe derivare a quest'ultimo dall'eventuale annullamento dell'atto impugnato» (Cons. Stato, sez. V, n. 2119/2007).

La giurisprudenza aveva già precisato che l'interesse a ricorrere deve essere «caratterizzato dai requisiti della *personalità* (il risultato di vantaggio deve riguardare specificamente e direttamente il ricorrente), dell'*attualità* (l'interesse deve sussistere al momento del ricorso, non essendo sufficiente a sorreggere quest'ultimo l'eventualità o l'ipotesi di una lesione) e della *concretezza* (l'interesse a ricorrere va valutato con riferimento ad un pregiudizio concretamente in grado di prodursi, per effetto del provvedimento impugnato, nella sfera giuridica del ricorrente)» (Cons. Stato, sez. IV, n. 3656/2006 e Cons. Stato, sez. IV, 22 giugno 2006, n. 3947), caratteri che nei due casi esaminati erano assenti.

La *vicinitas*, in tale quadro ricostruttivo, smarrisce, seppur in parte, la sua natura di sufficiente elemento differenziatore della posizione giuridica soggettiva, occorrendo una situazione concreta e fattuale che si rifletta negativamente sulla posizione sostanziale stessa, ledendola (cfr. T.A.R. Toscana, Firenze, sez. I, 5 maggio 2003, n. 1494).

Ammettere il ricorso in assenza di uno specifico interesse si risolverebbe nel riconoscere un'azione popolare, in quanto volta ad ottenere un semplice controllo oggettivo a tutela della legittimità dell'azione amministrativa.

Nel nostro ordinamento, invece, l'azione popolare è possibile solo in limitati casi in quanto anche la giustizia amministrativa, sulla base di quanto previsto degli artt. 24 e 113 Cost. (che hanno ampliato le situazioni soggettive tutelate e la proponibilità dell'azione), non può prescindere dal vantaggio, anche solo potenziale, che il ricorrente si propone di ottenere dall'accoglimento del ricorso.

La tutela giurisdizionale, pertanto, anche amministrativa, non può prescindere dall'interesse a ricorrere, inteso non come idoneità astratta dell'azione a realizzare il risultato perseguito ma, più specificamente, come interesse proprio del ricorrente al conseguimento di un'utilità o di un vantaggio (materiale o, in certi casi, morale) attraverso il processo amministrativo di annullamento di un atto.

L'interesse al ricorso presuppone, dunque, la sussistenza sia di una lesione, effettiva e concreta, che il provvedimento che si vuole impugnare (ed alla cui caducazione si è quindi interessati) arreca al ricorrente, sia del vantaggio (anche solo potenziale) che il ricorrente si ripromette di ottenere dall'annullamento del provvedimento impugnato.

Il Consiglio di Stato aveva già precisato che anche nel processo amministrativo trova applicazione l'art. 100 c.p.c., «per il suo carattere di generalità», con la conseguenza «che per agire nel processo amministrativo è necessario non solo essere titolari a seconda dei casi di situazioni giuridiche di diritto soggettivo o di interesse legittimo, ma anche di una posizione di interesse a ricorrere, intesa non come idoneità astratta a conseguire un risultato utile, ma come interesse proprio del ricorrente al conseguimento di un vantaggio materiale o morali».

le attraverso il processo amministrativo» (Cons. Stato, sez. IV, 5 dicembre 2002, n. 6657).

Può trattarsi anche di interesse «meramente strumentale, avuto riguardo alla finalità di rimettere semplicemente in discussione il rapporto controverso ai fini del riesercizio del potere in termini potenzialmente idonei ad evitare il pregiudizio sofferto a conseguire il vantaggio sperato» (Cons. Stato, sez. IV, n. 6657/2002), ma deve, comunque, potersi configurare un'utilità concreta che il ricorrente si ripromette di ottenere dall'accoglimento del ricorso, tenuto conto della situazione giuridica e dello stato in cui versa (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 12 settembre 2007, n. 4).

I reiterati interventi sull'argomento del Consiglio di Stato,

lungi dall'aver raggiunto un effetto «definitorio» dell'istituto, confermano che l'interesse al ricorso è una figura complessa e problematica, soprattutto se comparato con l'altra condizione dell'azione processuale, la cosiddetta *legitimitas ad causam*, in quanto presenta tratti meno evidenti e difficilmente determinabili, al punto che in dottrina si è sostenuto che la sua rilevanza si nota maggiormente non quando esso sia presente, ma quando manchi o venga meno (E. Guicciardi, *Interesse personale diretto ed attuale*, nota a Cons. Stato, sez. V, 26 marzo 1960, n. 198, in E. Guicciardi, *Studi di Giustizia Amministrativa*, Torino 1987, 83).

Gianluca Sgaravato

LIBRI

Collana *Le monografie di Azienditalia Finanza e tributi*

Ici - Le aree fabbricabili

di Andrea Gerla

Il testo analizza l'applicazione dell'Ici sulle aree edificabili con particolare riguardo alle modalità per l'accertamento del rispetto delle disposizioni di legge in materia.

Il volume sviluppa il problema dell'esatta definizione di area edificabile e analizza i principali problemi applicativi connessi (aree di incerta edificabilità, terreni pertinenti, ambiti operativi della finzione giuridica di inedificabilità prevista dalla norma in determinate circostanze, applicabilità della disciplina agli immobili soggetti a ristrutturazione, ecc.).

Inoltre si illustrano le modalità da seguire per l'individuazione delle aree, per la valutazione delle stesse e per la predisposizione di atti di accertamento formalmente e sostanzialmente corretti (con particolare riguardo agli aspetti della motivazione

degli atti e della quantificazione delle sanzioni).

Oltre a fornire tutti i riferimenti giuridici e giurisprudenziali per affrontare l'argomento con una visione la più possibile "globale", il taglio manualistico ed i suggerimenti per l'esercizio dell'attività di accertamento costituiscono quel "plus" che rende il volume pratico, completo e operativo.

Ipsoa giugno 2006, pagg. 280, € 23,00
Cod. 74139

Per informazioni

- Servizio Informazioni Commerciali
(tel. 02.82476794 - fax 02.82476403)
- Agente Ipsoa di zona
(www.ipsoa.it/agenzie)
- www.ipsoa.it



Giurisprudenza

n. 3 -2010 - © copyright

T.A.R. PUGLIA - LECCE - SEZIONE I - Sentenza 24 febbraio 2010 n. 622

Aldo Ravalli - Presidente, Massimo Santini - Estensore

Quarta e altro (avv. V. Pellegrino) c. Comune di Lecce (avv. E. Ciulla), Mignone e altro (avv. A. Vantaggiato), Lupiae Servizi s.p.a. (n.c.), Nocco e altro (n.c.), Tamborrino (avv. F. Patarnello)

1. Autonomia e decentramento - Organi e funzioni di province comuni ed enti locali - Società in house interamente partecipata dal Comune - Membri del consiglio di amministrazione e del collegio dei sindaci - Sindaco - Scelta - Potere ex art.50 comma 8, d.lg. n.267 del 2000 - Esercizio - E' corretto.

2. Autonomia e decentramento - Organi e funzioni di province comuni ed enti locali - Atti di nomina ex art.50 comma 8, d.lg. n.267 del 2000 - Qualificazione - Atti di alta amministrazione - Soggetti interessati - Posizioni soggettive - Hanno consistenza di interesse legittimo.

3. Autonomia e decentramento - Organi e funzioni di province comuni ed enti locali - Consigliere comunale - Adizione delle autorità giurisdizionali - Per ripristinare la legalità nell'azione degli organi consiliari - Interesse differenziato e attuale - Sussiste.

4. Persona fisica e diritti della personalità - Diritti fondamentali - Art.51 Cost. - Principio di pari opportunità - Rispetto - Singole p.a. e propri rappresentanti istituzionali - Sono vincolati.

5. Persona fisica e diritti della personalità - Diritti fondamentali - Principio di pari opportunità - Attuale cogenza.

6. Autonomia e decentramento - Organi e funzioni di province comuni ed enti locali - Società in house interamente partecipata dal Comune - Membri del consiglio di amministrazione e del collegio dei sindaci - Sindaco - Scelta - Principio delle pari opportunità - Rispetto.

1. E' corretto il ricorso al potere di cui all'art.50 comma 8, d.lg. 18 agosto 2000 n.267, ai fini della scelta, da parte di un sindaco, dei membri del consiglio di amministrazione e del collegio dei sindaci di una società in house interamente partecipata dal Comune.

2. Posto che gli atti di nomina di cui all'art.50 comma 8, d.lg. 18 agosto 2000 n.267, vanno annoverati tra gli atti c.d. di alta amministrazione, le sottese

posizioni eventualmente vantate dai singoli interessati hanno consistenza di interesse legittimo, con conseguente affermazione della giurisdizione del giudice amministrativo.

3. Ciascun consigliere comunale ha un proprio interesse, differenziato e attuale, a chiedere l'intervento delle autorità giurisdizionali, al fine di ripristinare la legalità nell'azione degli organi consiliari, inibendo così anche future violazioni connesse, consequenziali o dello stesso genere; in tal senso, il consigliere comunale, da un lato, non è equiparabile al quisque de populo, dall'altro lato, agisce a tutela (o meglio alla conservazione) della carica rivestita (c.d. ius ad officium).

4. L'art. 51 Cost. vincola le singole p.a. ed i propri rappresentanti istituzionali, anche a livello locale, ad agire nel rispetto del principio di pari opportunità, sicchè ogni statuizione che non tenga adeguatamente conto del necessario "riequilibrio di genere" costituirà una violazione di siffatto obbligo costituzionale.

5. Nell'attuale sistema normativo, è cogente il principio delle pari opportunità nei confronti di tutti i soggetti istituzionali che compongono l'ordinamento repubblicano ed in relazione a qualsivoglia tipo di provvedimento - normativo oppure amministrativo - che si intende adottare con riguardo ai diversi settori di intervento.

6. In forza dell'art.6, d.lg. 18 agosto 2000 n.267, un Sindaco, nell'ambito della procedura svolta per le nomine dei membri del consiglio di amministrazione e del collegio dei sindaci di una società in house interamente partecipata dal Comune, deve tener conto del principio delle pari opportunità, eventualmente riservando una aliquota dei membri da nominare (la cui consistenza deve a sua volta formare oggetto di valutazione in concreto, sulla base delle singole circostanze) al sesso generalmente sottorappresentato, ossia quello femminile.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia
Lecce - Sezione Prima

ha pronunciato la presente

SENTENZA

Sul ricorso numero di registro generale 1484 del 2009, proposto da:

Rita Quarta, Angela Maria Spagnolo, Paola Povero, Antonio Rotundo, Antonio

Torricelli, Paolo Foresio, Carlo Benincasa e Gianni Colucci, tutti rappresentati e difesi dall'avv. Valeria Pellegrino, presso il cui studio in Lecce, via Augusto Imperatore n. 16, sono elettivamente domiciliati;

contro

Comune di Lecce, rappresentato e difeso dall'avv. Elisabetta Ciulla, con domicilio eletto presso gli uffici del Municipio in Lecce;

nei confronti di

Carlo Mignone e Mauro Mazzotta, rappresentati e difesi dall'avv. Angelo Vantaggiato, presso il cui studio in Lecce, via Zanardelli n. 7, sono elettivamente domiciliati;

Lupiae Servizi Spa, non costituita;

Angelo Nocco, Andrea Criscolo, Francesco Candido, Alessandro Micati, Vittorio Trullo, Marcello Ferrara, Gianluca Borgia e Luigi Coclite, tutti non costituiti;

Giuseppe Tamborrino, rappresentato e difeso dall'avv. Fabio Patarnello, presso il cui studio in Lecce, via 47° Rgt. Fanteria n. 29, è elettivamente domiciliato;

*per l'annullamento
previa sospensione dell'efficacia,*

dei Decreti in data 30 giugno 2009, nn. 9 e 10, adottati dal Sindaco del Comune di Lecce ed aventi ad oggetto, rispettivamente, "nomina di cinque componenti, di cui due supplenti, del Collegio Sindacale della Società Lupiae Servizi s.p.a., ai sensi dell'art. 50 comma 8 del T.U. 267/00" e "nomina dei componenti dell'Organo di Amministrazione della società Lupiae Servizi s.p.a., ai sensi dell'art. 50 comma 8 del T.U. 267/00"; nonché del parere in data 26 giugno 2009, n. 79164, adottato dal Dirigente del Settore Affari Generali ed Istituzionali del Comune di Lecce; di ogni altro atto presupposto, connesso, collegato e/o consequenziale.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Lecce;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del sig. Carlo Mignone;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del sig. Mauro Mazzotta;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del sig. Giuseppe Tamborrino;

Viste le memorie difensive rispettivamente prodotte dalle parti costituite;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 16/12/2009 il dott. Massimo Santini e uditi per le parti gli Avv.ti Valeria Pellegrino, Ciulla, Vantaggiato e Patarnello;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

In data 23 marzo 2009 il Comune di Lecce ha bandito avviso pubblico per la nomina, rispettivamente, di tre membri del Consiglio di Amministrazione e dei cinque componenti (di cui due supplenti) del Collegio Sindacale della società a totale partecipazione pubblica "Lupiae Servizi" (d'ora in avanti, "la società").

Le domande a tal fine pervenute sono poi state esaminate da un apposito collegio di valutazione il quale, dopo avere escluso quelle carenti dei requisiti formali previsti per la nomina in seno alla predetta società, ha ritenuto in prima istanza idonee trentotto candidature (di cui due donne) per il consiglio di amministrazione e trentanove (di cui due donne) per il collegio sindacale.

Con i decreti impugnati sono poi stati nominati i membri dei ridetti organismi, senza tuttavia che al loro interno fosse contemplata alcuna candidata di sesso femminile.

I ricorrenti, nelle loro rispettive qualità di consiglieri comunali, interponevano dunque gravame per violazione del principio delle pari opportunità tra uomo e donna di cui all'art. 51 Cost., art. 6 del decreto legislativo n. 267 del 2000, nonché artt. 2, 69 e 109 dello statuto comunale, nonché per difetto di motivazione ed eccesso di potere per contraddittorietà dell'azione amministrativa.

Si costituivano in giudizio il Comune di Lecce, nonché i sigg.ri Mignone, Mazzotta e Tamborrino, nella qualità di controinteressati (in quanto soggetti nominati all'interno dei predetti organi), per chiedere il rigetto del gravame. In particolare, si eccepeva la inammissibilità del ricorso: a) per difetto di giurisdizione, dal momento che il Sindaco del Comune di Lecce avrebbe provveduto alla scelta dei predetti membri in qualità di socio, ai sensi dell'art. 2449 c.c. (pure richiamato dallo statuto della società) e non di autorità pubblica; b) per difetto di legittimazione a ricorrere in capo ai ricorrenti, sia in quanto consiglieri comunali, sia in quanto i medesimi non sarebbero comunque beneficiari della normativa sulle pari opportunità; c) per mancata impugnazione della precedente deliberazione n. 25 del 22 aprile 2004, la quale, nel dettare indirizzi e requisiti ai fini della nomina e della revoca dei suddetti rappresentanti, nulla affermava con riguardo al rispetto del principio delle pari opportunità; d) ancora, per mancata impugnazione della delibera assembleare 30 giugno 2009 con la quale i suddetti soggetti sarebbero stati poi in effetti nominati. Si rilevava inoltre la infondatezza dello stesso: a) in ragione dell'ampio potere discrezionale di cui gode in materia il Sindaco, ai sensi dell'art. 50, comma 8, del TUEL, il quale travalicherebbe il principio delle pari opportunità; b) per la natura privatistica della società, cui non andrebbe dunque applicato il principio in esame: la stessa non sarebbe infatti inquadrabile tra gli "uffici pubblici" di cui all'art. 51 Cost.; c) per la mancanza di precettività in capo alla disposizione di cui all'art. 6 del TUEL, la quale richiederebbe per la sua concreta attuazione un adeguamento delle norme statutarie che, al momento in cui sono stati adottati gli atti gravati, non era ancora stato operato: in altre parole, in assenza di una norma statutaria (al tempo della adozione degli atti impugnati) in materia di pari opportunità tra uomini e donne, alcun obbligo avrebbe gravato sul Sindaco in ordine al rispetto di siffatto principio.

Alla pubblica udienza del 16 dicembre 2009 le parti costituite rassegnavano le proprie rispettive conclusioni ed il ricorso veniva infine trattenuto in decisione.

DIRITTO

1. Va preliminarmente affrontata la questione di giurisdizione

Si eccipisce al riguardo che il Sindaco del Comune di Lecce avrebbe provveduto alla scelta dei membri del consiglio di amministrazione e del collegio dei sindaci della società (interamente partecipata dal comune) in qualità di socio della stessa, ai sensi dell'art. 2449 c.c., e non di autorità pubblica. In tale veste, non sarebbe stato pertanto tenuto al rispetto del principio delle pari opportunità.

Per rafforzare tale tesi si allegano una serie di pronunzie giurisprudenziali che il collegio, tuttavia, non ritiene adattabili al caso di specie.

Ed infatti: da un lato, le decisioni del TAR Campania n. 2252 del 2008 e n. 1184 del 2008 riguardano organismi di diritto pubblico; dall'altro lato, quella affrontata dalla Corte di Cassazione (n. 7799 del 2005) concerne una ipotesi di "assoluta autonomia" tra società ed ente locale (tra i quali non sussiste "alcun collegamento").

Nel caso di specie, al contrario, si tratta di una società "in house" (che è qualcosa di diverso rispetto all'organismo di diritto pubblico, connotandosi per una maggiore aderenza organizzativa rispetto all'ente pubblico controllante). Ed infatti, da un esame del suo statuto si rileva che la medesima:

a) è a totale partecipazione pubblica;

b) realizza la propria attività esclusivamente in favore dei soci (ossia il Comune di Lecce), ai sensi dell'art. 3 dello statuto;

c) è sottoposta a controllo sia "strutturale" (mediante nomina degli organi amministrativi e di controllo, rispettivamente ai sensi degli artt. 13 e 18 dello statuto) sia "funzionale" (sull'attività svolta, ai sensi dell'art. 4 dello statuto) da parte del Comune di Lecce. In altre parole, l'azionista pubblico esercita un controllo analogo a quello svolto nei confronti dei propri servizi.

Quanto alla proprietà delle azioni - e al di là del fatto che esse sono interamente possedute, al momento, dal Comune di Lecce - il loro eventuale trasferimento potrà essere operato, ai sensi dell'art. 6 dello statuto, "esclusivamente in favore di altri enti pubblici territoriali".

Pertanto, come affermato dal Consiglio di Stato nella sentenza 26 agosto 2009, n. 5082 (che sul punto ha tratto a sua volta ispirazione dalla sentenza della Corte di Giustizia 13 novembre 2008, in causa C-324-07, sulla vicenda "Coditel Brabant SA"), anche in caso di proprietà eventualmente ripartita tra più enti pubblici il controllo analogo, sebbene non esercitabile individualmente dai singoli soci pubblici, potrà comunque essere svolto in modo effettivo, ossia congiuntamente e facendo ricorso al criterio della maggioranza.

In buona sostanza ricorrono, nella specie, tutti i requisiti dell'in house providing e, in particolare, la mancanza di una relazione intersoggettiva, trattandosi piuttosto di delegazione interorganica: la società si pone infatti quale "longa manus" o, se si preferisce, quale mero plesso organizzativo dello stesso ente locale.

Sussiste in questo modo un rapporto non di autonomia tra i due soggetti (comune e società) quanto piuttosto, in chiave sostanziale, di subordinazione gerarchica: il modello dell'in house, infatti, implica che la società di gestione sia priva di una propria autonomia imprenditoriale e di capacità decisionali distinte da quelle della pubblica amministrazione di cui costituisce, come efficacemente descritto da parte della dottrina, un "prolungamento organizzativo".

Gli estremi dell'ingerenza pubblica sono tali da considerare la società alla stregua di parte integrante dell'amministrazione controllante, la quale esercita i propri poteri (formalmente) di azionista mediante gli schemi di diritto amministrativo dell'autoritatività e della unilateralità: non si tratta di semplice esercizio degli strumenti di cui dispone il socio di maggioranza secondo le regole proprie del diritto societario, ma di un assoluto potere - come peraltro evidenziato dalla Commissione UE nella nota 26 giugno 2002 diretta al Governo Italiano - di direzione, coordinamento

e supervisione dell'attività del soggetto partecipato.

In sintesi, mentre nella citata sentenza della Corte di cassazione si fa riferimento ad un rapporto di "assoluta autonomia" tra ente locale e società, le quali si trovano in una situazione priva di alcun "collegamento", nel caso di specie si verifica il contrario, dovendosi parlare di due soggetti in posizione di stretta dipendenza funzionale e strutturale, ossia di subordinazione gerarchica.

In questa direzione, la società di cui si controverte è da qualificare alla stregua di "ente strumentale" del comune, con ogni conseguenza in merito alla natura sostanzialmente pubblicistica della medesima.

Ora, poiché - come affermato dalla giurisprudenza amministrativa (T.A.R. Reggio Calabria, 9 maggio 2005, n. 387; Cons. Stato, sez. V, 12 agosto 2002, n. 5552) - il potere attribuito al sindaco di provvedere alla nomina, ai sensi dell'art. 50, comma 8, del decreto legislativo n. 267 del 2000, dei rappresentanti del comune presso enti, aziende ed istituzioni, sussiste innanzitutto nelle ipotesi di rapporto di "strumentalità" o "subordinazione" esistente tra il comune e l'ente nei cui confronti la nomina ha effetto, ne deriva che nel caso di specie il comune ha correttamente fatto ricorso - come si evince dal preambolo dei due atti gravati - a tale specifico potere.

Il comune ha in particolare agito, in occasione della nomina dei predetti organismi societari, non come socio ma come autorità pubblica preposta al controllo ed al coordinamento della società, a nulla rilevando il richiamo nella disposizioni statutarie della norma di cui all'art. 2449 c.c., la quale costituisce peraltro disposizione di carattere sostanziale e non processuale, o meglio decisiva ai fini del riparto di giurisdizione.

Risponde inoltre a canoni di coerenza e logicità il fatto che, se il rapporto tra i due enti deve essere ricondotto ad un modello organizzativo di dipendenza organica (simile a quello che normalmente si realizza nell'organizzazione burocratica di una pubblica amministrazione) e dunque di derivazione pubblicistica, allo stesso modo gli atti organizzativi, ossia quegli atti attraverso i quali tale rapporto va regolato (e tra questi le nomine dei membri della società), debbono essere concepiti secondo analoghi schemi di diritto pubblico.

Del resto, appare ormai radicata la tendenza a sottoporre alle regole del diritto amministrativo organismi formalmente privati ma sostanzialmente pubblicistici: e ciò per quanto riguarda il rispetto sia dei criteri di evidenza pubblica per la scelta dei contraenti, sia del principio di concorsualità per il reclutamento del personale (cfr. art. 18 del decreto-legge n. 112 del 2008). Pertanto, è da ritenere coerente con siffatto orientamento la scelta di procedere alla nomina dei membri degli organi di amministrazione e di controllo delle stesse società mediante l'utilizzo di schemi decisionali propri del diritto amministrativo, ossia attraverso l'adozione di atti provvedimenti ed autoritativi.

Da quanto sopra detto deriva che, poiché gli atti di nomina di cui al citato art. 50 sono pacificamente annoverati tra gli atti c.d. di alta amministrazione (cfr. TAR Puglia Bari, sez. II, 15 maggio 2006, n. 1759), le sottese posizioni eventualmente vantate dai singoli interessati avranno consistenza di interesse legittimo, con ogni conseguenza in termini di giurisdizione del GA.

Alla luce di quanto appena rilevato l'eccezione suddetta deve così essere respinta.

2. Si affronta ora l'ulteriore eccezione di inammissibilità concernente la legittimazione ad agire in capo ai ricorrenti, i quali tutti agiscono nella veste di consiglieri comunali.

Il collegio ritiene al riguardo di non avere motivo di discostarsi dagli indirizzi precedentemente espressi, sul tema, da questo stesso tribunale amministrativo.

È stato affermato, in particolare, che “oltre al tradizionale riconoscimento della legittimazione dei consiglieri comunali ad agire in giudizio ove vengano in rilievo atti incidenti in via diretta sul diritto all’ ufficio, deve riconoscersi loro un’ analoga potestà nei casi in cui venga contestata sotto altri profili ... la legittimità dell’ azione degli organi politici dell’ ente di appartenenza” (T.A.R. Puglia Lecce, sez. II, 21 febbraio 2005, n. 680). “I rimedi giurisdizionali, in tal caso, doppiano quelli politico-amministrativi, presupponendo come questi ultimi la medesima funzione di controllo, tipica del consiglio comunale e riguardante casi di vera e propria legittimità e non di mera opportunità politica latamente intesa” (T.A.R. Puglia Lecce, sez. I, 26 ottobre 2005, n. 1306).

L’ orientamento appena segnalato si fonda in sintesi sui seguenti presupposti:

In primo luogo, l’ abolizione del controllo dei controlli preventivi di legittimità per mano della novella costituzionale del 2001 indurrebbe a prefigurare, quasi in via di compensazione, un ampliamento del controllo in sede giurisdizionale, attraverso un più esteso riconoscimento della legittimazione a ricorrere dei consiglieri di minoranza.

In particolare, l’ eliminazione dei controlli eteronomi - pur dovuta al sostanziale fallimento legato alla loro esperienza - non esclude secondo autorevole dottrina che, in un’ ottica di riorganizzazione e riassetto del sistema delle autonomie locali, non possano essere individuate “forme di controllo diverse ed ulteriori, purché per queste ultime sia rintracciabile in Costituzione un adeguato fondamento normativo o un sicuro ancoraggio a interessi costituzionalmente protetti” (cfr. Corte cost., sent. n. 29 del 1995). Fondamento che, nella specie, sarebbe senz’ altro rinvenibile negli artt. 97, 113 e 125 Cost.

D’ altra parte, se l’ obiettivo è quello di reperire in questa fase di transizione istituzionale ulteriori modalità di sindacato (risultando impensabile che la suddetta eliminazione comporti altresì una indefinita sottrazione degli enti locali da qualsivoglia forma di controllo esterno), tra queste ben possono annoverarsi i rimedi esercitabili davanti agli organi di giustizia amministrativa.

Al collegio non sfugge l’ esistenza di forme di controllo già codificate, quali quelle di cui all’ art. 138 TUEL ed all’ art. 120 Cost., quest’ ultimo come procedimentalizzato dall’ art. 8 della legge n. 231 del 2003. E tuttavia, l’ applicazione di tali meccanismi - al di là della sussistenza o meno dei necessari presupposti per la loro attivazione - è così complessa da non potere consentire sistematicamente il ricorso ai medesimi per ogni fattispecie che presenti possibili profili di illegittimità.

Si vuole conseguentemente evitare - al di là della peculiarità del caso di specie - che si vengano a creare zone franche di illegittimità, soprattutto laddove determinati provvedimenti, per la difficoltà connessa alla individuazione dei potenziali diretti interessati, si rivelino di fatto scarsamente suscettibili di gravame.

In secondo luogo, ciascun consigliere comunale conserva uno specifico interesse personale ad impedire, con ogni mezzo consentito dall’ ordinamento, a che l’ organo politico di riferimento istituzionale non agisca, formalmente o sostanzialmente, in violazione di legge.

Un tale interesse risulta peraltro strettamente connesso con quello alla conservazione dell’ ufficio, atteso che una sistematica, grave e persistente, violazione di legge, può essere causa di rimozione del sindaco e dunque di scioglimento dei consigli comunali, ai sensi dell’ articolo 141 del decreto legislativo n. 267 del 2000.

Sicché, ciascun consigliere ha un proprio interesse, differenziato e attuale, a chiedere l’ intervento delle autorità giurisdizionali, al fine di ripristinare la legalità nell’ azione degli organi consiliari, inibendo così anche future violazioni connesse, consequenziali o dello stesso genere (Tar Lecce, prima sezione, 12 maggio 2006, n. 2573).

Nei termini anzidetti, il consigliere comunale: da un lato, non è equiparabile al

quisque de populo; dall'altro lato, agisce a tutela (o meglio alla conservazione) della carica rivestita (c.d. ius ad officium).

In terzo ed ultimo luogo, mediante la pretesa alla legittimità dell'azione degli organi comunali il singolo consigliere agisce altresì a tutela della propria immagine, così coltivando l'interesse morale a ricorrere quale componente di una istituzione che - nel complesso - opera nel rispetto della legge (Tar Lecce, prima sezione, 12 maggio 2006, n. 2573).

Come affermato dalla giurisprudenza amministrativa, "deve riconoscersi l'interesse dei componenti un collegio amministrativo ad operare in una struttura che verso l'esterno si presenti con i necessari crismi di legittimità e quindi di credibilità; e ciò nel quadro dei principi generali indicati dall'art. 97 Cost." (cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 20 ottobre 1978, n. 1053).

Per tutte le ragioni sopra evidenziate, anche tale eccezione di inammissibilità non può trovare ingresso.

3. Si affronta ora l'eccezione di inammissibilità per mancata impugnazione della deliberazione n. 25 del 2004, contenente indirizzi applicativi circa le modalità di nomina dei membri degli organismi societari in questione.

Ad avviso del collegio, il silenzio operato dalla suddetta delibera in ordine al rispetto del principio di pari opportunità non costituisce ragione idonea a giustificare la sua omessa applicazione da parte dei competenti uffici comunali; e ciò dal momento che l'obbligo di cui si controverte deriva direttamente - come più avanti si avrà modo di osservare - da disposizioni costituzionali, legislative e statutarie. In altre parole, la deliberazione non è da ritenersi lesiva soltanto perché non contiene alcune riferimento al rispetto di siffatto obbligo.

Decisiva, poi, è la constatazione che alcuna deroga al medesimo principio viene anche solo genericamente affermata nel richiamato atto di indirizzo del 2004: il che conferma la validità della tesi sopra sostenuta circa la mancata volontà, in capo alla suddetta delibera, di obliterare siffatto obbligo.

Da quanto detto deriva il rigetto della dedotta eccezione di inammissibilità.

4. Con ulteriore eccezione di inammissibilità si contesta la mancata impugnazione della delibera dell'assemblea della società in data 30 giugno 2009, con la quale si prende atto della nomina dei suddetti soggetti anche ai fini della corresponsione dei relativi compensi.

La richiamata delibera assembleare costituisce tuttavia una mera presa d'atto rispetto al decreto di nomina, non aggiungendo alcunché in termini di effetti costitutivi (e dunque di lesività), e ciò dal momento che tali effetti sono stati già posti in essere dai due decreti sindacali.

D'altra parte, il potere di nomina è in capo al Sindaco, ossia all'azionista di maggioranza (comune di Lecce), non anche in capo alla assemblea che alcun potere esercita in tal senso, se non in relazione alla determinazione del compenso da attribuire.

Il c.d. provvedimento di "presa d'atto" non costituisce pertanto determinazione amministrativa impugnabile, atteso che si tratta di mera attestazione, o dichiarazione di scienza, circa l'esistenza di un provvedimento che rientra nella competenza di altri e che rileva, per quanto di interesse, ai soli fini degli emolumenti economici da corrispondere (cfr. T.A.R. Sicilia Palermo, 10 luglio 1985, n. 916).

Anche tale eccezione deve essere dunque disattesa.

5. Nel merito, il ricorso è fondato per le ragioni così gradatamente evidenziate.

Ritiene preliminarmente il collegio che, ricondotte le vicende di cui si discute

nell'alveo della norma di cui all'art. 50, comma 8, del TUEL (nomina da parte del sindaco dei membri degli enti strumentali del comune, cfr. punto n. 1), il rispetto del principio delle pari opportunità, nel caso di specie, sia da ricondurre ad obblighi derivanti da un complesso di norme di matrice costituzionale, ordinaria e statutaria.

5.1. Si rammenta, in primo luogo, che l'art. 51 Cost., come novellato sul punto dalla legge costituzionale n. 1 del 2003, prevede al primo comma che "tutti i cittadini dell'uno o dell'altro sesso possono accedere agli uffici pubblici e alle cariche elettive in condizioni di eguaglianza, secondo i requisiti stabiliti dalla legge. A tale fine la Repubblica promuove con appositi provvedimenti le pari opportunità tra donne e uomini".

Come efficacemente sostenuto dai primi commentatori della nuova disposizione, quella apportata dalla legge costituzionale del 2003 rappresenta non tanto una "modifica" quanto, piuttosto, una vera e propria "attuazione" del dettato di cui all'art. 51 Cost. (che a sua volta costituisce specificazione del principio di eguaglianza di cui all'art. 3 Cost.).

Con particolare riferimento ad alcune locuzioni contenute nella predetta disposizione si osserva tra l'altro che:

- a) il termine "Repubblica" deve essere letto alla luce della nuova formulazione di cui al primo comma dell'art. 114 Cost., in forza del quale "la Repubblica è costituita dai Comuni, dalle Province, dalle Città metropolitane, dalle Regioni e dallo Stato". Pertanto, tutti gli enti territoriali, compresi comuni e province, sono tenuti alla realizzazione dell'obiettivo indicato dalla norma;
- b) con il termine "appositi provvedimenti" (frutto peraltro di uno specifico emendamento parlamentare) ci si intende riferire non solo ad atti legislativi ma anche a regolamenti ed atti amministrativi. Tale locuzione riguarda in altre parole la possibilità di attuare con qualsiasi strumento - legislativo oppure amministrativo - il principio delle pari opportunità. Come ben evidenziato in occasione dei lavori parlamentari relativi alla richiamata novella costituzionale del 2003, si prospetta in questo senso un campo d'azione articolato nelle fonti e nei soggetti che pongono in essere il ridetto principio: la norma costituzionale prefigura infatti una ampia e diversificata attività promozionale posta in essere dai soggetti della Repubblica, non necessariamente soltanto con atti normativi, e dunque "una grande varietà di soluzioni, perché naturalmente diversi possono essere gli approcci al problema e i modi di affrontarlo" (cfr. relazione di accompagnamento al disegno di legge costituzionale, nella quale si parla anche di "norma-ombrello");
- c) l'accesso viene riferito non solo alle cariche pubbliche ma anche ai "pubblici uffici", per tale intendendosi sia le ammissioni che avvengono tramite pubblici concorsi, sia - e soprattutto - quelle che avvengono mediante "nomina" come nel caso di specie. Per quanto riguarda, poi, la locuzione "pubblici uffici", essa deve riferirsi a tutti i soggetti dell'ordinamento che, a prescindere dalla veste formalmente assunta, sono comunque assimilabili - sulla base di indici di derivazione comunitaria (funzioni esercitate, interessi perseguiti e modalità di controllo decisionale) - ad una pubblica amministrazione in senso sostanziale (nel cui novero è inquadrabile anche la società di cui si controverte, per le ragioni che sono state evidenziate al punto n. 1): deve riferirsi in altre parole a tutti gli organismi che - come nel caso di specie - sono in concreto qualificabili alla stregua di enti strumentali del comune, e dunque ad esso subordinati.

La portata della disposizione di cui all'art. 51 Cost., immediatamente e concretamente applicabile nei rapporti intersoggettivi, determina in questo modo un particolare modo di essere e di agire in capo a qualsiasi soggetto pubblico, anche locale, rientrante nella definizione di cui all'art. 114 Cost.: quello ovverossia di provvedere, quale che sia l'oggetto dei singoli interventi, sulla base dei canoni della

c.d. "democrazia paritaria".

Detto in altre parole l'art. 51 Cost., per come formulato, vincola ormai le singole amministrazioni ed i propri rappresentanti istituzionali, anche a livello locale, ad agire nel rispetto del principio di pari opportunità.

Di conseguenza, ogni statuizione che non tenga adeguatamente conto del necessario "riequilibrio di genere" costituirà una violazione di siffatto obbligo costituzionale.

5.2. Coerentemente con tale impostazione, l'art. 2 dello Statuto del Comune di Lecce prevede che "il Comune ..., nelle materie di competenza, adotta le misure necessarie ... assicurando in ogni caso la parità e la pari opportunità fra i due sessi".

Tale disposizione, in uno con quella di cui al citato art. 51 Cost., integra in altre parole un generale canone conformativo dell'azione del Comune e quindi dei suoi organi (e tra questi il Sindaco) in ogni campo di attività, ivi ricompresi gli atti di nomina degli amministratori e dei sindaci delle società partecipate (qualora siano qualificabili, come nella specie, alla stregua di enti strumentali del comune e dunque di amministrazioni in senso sostanziale).

5.3. Ne deriva da quanto sopra detto che:

- a) gli organi del comune sono tenuti alla applicazione del principio di pari opportunità, ora costituzionalizzato dall'art. 51 Cost.;
- b) tale principio dovrà essere tradotto mediante specifici provvedimenti amministrativi, e in primo luogo in occasione di qualsivoglia atto di nomina;
- c) il principio in questione dovrà trovare applicazione anche in relazione alle nomine concernenti gli enti strumentali del comune, ivi ricomprese le società da esso partecipate che possiedono le medesime caratteristiche di quella in esame.

Le conclusioni cui si è appena pervenuti trovano ora conferma, tra l'altro, nella nuova formulazione di cui all'art. 1, comma 4, del decreto legislativo n. 198 del 2006 (Codice delle pari opportunità), come modificato sul punto ad opera dell'art. 1, comma 1, lettera b), del decreto legislativo n. 5 del 2010. tale disposizione prevede infatti che "l'obiettivo della parità di trattamento e di opportunità tra donne e uomini deve essere tenuto presente nella formulazione e attuazione, a tutti i livelli e ad opera di tutti gli attori, di leggi, regolamenti, atti amministrativi, politiche e attività".

5.4. Le statuizioni sopra riportate sarebbero di per sé sufficienti a suffragare la tesi sostenuta dai ricorrenti. Ritiene tuttavia il collegio che, per mero dovere di completezza espositiva, debba essere evidenziata, nella specie, anche la violazione dell'art. 6, comma 3, del TUEL.

Esso prevede, in particolare, che "gli statuti comunali e provinciali stabiliscono norme per assicurare condizioni di pari opportunità tra uomo e donna ai sensi della legge 10 aprile 1991, n. 125, e per promuovere la presenza di entrambi i sessi nelle giunte e negli organi collegiali del comune e della provincia, nonché degli enti, aziende ed istituzioni da essi dipendenti".

La tesi di alcuni dei controinteressati è in particolare quella di assegnare alla norma sopra indicata natura "programmatica" e non immediatamente precettiva, come tale contenente una mera direttiva indirizzata ai soggetti titolari della potestà statutaria: la norma, in altre parole, per poter trovare concreta applicazione necessiterebbe di disposizioni integrative di livello statutario che nella specie tuttavia difettano (o meglio difettavano, al momento della adozione degli atti qui impugnati).

Il collegio ritiene di non poter condividere tale impostazione.

Ed infatti, come anche evidenziato dalla dottrina che ha avuto modo di confrontarsi sul tema più generale delle disposizioni programmatiche, non è corretto parlare di norme ad efficacia programmatica in contrapposizione a norme ad efficacia obbligatoria, e ciò in quanto ogni norma giuridica è per sua stessa natura obbligatoria, se non altro per il solo fatto di essere inserita in un ordinamento normativo che valga

a qualificarla come tale.

Parlare di norma programmatica come di norma che, al pari di ogni programma, può essere o meno attuata, equivarrebbe a negare il concetto stesso di norma.

D'altra parte, tutto nel mondo del diritto è "programma", e tanto dal momento che il diritto costituisce proprio la traduzione in termini normativi di programmi che si intendono realizzare.

In questa prospettiva le norme programmatiche (dette anche "di scopo"), pur limitandosi a prescrivere indirizzi da attuare "de futuro" nonché in assenza della definizione circa il contenuto ed i mezzi necessari alla loro realizzazione, lungi dal potersi ritenere sfornite di valore normativo entrano comunque a costituire l'ordine giuridico, dando vita altresì a pretese azionabili rivolte a chiedere le loro osservanza da parte degli organi cui è attribuita la relativa competenza.

All'idea di "direttiva" non è pertanto corretto assegnare un significato vago e indeterminato, come se le enunciazioni programmatiche formulate in sede legislativa avessero un valore condizionato alla volontà dei soggetti destinatari (nella specie, gli organi titolari del potere statutario).

Piuttosto, può affermarsi che nella disposizione programmatica è contenuta, in linea di massima, una valutazione che ha carattere di generalità, nel senso ossia che la realizzazione degli obiettivi che essa si pone necessita di successive "puntualizzazioni".

Ma ciò non toglie che, pur in assenza di queste (pur doverose) puntualizzazioni, gli organi titolari del potere amministrativo sottostante siano del tutto sganciati dal rispetto dei fondamentali principi (id est, pari opportunità) contenuti nelle c.d. norme "di scopo".

Con questo si vuole dire che non è corretto contestare l'efficacia vincolante di norme le quali, pur riconoscendo in modo preciso ed esplicito un determinato diritto, rinviano ad una futura azione normativa (qui di revisione statutaria) la determinazione di una loro disciplina meglio specificata. Ed infatti, prima di tale intervento normativo integrativo (o specificativo, se si preferisce) l'efficacia di dette norme programmatiche non rimarrà sospesa, occorrendo invece ricavare, dall'intero "sistema", limiti e modalità connesse all'esercizio di siffatto diritto.

Ebbene, da una analisi del "sistema" complessivamente considerato non può che trarsi la conclusione - coerentemente a quanto affermato nei punti che precedono - circa la attuale cogenza del principio delle pari opportunità nei confronti di tutti i soggetti istituzionali che compongono l'ordinamento repubblicano ed in relazione a qualsivoglia tipo di provvedimento - normativo oppure amministrativo - che si intende adottare con riguardo ai diversi settori di intervento.

L'art. 6, comma 3, del TUEL, va dunque oggi letto, facendo ricorso all'interpretazione storico-evolutiva, attraverso la lente di ingrandimento dell'art. 51 Cost.

Del resto, è pacifico come la disposizione in esame delinei un "fine", pur senza specificare come conseguirlo. Trattandosi di norma finalistica, è tuttavia da ritenere che detto obiettivo (il rispetto delle pari opportunità) debba essere comunque raggiunto anche in assenza delle prescritte disposizioni integrative ed attuative dello statuto comunale, non potendosi ammettere che tali scelte possano indefinitamente condizionare o meglio sospendere l'effettivo rispetto di tale obbligo, ora di matrice anche costituzionale. Spetterà poi all'interprete (e prima ancora ai singoli responsabili istituzionali) stabilire di volta in volta se tale principio, tenuto anche conto delle singole circostanze del caso concreto, sarà stato adeguatamente rispettato.

In conclusione:

a) la norma di cui all'art. 6, comma 3, del TUEL, anche alla luce del novellato art. 51 Cost., non può avere carattere meramente sollecitatorio o comunque non cogente:

essa non può essere intesa, in altre parole, alla stregua di “mera raccomandazione liberamente disattendibile”, pena l’inevitabile depotenziamento della medesima in termini di precettività;

b) la predetta disposizione costituisce al contrario una regola giuridicamente rilevante (la cui inosservanza costituirà violazione del principio delle pari opportunità), diretta a valere non solo in sede di revisione statutaria ma anche, in assenza di siffatto recepimento, in sede di nomina dei membri degli organi collegiali e degli enti strumentali delle amministrazioni locali. Essa costituisce pertanto una disposizione vincolante, quantomeno rispetto al fine specifico da raggiungere (riequilibrio della rappresentanza dei due sessi);

c) in assenza di una revisione statutaria nel senso sopra indicato, spetterà agli organi competenti valutare caso per caso le modalità attraverso cui ottemperare all’obbligo in questione, e ciò tenuto anche conto delle singole circostanze che caratterizzano il caso concreto.

Infine, considerato che la disposizione di cui all’art. 6 si riferisce agli enti “dipendenti” dal Comune, deve di conseguenza ritenersi che in seno a tale categoria debba annoverarsi anche la società in questione, data la sua dimostrata natura di ente strumentale della predetta amministrazione comunale (cfr. punto n. 1). Non è dunque fondata, in questa direzione, la tesi sostenuta dalla amministrazione comunale resistente circa l’inapplicabilità del principio in esame alla società stessa.

Ne deriva da quanto detto che il Sindaco del Comune di Lecce, nell’ambito della procedura svolta per le nomine di cui si controverte, avrebbe comunque dovuto tenere conto del principio delle pari opportunità, eventualmente riservando una aliquota dei membri da nominare (la cui consistenza doveva a sua volta formare oggetto di valutazione in concreto, sulla base delle singole circostanze) al sesso generalmente sottorappresentato, ossia quello femminile.

5.5. A tanto si perviene anche considerando la particolare natura del potere esercitato.

Ed infatti si può ritenere acquisito, nella giurisprudenza (cfr., T.A.R. Puglia Bari, sez. II, 15 maggio 2006, n. 1759; Cons. Stato, sez. IV, 9 novembre 1995, n. 898; Cass., SS.UU., 16 aprile 1998, n. 38823), il principio secondo cui i provvedimenti di nomina quali quelli in esame, pur costituendo atti di alta amministrazione e seppure connotati da un tasso di discrezionalità particolarmente elevato, non sono tuttavia sottratti, come tali, al principio di legalità ed in primo luogo al rispetto dei principi fondamentali dell’ordinamento: tra questi, quello delle pari opportunità tra uomo e donna di cui alle citate fonti costituzionali, legislative e statutarie.

E ciò tanto più ove soltanto si consideri che, nella specie, non solo erano state ritenute idonee un certo numero di rappresentanti del sesso femminile ma addirittura, alcune di queste, avevano ottenuto una valutazione superiore rispetto ad alcuni dei soggetti poi nominati quali membri dei due organi in questione.

5.6. L’unico motivo di gravame, per come complessivamente prospettato e considerato, deve dunque trovare accoglimento.

6. Per tutte le ragioni di seguito indicate il ricorso è fondato e deve essere accolto. Per l’effetto, vanno annullati tutti gli atti in epigrafe indicati; con l’ulteriore conseguenza che, in sede di riedizione del potere amministrativo, il Sindaco del Comune di Lecce dovrà provvedere alla nomina di rappresentanti del sesso femminile sulla base degli esiti già ottenuti nella pregressa fase di valutazione dei singoli candidati.

Data la novità e l’obiettiva complessità della questione, sussistono giusti motivi per compensare integralmente tra le parti le spese del presente giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia - Lecce, prima sezione, definitivamente pronunciando sul ricorso n. 1484/2009, lo accoglie e per l'effetto:

A) annulla il decreto del Sindaco del Comune di Lecce in data 30 giugno 2009, n. 9, il decreto del Sindaco del Comune di Lecce in data 30 giugno 2009, n. 10 ed il parere in data 26 giugno 2009, n. 79164, adottato dal Dirigente del Settore Affari Generali ed Istituzionali del Comune di Lecce;

B) ordina al Sindaco del Comune di Lecce di provvedere alla nomina di rappresentanti del sesso femminile, all'interno degli organi societari in epigrafe indicati, come da motivazione (punto n. 6).

Spese compensate

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Lecce nella camera di consiglio del giorno 16/12/2009 con l'intervento dei Magistrati:

Aldo Ravalli, Presidente

Luigi Viola, Consigliere

Massimo Santini, Referendario, Estensore

DEPOSITATA IN SEGRETERIA
Il 24/02/2010
(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

