

L'organismo di diritto pubblico. La non industrialità nella giurisprudenza

di Giuseppe La Rosa

Sommario

1. *L'origine dell'organismo di diritto pubblico.* – **2.** *I requisiti dell'organismo di diritto pubblico.* – **2.1.** *Il requisito teleologico* – **2.2.** *L'evoluzione della giurisprudenza.* – **3.** *Assenza di rischio: profili problematici.* – **4.** *Considerazioni conclusive sulla rilevanza dell'organismo di diritto pubblico.*

1. L'origine dell'organismo di diritto pubblico

Al fine di analizzare la definizione di organismo di diritto pubblico è necessario partire dalla sua *ratio*, richiamando, quindi, le finalità sottese alla normativa sugli appalti pubblici.

Se l'obiettivo principale della Comunità è la realizzazione di un mercato unico concorrenziale, la conseguenza immediata è la sottoposizione al rispetto delle procedure di evidenza pubblica di soggetti che, benché formalmente privati, non agiscono nel mercato seguendo le logiche concorrenziali. Questo, infatti, sarebbe l'unico modo per evitare che tali soggetti operino animati da finalità diverse, compromettendo la piena realizzazione di un mercato unico.

La direttiva comunitaria 71/305/CEE, in materia di appalti pubblici di opere, limitava il suo ambito soggettivo di efficacia alle sole amministrazioni aggiudicatrici individuate nello Stato, negli enti pubblici territoriali e nelle persone giuridiche enumerate nell'allegato I, avente carattere tassativo ⁽¹⁾. Un criterio del

(1) Tale allegato qualificava come persone giuridiche di diritto pubblico, in tutti gli Stati membri "le associazioni di diritto pubblico costituite dagli enti pubblici territoriali come le associazioni di Comuni, i consorzi intercomunali, i *Gemeindeverbände*" e, in Italia, "le università statali, i consorzi per i lavori interessanti le università;

genere avrebbe l'indubbio merito di garantire la certezza del diritto. In realtà, visto l'elevato numero di soggetti giuridici operanti nell'ambito dei singoli Stati membri che, pur avendo connotazioni pubblicistiche, non erano tuttavia qualificabili come pubblici alla stregua di valutazioni formali, non essendo riconducibili al novero delle persone giuridiche tassativamente individuate, un siffatto criterio risultò lacunoso e inadeguato. In tali circostanze fu necessario l'intervento della Corte di Giustizia che arrivò a considerare come non esaustivo l'elenco, scontrandosi con l'inequivocabile dato testuale ⁽²⁾. La Corte affermò, infatti, che *“la finalità della direttiva, consistente nell'effettiva attuazione della libertà di stabilimento e della libera prestazione di servizi in materia di appalti di lavori pubblici, sarebbe compromessa se l'applicazione del regime della direttiva dovesse essere esclusa per il solo fatto che un appalto di lavori pubblici è stato aggiudicato da un ente che, pur essendo stato creato per svolgere funzioni attribuitegli dalla legge, non rientra formalmente nell'amministrazione statale. Di conseguenza, si deve ritenere che un organismo le cui funzioni e la cui composizione sono contemplate dalla legge e che dipende dalla pubblica amministrazione per quanto riguarda la nomina dei suoi membri, la garanzia degli obblighi derivanti dai suoi atti ed il finanziamento degli appalti che esso ha il compito di aggiudicare, rientri nella nozione di Stato, anche se formalmente non fa parte dello Stato”*. Detta pronuncia, i cui risultati influenzeranno le successive direttive in materia, rappresenta la svolta decisiva verso una interpretazione funzionale di amministrazione aggiudicatrice. È proprio su questo terreno, e con il chiaro intento di colmare le lacune che la precedente direttiva faceva sorgere, che viene elaborata la direttiva 89/440/CE, non modificata dalle successive direttive per quel che riguarda la delimitazione dell'ambito soggettivo di efficacia. L'art. 1, lett. b, della direttiva stabilisce che si considerano amministrazioni

gli istituti superiori scientifici e culturali, gli osservatori astrofisici, geofisici, vulcanologici; gli enti di riforma fondiaria; le istituzioni pubbliche di assistenza e beneficenza”.

(2) Corte di Giustizia, sentenza Beentjes del 20/9/1988, causa 31/87.

aggiudicatici: “*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*”. Per organismi di diritto pubblico devono intendersi quei soggetti istituiti al fine di soddisfare specificamente bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale e commerciale, dotati di personalità giuridica e la cui attività è finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti locali o da altri organismi di diritto pubblico, oppure la cui gestione è sottoposta a controllo di quest’ultimi, oppure i cui organi di amministrazione, di direzione o di vigilanza sono costituiti da membri più della metà dei quali è designata dallo Stato, dagli enti locali o da altri organismi di diritto pubblico. Con tale definizione il legislatore comunitario ha modificato l’impostazione iniziale, sostituendo il criterio enumerativo con il riferimento ad una categoria, quella di “organismo di diritto pubblico”⁽³⁾, di cui vengono forniti solo degli indici, e la cui concretizzazione è rimessa caso per caso al giudice⁽⁴⁾. E’ ormai pacifico che i tre indici caratterizzanti l’organismo di diritto pubblico hanno carattere cumulativo⁽⁵⁾. Ciò vuol dire non solo che questi indici rivelatori devono coesistere, ma anche che essi si integrano e si compenetrano a vicenda, di modo che l’uno serve a meglio definire ed a completare il senso degli altri⁽⁶⁾.

L’obiettivo che la direttiva vuole raggiungere è evidentemente quello di snidare la pubblicità reale che si nasconde sotto

(3) Si noti che per ragioni poco comprensibili la direttiva 93/38 sui settori esclusi parla di tali requisiti riferendoli, però, agli “enti di diritto pubblico”. Non si crede, tuttavia, che questa differenza possa avere delle ragioni sostanziali.

(4) Nell’opera di concretizzazione, tuttavia, i giudici comunitari devono sempre fare riferimento ai principi comunitari. In tal senso infatti TAR Lombardia, sentenza 17 novembre 1995, n. 1365, in TAR 1996, p. 102.

(5) Si veda in tal senso Corte di giustizia, sentenza 15/1/1998, causa 44/96, MANNE-SMANN, in *Racc.* pp. I-73; sentenza 10/11/1998, causa 360/96, punto 29 delle motivazioni, in *Racc.* p. 6846. In dottrina, tra gli altri, CASTELLANETA, *L’interpretazione dei criteri necessari per la qualificazione dell’organismo di diritto pubblico: recenti chiarimenti dalla Corte di giustizia delle Comunità europee*, in *Riv. Trim. appalti*, 1998, p. 735.

(6) Cfr. MARCHEGIANI, *La nozione di Stato inteso in senso funzionale nelle direttive comunitarie in materia di appalti pubblici e sua rilevanza nel contesto generale del diritto comunitario*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2002, p. 1243.

diverse forme ⁽⁷⁾, al fine di realizzare un mercato comune nell'ambito del quale la concorrenza non risulti falsata da comportamenti di soggetti che sotto la veste formale di diritto privato agiscano non seguendo le normali logiche imprenditoriali ⁽⁸⁾. L'effetto di questa impostazione è stato quello di estendere il più possibile la nozione di amministrazione aggiudicatrice ⁽⁹⁾. L'elaborazione giurisprudenziale della Corte di Giustizia, infatti, è stata orientata a massimizzare l'ambito di applicazione delle direttive in materia di appalti, di talché l'ampliamento della nozione di amministrazione pubblica mediante la categoria dell'organismo di diritto pubblico è specificamente funzionale alla necessità di rispettare questa normativa, nell'ipotesi di appalti superiori alla soglia comunitaria ⁽¹⁰⁾. E' stata sacrificata la certezza del diritto per tutelare il più possibile il mercato unico. Risulta chiaro, infatti, come il grado di promozione della concorrenza sia strettamente correlato alla delimitazione del campo soggettivo di applicazione delle direttive. Su queste basi è stato indispensabile l'apporto della Corte di Giustizia che ha cercato di chiarire l'esatta portata dell'istituto "organismo di diritto pubblico", fissando alcuni principi cardine nell'interpretazione dei requisiti caratterizzanti.

Se si pone mente a tutte le considerazioni appena fatte si comprende perchè l'organismo di diritto pubblico non possa essere considerato come una nuova soggettività giuridica che si colloca tra ente pubblico ed ente privato. Si tratta, piuttosto, di una nozione rilevante giuridicamente solo in alcuni settori ed in

(7) Così GAROFOLI, *Gli organismi di diritto pubblico: scelta dell'appaltatore e profili di giurisdizione*, in *Servizi pubblici e appalti*, 2004, quaderno 1, p. 43.

(8) In tal senso Corte di Giustizia, sentenza del 1/2/2001, causa 237/99, in www.curia.eu.int.

(9) In tal senso, Cons. di Stato, 10/04/2000, n. 2078, in *Cons. Stato*, I, vol. II, p. 913.

(10) Cfr. ROVERSI MONACO, *La teoria dell'ente pubblico in forma di società, considerazioni critiche*, Giappichelli, Torino, 2005, p. 15. In tal senso si osserva che la tendenza giurisprudenziale comunitaria e del giudice amministrativo nazionale è quella di estendere l'applicazione dei principi fondamentali del Trattato e della disciplina pubblicistica del settore anche agli appalti sotto soglia in ragione della necessità di rispettare i principi di non discriminazione, parità di trattamento e trasparenza (Corte di Giustizia, ordinanza 3 dicembre 2001 in causa 59/00). *Contra* GRECO, *organismo di diritto pubblico: atto primo*, in *Riv. It. Dir. Pubb. Com.*, 1998, 734.

apparenza non estensibile, data la sua connotazione prettamente funzionale e non soggettiva ⁽¹¹⁾. È, quindi, un “contenitore” di figure giuridiche, anche molto diverse tra loro, ma accomunate dal possesso simultaneo dei tre requisiti. La qualificazione come organismo di diritto pubblico non ha, dunque, una *vis expansiva* tale da configurare in senso pubblicistico un soggetto ⁽¹²⁾. Va, infatti, rimarcato che la *ratio* della definizione di organismo di diritto pubblico contenuta nelle direttive comunitarie consiste nel fatto di attribuire rilievo non già alla natura giuridica di un dato soggetto, sia essa pubblica o privata, amministrativa o non amministrativa, bensì all’attività che esso concretamente svolge ⁽¹³⁾.

Del resto, non interessa scoprire la “vera” natura giuridica di un soggetto, ma verificare quali norme dirette alle amministrazioni e agli enti pubblici siano ad esse applicabili, sulla base delle finalità perseguite e degli interessi tutelati ⁽¹⁴⁾.

2. I requisiti dell’organismo di diritto pubblico

Le direttive comunitarie in tema di appalti pubblici individuano gli organismi di diritto pubblico attraverso l’indicazione di tre requisiti. Si tratta, in buona sostanza, di “*un organismo istituito per soddisfare specificatamente bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale, dotato di personalità giuridica e dipendente strettamente dallo Stato, da enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico*” ⁽¹⁵⁾.

(11) Cfr. CHITI, *Impresa pubblica e organismo di diritto pubblico*, in *Servizi pubblici ed essenziali* 2004, quaderno 1, p. 69.

(12) ROVERSI MONACO, *La teoria dell’ente pubblico in forma di società, considerazioni critiche*, Giappichelli, Torino, 2005, p. 15 e ss..

(13) Cfr. CORSO, *Impresa pubblica, organismo di diritto pubblico, ente pubblico: la necessità di un distinguo*, in *Servizi pubblici e appalti*, quaderni 1, 2004, p. 91.

(14) NAPOLITANO, *Soggetti privati “enti pubblici”?*, in *Dir. Amm.*, 2003, 809, secondo cui alla certezza delle letture dicotomiche si sostituisce la continua e sempre mutevole ricostruzione di istituti a “geometria variabile”.

(15) È la definizione riassuntiva contenuta nelle sentenze 15 gennaio 1998, causa 44/96, MANNESMANN, in *Racc.* 1998, p. 73 e sentenza 10 novembre 1998, causa

Alla luce delle considerazioni svolte al riguardo, in ambito comunitario, sia dalla giurisprudenza sia dalla dottrina, sembrerebbe che non sorgano dubbi interpretativi sostanziali per quanto concerne le ultime due condizioni. Infatti, la personalità giuridica di un organismo è sempre chiaramente manifestata dall'ordinamento nazionale a cui esso appartiene. In realtà, la questione non è mai stata del tutto lineare. Si è assistito, invero, ad una annosa *querelle* dottrinale tra chi sosteneva che doveva parlarsi solo di personalità giuridica di diritto pubblico e chi, invece, riteneva sufficiente la personalità giuridica di diritto privato per avere come soddisfatto tale requisito. Questo dibattito, che rifletteva le oscillazioni della giurisprudenza nazionale sul punto, è stato definitivamente sopito dal Codice degli appalti pubblici del 12 aprile 2006. Infatti, nel Codice è prevista espressamente la possibilità che l'organismo di diritto pubblico possa assumere la forma giuridica di società. In tal modo è stata codificata l'interpretazione data dalla recente giurisprudenza nazionale in ossequio ai risultati cui la Corte di giustizia era già da tempo giunta. Tuttavia, se, da un lato, sembrano essere stati risolti i dubbi sulla natura della personalità giuridica, dall'altro lato, resta ancora aperto un problema centrale. Ci si chiede, infatti, come può conciliarsi la forma societaria di un soggetto con il primo requisito. Cioè, sostanzialmente, come si può arrivare ad affermare che una società, ad esempio, per azioni possa essere un soggetto istituito per soddisfare specificatamente bisogni di interesse generali *non avente carattere industriale o commerciale*.

La portata della nozione di "stretta dipendenza" risulta, invece, sostanzialmente illustrata, in termini conformi, da tutte le direttive. Inoltre, la Corte di Giustizia con una celebre sentenza ha precisato in termini chiari e puntuali il significato che occorre attribuire al concetto di "finanziata in modo maggioritario" ⁽¹⁶⁾. Allo stato manca, invece, un comune e generale consenso sul significato da attribuire alla prima condizione posta dalle

360/96, BFI Holding in *Racc.* 1998, p. 6846.

(16) Corte di giustizia, sentenza 3 ottobre 2000, causa 380/98, Università di Cambridge, in *Racc.* 2000, p. 8035.

suddette direttive per il riconoscimento degli organismi in questione. La giurisprudenza ha constatato come il concetto di “bisogni di interesse generale” non rappresenti da solo un elemento sufficiente ad individuare gli organismi di diritto pubblico. L’attenzione deve essere, quindi, rivolta verso il requisito negativo rappresentato dal carattere non industriale o commerciale. L’estrema genericità dei testi comunitari e di trasposizione nazionale hanno, tuttavia, causato numerosi problemi interpretativi attorno a questo punto.

In particolar modo, la Corte si è chiesta se tale carattere negativo deve essere riferito ai bisogni di interesse generale ovvero all’attività esercitata. La rilevanza di tale requisito deriva non solo dal fatto che rappresenta il punto più controverso della nozione, ma anche che costituisce, in sostanza, il vero elemento caratterizzante la nozione di organismo di diritto pubblico. Infatti, anche nella definizione dell’impresa pubblica si riscontrano i requisiti della personalità giuridica e della stretta dipendenza dal pubblico potere, definita come “influenza dominante”. Ciò che, invece, rappresenta la linea di confine tra questa e l’organismo è appunto il requisito finalistico. Solo se l’attività viene condotta con metodo imprenditoriale il soggetto non può rientrare nella categoria di organismo di diritto pubblico e sarà, invece, classificato come impresa pubblica.

2.1. *Il requisito teleologico: la non industrialità o commercialità*

Il concetto di “bisogni di interesse generale” presente nella definizione di organismo di diritto pubblico è stato ripreso dall’ordinamento francese ⁽¹⁷⁾. Ma dalle direttive sembra non potersi evincere in modo definito cosa sia un interesse generale. Nella ricerca dei confini della generalità dell’interesse sono state proposte diverse tesi, per alcuni punti totalmente contrapposte tra loro. Da un lato, c’è chi sostiene che la generalità dell’interesse deve avere un carattere transnazionale, e quindi

(17) MARCHEGIANI, *La nozione di Stato inteso in senso funzionale nelle direttive comunitarie in materia di appalti pubblici e sua rilevanza nel contesto generale del diritto comunitario*, in *Riv. It. Dir. Pub. Com.*, 2002, p. 1237.

coincidere con un superiore interesse della comunità. Dall'altro lato, viene ritenuto che tale carattere si riferisce ai bisogni di ogni singolo Stato membro, mutando, di fatto, i suoi contorni da Stato a Stato. A queste due tesi contrapposte se ne affianca nei fatti una terza, che potremmo definire come intermedia.

La questione è stata affrontata in termini chiari nella causa *Truley* ⁽¹⁸⁾, in cui la Corte afferma che un'interpretazione basata esclusivamente sul diritto comunitario risulta necessaria non soltanto per garantire l'autonomia del diritto comunitario stesso, ma anche per assicurare la sua omogenea applicazione. L'uniformità dell'ordinamento giuridico comunitario sarebbe compromessa qualora il concetto di «bisogni di interesse generale» fosse interpretato da ogni Stato membro in modo diverso. Una medesima attività non può essere considerata di interesse generale in uno Stato membro e non di interesse generale in un altro. Se così fosse, infatti, probabilmente in uno Stato un ente sarebbe tenuto a bandire gare, mentre non lo sarebbe un altro ente, con gli stessi incarichi, in un altro Stato. Ciò potrebbe provocare distorsioni della concorrenza, in netto contrasto con lo scopo perseguito dalla direttiva di creare una concorrenza nel settore degli appalti pubblici.

Prima di concludere l'esame della prima parte del requisito in questione vale la pena sottolineare l'interpretazione che la Corte ha dato della espressione “*istituito per soddisfare specificatamente...*”. L'interpretazione letterale della norma farebbe ritenere che il solo elemento decisivo sia la missione affidata al momento della istituzione del soggetto. Ma una tale conclusione non viene condivisa dal giudice comunitario. Nella causa *Universale-Bau Ag* ⁽¹⁹⁾, infatti, la Corte afferma che “*al fine di accertare se un ente soddisfi la condizione enunciata all'art. 1, lett. b), secondo comma, primo trattino della direttiva 93/37, occorre prendere in considerazione le attività effettivamente svolte*” ⁽²⁰⁾. Il giudice sottolinea, in proposito, che l'effetto utile

(18) Corte di giustizia, sentenza 27 febbraio 2003, causa 373/00, *Truley*, in www.curia.eu.int.

(19) Corte di giustizia, sentenza 12 dicembre 2002, in www.curia.eu.int.

(20) Punto 56 della sentenza *Universale-Bau Ag*.

della direttiva 93/37 non sarebbe pienamente garantito se l'applicazione della disciplina della direttiva ad un organismo che soddisfa le condizioni enunciate all'art. 1, lett. b), secondo comma, potesse escludersi per il solo fatto che sin dalla sua istituzione non gli erano state affidate le attività di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale da esso svolte in pratica ⁽²¹⁾.

Il carattere generale dei bisogni che l'organismo deve soddisfare non è da solo sufficiente ad integrare il requisito in questione. In realtà, a tale conclusione si arrivò solo dopo qualche tempo. Inizialmente, infatti, si sosteneva che il carattere non industriale o non commerciale non fosse altro che una chiarificazione dei bisogni di interesse generale. Cioè, in sostanza, si sosteneva che tutti i bisogni di interesse generale fossero privi del carattere industriale o commerciale ⁽²²⁾. La conseguenza immediata di questo approccio era la centralità della prima parte del requisito e la totale irrilevanza del carattere negativo. Detta impostazione è stata però ben presto abbandonata dalla giurisprudenza, sia comunitaria che nazionale. Anzi, si arrivò ad una posizione diametralmente opposta e si sostenne che il carattere non industriale o commerciale assumesse senza dubbio una maggiore importanza qualificatoria. Infatti, la necessaria funzionalizzazione degli organismi in questione al soddisfacimento di interessi di rilievo collettivo può normalmente ricavarsi già dall'altro indice costituito dalla sottoposizione dell'ente all'influenza dell'autorità pubblica ⁽²³⁾. Interessante sul punto risulta l'analisi della prima questione su cui la Corte di giustizia fu chiamata a pronunciarsi nella sentenza BFI Holding ⁽²⁴⁾. Il giudice *a quo* chiese, infatti, chiarimenti in ordine al rapporto tra i termini "bisogni di interesse generale" e "aventi carattere

(21) In tal senso anche Cons. Stato, sez. VI, 17 settembre 2002, n. 4711.

(22) A tal riguardo vedi CASTELLANETA, *L'interpretazione dei criteri necessari per la qualificazione dell'organismo di diritto pubblico: recenti chiarimenti dalla Corte di giustizia delle Comunità europee*, in *Riv. Trim. Appalti*, 1998, p. 735.

(23) GAROFOLI, *Organismo di diritto pubblico: il recente allineamento tra giudice comunitario e nazionale e i profili ancora problematici*, in *Il nuovo diritto degli appalti pubblici dopo la direttiva unificata n. 18/2004*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 185.

(24) Corte di Giustizia, sentenza 10 novembre 1998, causa 360/96.

industriale o commerciale”. In particolare, venne chiesto se quest’ultima locuzione era diretta a limitare la nozione di bisogni di interesse generale a quelli aventi carattere diverso da quello industriale o commerciale, ovvero se, al contrario, doveva essere intesa nel senso che tutti i bisogni di interesse generale rivestono tale carattere. Il Giudice europeo afferma che “*dal tenore letterale dell’art. 1, lett. b), secondo comma della direttiva 92/50 emerge che il carattere non industriale o commerciale costituisce un criterio diretto a precisare la nozione di bisogni di interesse generale ai sensi di tale disposizione*”⁽²⁵⁾. La Corte giustifica tale interpretazione sulla base della considerazione che questo possa essere, di fatto, l’unico modo in grado di garantire l’effetto utile dell’articolo in questione. Infatti, se il legislatore comunitario avesse ritenuto che tutti i bisogni di interesse generale rivestano il carattere non industriale o commerciale, non l’avrebbe specificato, poiché in tale prospettiva questo secondo elemento della definizione non presenterebbe alcuna utilità. Dalle conclusioni dell’Avv. generale La Pergola emerge non solo che è necessario tenere distinti i due caratteri, ma addirittura che tale secondo carattere sia veramente essenziale ai fini della qualificazione dell’organismo di diritto pubblico. Questi afferma che la centralità della non commercialità deriva dal fatto che la categoria dei bisogni di interesse generale varia sensibilmente da uno Stato membro all’altro e secondo il momento storico in cui la si considera.

Da tutto quanto affermato deriva che è necessario effettuare un duplice accertamento: in prima analisi si deve verificare che l’attività esercitata dal soggetto in questione sia diretta al soddisfacimento di un interesse generale. In seconda analisi bisogna verificare se sussiste l’altra parte del primo requisito, ossia che la natura del bisogno sia non commerciale o non industriale. Questa presa di coscienza si è anche ottenuta in seguito ad una profonda evoluzione nella giurisprudenza italiana. In un primo momento, in occasione di una controversia relativa all’affidamento da parte dell’Ente Autonomo Fiera Internazionale di

(25) BFI Holding, punto 32.

Milano di un appalto per la costruzione di nuovi padiglioni espositivi, il Consiglio di Stato ha considerato come centrale il soddisfacimento di bisogni di interesse generale, non attribuendo alcun valore alla seconda parte del primo requisito. In tale occasione, infatti, è stato affermato che l'Ente Fiera "*pur espletando attività di carattere commerciale va qualificato come organismo di diritto pubblico*"⁽²⁶⁾. È chiaro come il Giudice abbia, in questo caso, dato rilevanza esclusivamente alla prima parte del requisito, senza riconoscere alcuna importanza al requisito negativo, in modo, davvero, difficilmente conciliabile con il dato normativo.

Qualche anno più tardi, recependo evidentemente i risultati cui la giurisprudenza comunitaria nel frattempo era giunta, il Consiglio di Stato giunse ad una conclusione diametralmente opposta. Venne esclusa, infatti, la qualificabilità dell'Ente Fiera Milano in termini di organismo di diritto pubblico facendo leva sulla connotazione commerciale dell'attività fieristica "*legata alla promozione e alla commercializzazione di prodotti e servizi, complementare all'attività produttiva imprenditoriale*"⁽²⁷⁾.

Sembra, tuttavia, non essere immediatamente chiaro a cosa vada riferita la industrialità o commercialità. In verità, la formulazione letterale sembrerebbe propendere verso la tesi secondo cui tale carattere negativo debba essere riferito ai bisogni di interesse generale. Analizzando l'art. 3 ("definizioni") del nuovo "Codice dei contratti pubblici" del 2006 si nota come la formulazione letterale spinga nel senso suindicato. Si legge, infatti, che per "*organismo di diritto pubblico si intende qualsiasi organismo, anche in forma societaria, istituito per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale*". Come si vede, la virgola tra le due parti del requisito *de quo*, e l'utilizzo del participio presente "aventi" fanno ritenere che il carattere non industriale o

(26) Cons. di Stato, sez. VI, 21 aprile 1995, n. 353, in www.giustizia-amministrativa.it.

(27) Cons. di Stato, sez. VI, 17 settembre 1998, n. 1267 in *Cons. Stato* 1998, p. 1480. Tale tesi venne accolta anche dalle Sezioni Unite di Cassazione con sentenza 97 del 4 aprile 2000, in *Urb. e app.*, n. 7/2000, p. 718.

non commerciale vada riferito, grammaticalmente, alle esigenze di interesse generale.

Questa interpretazione letterale veniva di fatto sostenuta da quella parte della giurisprudenza e della dottrina che dava la massima centralità ai bisogni e che considerava il requisito negativo come una esplicazione di questi. Ma da un punto di vista logico una tale interpretazione sembra non poter essere condivisa. In realtà, non sono i bisogni che possono avere questo carattere, bensì l'attività attraverso cui il soggetto opera al fine di soddisfare tali bisogni di interesse generale⁽²⁸⁾. Sarebbe stato, sicuramente, più semplice se la norma comunitaria avesse imposto l'evidenza pubblica nella scelta degli appaltatori solo a quegli enti che non avessero esercitato un'attività di tipo industriale o commerciale e che, quindi, non si fossero confrontati con le altre imprese in reciproca concorrenza. Infatti, quando il soggetto, ancorché legato alla P.A., fosse davvero condizionato dal mercato, non vi sarebbe alcun motivo di coltivare un sospetto di discriminazione e di nutrire una tale preoccupazione⁽²⁹⁾. Questa soluzione, infatti, sarebbe la più compatibile con la *ratio* delle direttive appalti. Il legislatore comunitario, infatti, vuole salvaguardare il libero mercato in un settore che ritiene strategico e interviene imponendo, appunto, il modello concorsuale di scelta oltre la sfera di soggettività pubblica solo perché possono esistere casi in cui vi siano analoghi rischi di discriminazione tra le imprese. Al di fuori di questi casi deve essere dato libero spazio all'autonomia privata. Detta interpretazione teleologica, del resto, è coerente con il principio dell'effetto utile, il quale è di ostacolo ad una applicazione indiscriminata di un modello di impronta pubblicista come l'evidenza pubblica.

Inoltre, dal punto di vista sistematico, l'intera disposizione comunitaria che stabilisce i tre requisiti deve potersi leggere in modo unitario. La qualità industriale del bisogno deve essere

(28) MARCHEGIANI, *La nozione di Stato inteso in senso funzionale nelle direttive comunitarie in materia di appalti pubblici e sua rilevanza nel contesto generale del diritto comunitario*, in *Riv. It. Dir. Pubb. Com.*, 2002, p. 1238.

(29) CINTIOLI, "Di interesse generale e non avente carattere industriale o commerciale": il bisogno o l'attività?, in *Servizi pubblici e appalti*, 2004, quaderno 1, p. 80.

ricostruita in armonia con gli altri elementi dell'istituto ed in particolare con la stretta dipendenza dal potere pubblico. Il vincolo pubblicistico, infatti, può coincidere con il finanziamento maggioritario o con il controllo o con l'incidenza sull'amministrazione, la direzione o la vigilanza mediante organi costituiti in misura non inferiore a metà da componenti designati dai pubblici poteri. Si tratta, come risulta chiaro, sempre e comunque di una influenza che concerne l'attività e che sull'attività inevitabilmente si proietta. Tale stretta dipendenza, infatti, non inciderebbe in nessuna misura ed in nessun caso sulla natura dei bisogni di interesse generale, ma muterebbe il modo di operare del soggetto.

Tanto il canone teleologico, quanto quello sistematico, propendono, quindi, per una interpretazione non letterale della norma in questione, spostando il requisito negativo dai bisogni all'attività.

Al riguardo, inoltre, è stato autorevolmente osservato che l'espressione "carattere industriale e commerciale" è stata trapiantata nel diritto comunitario dall'ordinamento francese. In tale ordinamento essa sta ad indicare la natura economica dell'attività o, per essere più precisi, il suo carattere imprenditoriale. La formulazione francese, che risale agli anni '40 del secolo scorso, ha il suo corrispondente esatto in Italia nell'espressione "ente pubblico economico". In altre parole, ente "a carattere industriale o commerciale" indica un ente che svolge attività di impresa⁽³⁰⁾.

La fondatezza di detta diversa interpretazione del requisito negativo viene di fatto confermata dalla più recente evoluzione giurisprudenziale. Pure in questo caso, l'intervento della Corte di giustizia è stato centrale per spingere in tal senso anche le successive pronunce nazionali.

(30) ROVERSI MONACO, *La teoria dell'ente pubblico in forma di società, considerazioni critiche*, Giappichelli, Torino, 2005, p. 73.

2.2. L'evoluzione della giurisprudenza

La prima importante tappa nella evoluzione giurisprudenziale del requisito *de quo* è rappresentata dalla sentenza Manne-smann⁽³¹⁾. In tale occasione la Corte sostenne che il carattere non commerciale o industriale derivi dalla funzionalizzazione dell'attività alle esigenze istituzionali dello Stato.

Tale conclusione sembra essere molto deludente. La Corte, infatti, dimostra in definitiva di non dare alcun rilievo alla seconda parte del requisito. Le modalità di gestione attraverso cui l'ente realizza le proprie finalità sembrano essere state considerate come irrilevanti. Qualche chiarimento in più si può trarre dalle conclusioni dell'Avv. generale Leger. Questi, infatti, ha posto in evidenza la distinzione tra le imprese sottoposte alla concorrenza degli altri operatori economici e quegli organismi che, perseguendo fini di interesse generale, rifuggono dalla logica del mercato, non potendo essere sottoposti a criteri di economicità, né a scopo di lucro.

In realtà ciò che, ad una attenta analisi, delude maggiormente non è tanto il risultato cui la Corte giunge, quanto, piuttosto, il ragionamento su cui si è basata. Il giudice sembra privilegiare, infatti, l'aspetto "interesse generale" come elemento base per rilevare la sussistenza del primo requisito, privando di ogni importanza la seconda parte.

In realtà, il risultato cui si giunge non sarebbe affatto sbagliato ma avrebbe dovuto essere ottenuto partendo da presupposti diversi. Nel caso di specie, infatti, sembra possibile desumere il carattere non commerciale o non industriale dell'attività svolta da altri due aspetti messi in rilievo dal giudice, ma in tutt'altra prospettiva.

Il primo aspetto riguarda la remunerazione dell'incarico. Dalla sentenza si legge, infatti, che *"i prezzi degli stampati che l'OS è obbligata a produrre sono fissati da un organo composto in maggioranza di membri nominati dalla Cancelleria federale o da diversi ministeri e un ufficio di controllo statale è incari-*

(31) Corte di giustizia, sentenza 15 gennaio 1998, causa 44/96.

cato di vigilare sugli stampati soggetti ad un regime di sicurezza” ⁽³²⁾.

Il secondo aspetto consiste nel fatto che l'organismo in parola è sottoposto al controllo della Corte dei Conti nazionale. Tutto ciò lascia intendere che si tratta di un ente che, in concreto, opera al di fuori dei principi della normale gestione commerciale, in quanto unito ai poteri pubblici da un legame strutturale di natura economica. Infatti, da un lato, la sua sopravvivenza è garantita da un volume di introiti opportunamente prefissati e versati dallo Stato. Lo Stato, dall'altro lato, viene sincerato dal suo organo di controllo che tali fondi pubblici siano amministrati correttamente per gli scopi previsti.

Un piccolo passo avanti in questo senso, sebbene ancora del tutto insufficiente per fornire delle nozioni generali ⁽³³⁾, è stato compiuto dalla Corte con la celeberrima sentenza BFI Holding, relativa all'interpretazione degli artt. 1 e 6 della direttiva 92/50 del 18 giugno 1992 che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi. Ciò che rende questa sentenza interessantissima è l'affermazione da parte della Corte di Giustizia di due principi destinati ad assumere importanza decisiva per l'orientamento successivo della giurisprudenza, non solo comunitaria, ma anche nazionale. Da un lato, il Giudice esclude a chiare lettere che possa avere rilievo ostativo alla riconducibilità dell'ente nella nozione in esame la sua veste societaria; dall'altro lato, pone l'accento sulla natura e consistenza dei bisogni per il cui soddisfacimento l'ente è istituito. Nella sentenza si focalizza, inoltre, l'attenzione sulla concorrenza. Infatti, viene affermato che *“l'esistenza di una concorrenza articolata e, in particolare, la circostanza che l'organismo interessato agisca in situazioni di concorrenza sul mercato può costituire un indizio a sostegno del fatto che non si tratti di un bisogno di interesse generale avente carattere non industriale o*

(32) Punto 23 della sentenza.

(33) GRECO, *Organismo di diritto pubblico, atto secondo: le attese deluse*, in *Riv. It. Dir. Pub. Com.*, 1999, p. 184; NIZZO, *L'organismo di diritto pubblico nella direttiva 92/50/CEE*, in *Gior. Dir. Amm.* 1999, p. 321.

commerciale”⁽³⁴⁾. In definitiva, tale circostanza pur sintomatica della natura commerciale ed industriale dei bisogni soddisfatti dall’ente, non è sempre decisiva, posto che lo stesso genere di attività può essere talvolta istituzionalmente diretta ad appagare bisogni di altra natura⁽³⁵⁾.

Quindi, il requisito della non industrialità o commercialità sembra, ancora, essere riferito ai bisogni di interesse generale per la cui soddisfazione l’ente è istituito ed opera, anziché alle modalità attraverso le quali l’ente opera.

Il passo decisivo verso una esaustiva definizione del carattere negativo del requisito viene compiuto dalla Corte in occasione della sentenza Taitotalo⁽³⁶⁾.

La pronuncia verte sulla qualificazione giuridica di una società per azioni, la Taitotalo, la quale affida in appalto servizi di qualificazione e di costruzione allo scopo di realizzare edifici destinati ad essere locati ad imprese. Il grande apporto di questa sentenza consiste nella attenzione che il Giudice ha riposto sul carattere non industriale o commerciale, analizzato, questa volta, con esplicito riferimento alle modalità di gestione e in particolar modo alla scopo di lucro⁽³⁷⁾.

Nella ricerca degli elementi che qualificano l’organismo di diritto pubblico la Corte afferma che *“occorre in particolare verificare se l’organismo in esame esercita la propria attività in regime di concorrenza, dato che l’esistenza di tale concorrenza può costituire un indizio a sostegno del fatto che un bisogno di interesse generale ha carattere industriale o commerciale”*⁽³⁸⁾. Inoltre aggiunge che *“se l’organismo opera in normali condizioni di mercato, persegue lo scopo di lucro e subisce le perdite connesse all’esercizio della sua attività, è poco probabile che i bisogni che esso mira a soddisfare abbiano carattere*

(34) Punto 49 della sentenza.

(35) In tal senso si veda anche Corte di Giustizia, 27 febbraio 2003, n. 373, Truley; TAR Lazio, sez. III, 12 febbraio 2002, n. 917, in *Giust. Amm.*, 2002, p. 285.

(36) Corte di giustizia 22 maggio 2003, causa 18/01.

(37) PERFETTI, *Organismo di diritto pubblico e rischio di impresa*, in *Foro Amm.-Cons. Stato*, 2003, vol. II, p. 2498.

(38) Punto 49 delle motivazioni.

non industriale o commerciale” ⁽³⁹⁾. Infatti, la Corte spiega che *“in una tale ipotesi le direttive comunitarie relative al coordinamento delle procedure di aggiudicazione di appalti pubblici non si applicherebbero perché un organismo che persegue uno scopo di lucro e che si assume i rischi connessi alla propria attività non si impegnerà di regola in un procedimento di aggiudicazione di un appalto a condizioni che non siano economicamente giustificate”*.

Il punto davvero innovativo della sentenza in esame sta nel fatto che per la prima volta vengono forniti al giudice nazionale criteri determinati da valutare caso per caso al fine di accertare la non industrialità o non commercialità dell'attività.

In definitiva, quindi, il giudice nazionale deve valutare la sussistenza del requisito negativo tenendo conto, da un lato, delle circostanze che hanno presieduto alla creazione dell'organismo e, dall'altro lato, delle condizioni in cui l'organismo esercita la sua attività. Per quanto concerne queste ultime, secondo la Corte, la prima operazione da effettuare, sebbene non risolutiva, è verificare se l'organismo esercita la propria attività in regime di concorrenza. Inoltre, è necessario verificare se l'ente in questione persegue lo scopo di lucro e subisca le perdite connesse all'esercizio della sua attività. Quindi, il dato dirimente per valutare la natura di organismo di diritto pubblico è che questo non sopporti il rischio di impresa ⁽⁴⁰⁾. La sua gestione, dunque, dovrà essere condotta sulla base di logiche diverse rispetto a quelle della economicità. Pertanto, qualora un soggetto svolga attività a fine di lucro, sia pure eventuale, sulla base di criteri di economicità ed autonomia finanziaria, sopportando integralmente il rischio economico dell'attività stessa e le conseguenze delle proprie scelte operative e soggiacendo ai principi della normale gestione commerciale, esso non rientrerà nella nozione di organismo di diritto pubblico ⁽⁴¹⁾. In definitiva,

(39) Punto 51 delle motivazioni.

(40) Cfr. SANDULLI, *Imprese pubbliche e attività estranee ai settori esclusi: problemi e spunti di riflessione*, in *Servizi pubblici e appalti*, quaderni 1, 2004, p. 5.

(41) Vedi a tal proposito CARANTA, *L'organismo di diritto pubblico questo sconosciuto*, in *Giur. It.*, 2003, p. 1691.

l'organismo di diritto pubblico si caratterizza proprio in ragione del suo non essere un soggetto imprenditoriale che, in quanto tale, potrebbe eludere le regole del mercato e le logiche imprenditoriali, non essendo condizionato né al perseguimento del lucro, né alla sopportazione del rischio di impresa⁽⁴²⁾.

Da questa sentenza in poi, quindi, la non industrialità o commercialità viene riferita all'attività e consiste sostanzialmente nell'assenza di rischio⁽⁴³⁾.

3. Assenza di rischio: profili problematici

L'assenza di rischio d'impresa consiste, quindi, nella sopravvivenza di un soggetto in spregio dei principi della normale gestione commerciale. Affinché questa situazione si realizzi è necessario che esista una connessione strutturale e, dunque, una interdipendenza tra il bilancio di tale soggetto e il bilancio dello Stato o di un qualsiasi altro ente pubblico. Tale situazione di dipendenza economica esiste non solo quando la pubblica autorità sovvenzioni sistematicamente un organismo, ma anche quando quest'ultimo operi in condizioni economico-finanziarie equilibrate. In questi casi è naturale che anche per lunghi periodi non si verifichino apporti finanziari da parte dell'autorità pubblica. Al limite potrebbe aversi addirittura il caso inverso in cui le eccedenze di bilancio verrebbero trasferite dall'organismo alla autorità pubblica. Anche in questo caso, infatti, ciò che rileva è l'esistenza della possibilità di un flusso di fondi dalla

(42) Cfr. CHITI, *Cala il sipario sull'ente fiera di Milano*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2001, p. 900 ss.

(43) Cfr. anche Corte di giustizia, sentenza 16 ottobre 2003, causa 283/00, Commissione delle Comunità europee contro Regno di Spagna, al cui punto 81 viene affermato che: "Risulta del pari dalla giurisprudenza che l'esistenza o la mancanza di un bisogno d'interesse generale avente carattere non industriale o commerciale dev'essere valutata tenendo conto dell'insieme degli elementi giuridici e fattuali pertinenti, quali le circostanze che hanno presieduto alla creazione dell'organismo considerato e le condizioni in cui esercita la sua attività, ivi compresa, in particolare, la mancanza di concorrenza sul mercato, la mancanza del perseguimento di uno scopo di lucro a titolo principale, la mancanza di assunzione dei rischi collegati a tale attività nonché il finanziamento pubblico eventuale dell'attività in questione".

pubblica autorità all'organismo in questione. In una situazione del genere non viene difficile immaginare, quindi, che l'organismo in questione agisca sul mercato non seguendo pedissequamente le normali logiche concorrenziali. La sua sopravvivenza sarebbe, infatti, assicurata non da una corretta gestione finanziaria della propria attività, ma dall'intervento sistematico dello Stato o di un qualsiasi altro ente pubblico.

Questo legame strutturale tra i due bilanci, funzionale alla eliminazione del rischio imprenditoriale, fa sorgere chiaramente una situazione di dipendenza economica nei confronti dell'autorità pubblica. In sostanza, quindi, è necessario che coesista con il terzo requisito e cioè con l'influenza dominante da parte dei pubblici poteri. È chiaro che non ci sarebbero i presupposti per considerare un soggetto come organismo di diritto pubblico allorché l'apporto finanziario sia ricollegabile ad un legame di natura diversa, come può verificarsi per esempio nel caso di enti assistenziali.

Ancora rileva sottolineare come il legame strutturale a cui si è fin qui fatto riferimento, in realtà, non si verifica solo quando ci sia un trasferimento di risorse da un bilancio ad un altro. Questo forse è il caso più chiaro e forse anche il più comune. Tuttavia, perché si possa verificare questo legame sarebbe sufficiente che la pubblica autorità rinunciasse in maniera stabile e continuativa in favore di un organismo di diritto pubblico a percepire diritti, canoni, contributi o retribuzioni che le sarebbero spettati se essa non avesse delegato al suddetto organismo l'esercizio dell'attività da cui derivano i suddetti proventi. Inoltre, è chiaro che occorre, anche, che la cessione di tali proventi consenta all'organismo di sopravvivere in spregio dei principi della normale gestione commerciale. Un'ipotesi del genere si realizza allorché l'autorità pubblica consenta ad un organismo di diritto pubblico di esercitare un'attività di servizio pubblico applicando tariffe tali da eliminare ogni rischio connesso alla attività stessa⁽⁴⁴⁾.

(44) Vedi, ad esempio, Corte di giustizia, sentenza 18 marzo 1997, causa 343/95, *Diego Cali & Figli Srl c. Servizi ecologici porto di Genova Spa*, in *Racc.*, 1997, p. 1547, punto 13 delle motivazioni.

L'intervento della pubblica autorità che sistematicamente ripiana le perdite di gestione potrebbe porre, però, una questione di non poco momento. Ad una prima analisi, un sistema così fatto sembrerebbe in contrasto con alcuni istituti di diritto societario. Per essere più precisi, si ponga mente al fatto che per classificare un soggetto quale organismo è assolutamente irrilevante la forma giuridica di tale soggetto. Potrebbe, quindi, darsi (e, anzi, questo è il caso più comune) che l'organismo assuma la forma giuridica di una società per azioni. In un caso del genere, ci troveremmo di fronte ad un soggetto (la S.P.A., appunto) che trova una rigida disciplina nel nostro Codice civile, ma che per essere considerata come organismo di diritto pubblico deve avere i tre requisiti di cui sopra. E, quindi, per il profilo che a noi qui interessa, la società dovrebbe avere come soddisfatto anche il requisito della non industrialità o commercialità. Il problema sembra essere evidente nel caso in cui l'amministrazione partecipante ad una s.p.a. mista annulli il rischio di impresa attraverso un apporto sistematico di risorse, in modo tale che ripiani le eventuali perdite che si generano nel bilancio della s.p.a.

Per considerare, quindi, una società come organismo, questa non deve subire le eventuali perdite di gestione. Solo così, infatti, un soggetto del genere potrebbe agire sul mercato in modo del tutto anomalo rispetto ad altri soggetti societari. Supponiamo, pertanto, che una società chiuda l'anno contabile con una perdita. A questo punto, diventa dirimente ai nostri fini vedere quale sia la sorte di tale perdita. Se la società, dopo aver intaccato le riserve, riduce il capitale sociale, abbiamo una situazione in cui le partecipazioni di tutti i soci vengono ridotte, con la palese conseguenza che la società nel suo complesso ha visto concretizzarsi il rischio di impresa, subendo le conseguenze di una cattiva (o, semplicemente, sfortunata!) gestione. Tale società non potrà essere considerata come organismo di diritto pubblico. Al di là dello scopo sociale, infatti, che può anche essere la soddisfazione dell'interesse generale, il soggetto svolge la propria attività come un normale soggetto privato, e nel nostro caso come una normale società, subendone tutti i rischi connes-

si. Ma se, invece, quando la società subisce perdite di esercizio, queste non incidono sul capitale sociale dei singoli soci privati perché l'amministrazione copre sistematicamente ogni perdita, allora si può affermare che la società sia un organismo di diritto pubblico e come tale sia soggetta alla normativa pubblica sugli appalti. Senonché, almeno in linea teorica il problema si complica notevolmente. Uno schema societario così fatto, infatti, sembrerebbe in contrasto con l'art. 2265 c.c. secondo cui: “*E' nullo il patto con il quale uno o più soci sono esclusi da ogni partecipazione agli utili o alle perdite*”. Il problema del “patto leonino” si pone con riferimento al contratto di società, escludendosi una sua applicazione ad altri istituti limitrofi (es. contratto di cointeressenza), indipendentemente dal tipo di società prescelto, attenendo alle condizioni essenziali del contratto di società. Sebbene l'art. 2247 c.c. non preveda espressamente la partecipazione del socio alle perdite, la giurisprudenza, ormai costante, ritiene necessaria che la partecipazione del socio si estenda anche alle perdite⁽⁴⁵⁾. Il patto leonino deve essere valutato in senso sostanziale e non formale⁽⁴⁶⁾. Quindi, indipendentemente dalla forma che il patto assume, se il risultato è che uno o più soci non subiscono le perdite derivanti dalla normale attività imprenditoriale per l'intervento di un altro socio, allora è senza dubbio integrata la fattispecie *de qua*⁽⁴⁷⁾.

Tutte le considerazioni fatte sembrano indirizzare verso un reale problema di conciliabilità tra la forma societaria mista che non abbia carattere industriale o commerciale in cui il socio di maggioranza, cioè l'amministrazione, ripiana le perdite che si generano, eventualmente, in corso di esercizio, e il divieto di patto leonino. Le soluzioni possibili di questo contrasto potrebbero, però, essere diverse.

Si potrebbe arrivare alla conclusione della disapplicazione automatica del divieto del patto leonino, perché in contrasto con la *ratio* e le finalità delle direttive comunitarie in materia di

(45) Corte di Cassazione 70/361.

(46) Corte di Cassazione 94/8927.

(47) Sulla forma del patto leonino si veda ABRIANI, *Il divieto di patto leonino: vicende storiche e prospettive applicative*, Giuffrè, Milano, 1994, pgg. 57 e ss.

appalti pubblici. Le direttive comunitarie in tema di appalti, infatti, hanno esteso l'ambito soggettivo di applicazione dell'evidenza pubblica anche a quei soggetti che, indipendentemente dalla forma giuridica utilizzata, fossero stati istituiti per soddisfare specificamente interessi di carattere generale e la cui attività non avesse carattere industriale o commerciale. La *ratio* evidente di una tale previsione è quella di sottoporre alle procedure di evidenza pubblica anche soggettività nazionali, difficilmente individuabili una volta per tutte e a priori a livello comunitario, che, per loro sostanziale natura, non operano nel mercato come normali soggetti privati. Questa esigenza fu sentita come preminente quando ci si rese conto che gli interessi pubblici non solo potevano essere soddisfatti da soggetti diversi dalle amministrazioni, ma che era, addirittura, auspicabile un intervento diretto di soggetti privati. Tale necessità nasce proprio da logiche riflessioni di opportunità ed economiche.

A non diversa soluzione si perverrebbe se si facesse riferimento al principio della preminenza del diritto comunitario sul diritto nazionale. Principio cardine cui la giurisprudenza comunitaria è giunta già da molto tempo e che, sebbene dopo qualche iniziale tentennamento della Corte costituzionale, è oggi pacificamente condiviso anche in Italia.

Da un altro punto di vista, si ponga mente al fatto che il problema della violazione del divieto di patto leonino sussiste solo se alcuni soci siano totalmente esclusi dalle perdite, cioè solo se la partecipazione di questi non subisca alcun tipo di attacco dal verificarsi nella normale gestione di perdite di esercizio. Questo si ha solo se si verificano simultaneamente due condizioni: *a)* che le perdite vengano appianate dalla sola amministrazione e, *b)* che da un punto di vista contabilistico ciò non comporti alcuna variazione nella partecipazione dei soci privati. Sul punto *sub a)* sembra esserci concordia in dottrina nell'affermare che la società se è tenuta immune dalle perdite, lo è proprio grazie ad un sistematico intervento da parte dell'amministrazione stessa. La questione può assumere connotazione diversa a seconda di come si concretizzi l'intervento della P.A. A questo punto è necessario, però, fare una riflessione sulle modalità attraverso

cui può avvenire la copertura della perdita. Senza entrare nel merito di questioni attinenti la contabilità ed il bilancio, che esulerebbero dall'oggetto del presente lavoro, possiamo passare in rassegna le principali forme di intervento in questo senso. Oltre al "rinvio a nuovo" della perdita, uno strumento che potrebbe essere utilizzato è l'aumento immediato del capitale sociale. Tralasciando le forme estreme per porre rimedio alla perdita (come, ad esempio, il mutamento della veste giuridica o lo scioglimento anticipato della società), soffermiamo l'attenzione su quello che sicuramente rappresenta lo strumento più utilizzato per casi del genere e che fa sorgere i problemi maggiori al riguardo: i versamenti a fondo perduto. Si tratta di versamenti di somme necessarie per la copertura del *deficit* accertato. Tali somme, costituendo una sopravvenienza attiva, consentono di eliminare la perdita prima ancora della sua formazione, ovvero di reintegrarla, qualora sia già stata accertata in bilancio. Tenendo conto di quanto affermato, quindi, si può notare che il problema della lesione del divieto di patto leonino si presenterebbe solo in tale ultima modalità. Se, infatti, alla chiusura dell'esercizio, verificatasi una perdita, l'amministrazione decidesse di ripianarla direttamente attraverso, appunto, un versamento a fondo perduto, si può facilmente dire che non avendo la perdita intaccato la partecipazione dei singoli soci, è stato violato il divieto di patto leonino. Ma ben può aversi il caso che l'amministrazione agisca sul capitale sociale attraverso la sottoscrizione di un aumento⁽⁴⁸⁾. In questo caso, sebbene sia la sola P.A. a neutralizzare gli effetti che la perdita ha avuto sul capitale sociale, non si può dire che si sia verificata la violazione dell'art. 2265 c.c. Infatti, il socio privato, sebbene non abbia direttamente e concretamente provveduto all'esborso della cifra necessaria per sopperire alla perdita, ne ha subito tutti gli effetti

(48) Si noti che questa, in realtà, sembra essere l'unica ipotesi presa in considerazione dalla giurisprudenza. Si prenda in considerazione, infatti, l'ordinanza di rimessione all'adunanza plenaria n. 1831 del 2003. Al punto 15.3. si legge, infatti, che: "se dalle concrete circostanze si evince che l'ente pubblico che partecipa alla società, ove necessario, procede ad una ricapitalizzazione della società in perdita per consentirle la continuazione della sua funzione...". Da tale contesto sembra chiaro, quindi, che l'unica pratica utilizzata sia la modifica del capitale sociale.

in via indiretta perché, dopo l'intervento dell'amministrazione, vedrà diluita la propria partecipazione, cioè il rapporto tra le sue azioni ed il capitale sociale, a favore del socio pubblico.

4. Considerazioni conclusive sulla rilevanza dell'organismo di diritto pubblico

La nozione di organismo di diritto pubblico, sebbene sia stata creata per costringere alla gara pubblica soggetti con determinate caratteristiche, ha avuto una importantissima eco in ambito processuale. L'organismo ha finito per incidere, quindi, sul sistema del riparto di giurisdizione. Il legislatore italiano, infatti, al fine di garantire una tutela rapida, efficace ed effettiva, ha recepito le c.d. "direttive ricorsi" attraverso l'introduzione dell'art. 13 della legge 142/92. All'art. 13 si legge che "*i soggetti che hanno subito una lesione a causa di atti compiuti in violazione del diritto comunitario in materia di appalti pubblici di lavori o di forniture o delle relative norme di recepimento possono chiedere all'amministrazione aggiudicatrice il risarcimento del danno. La domanda di risarcimento è proponibile dinanzi al giudice ordinario da chi ha ottenuto l'annullamento dell'atto lesivo con sentenza del giudice amministrativo*". Già da questa norma si evince il tentativo di superare il binomio ente pubblico – giudice amministrativo. L'attenzione viene spostata sulla necessaria sottoposizione alle regole di evidenza pubblica, anche se l'appaltante sia un soggetto privato. Insomma, sembra già delinearsi una situazione in cui la discriminante non sia più la posizione giuridica soggettiva vantata (interesse legittimo o diritto soggettivo), bensì le categorie di amministrazione aggiudicatrice⁽⁴⁹⁾.

Dalla formulazione dell'articolo 13 si è innescato un annoso dibattito giurisprudenziale e dottrinale. La questione centrale era definire che natura avessero gli atti emessi da soggetti che,

(49) In tal senso, Corte di Cass., sez. un., 12 giugno 1999 n. 332, Atac. Roma c. Soc. Fiat ferroviaria, in *Giust. Civ.*, 1999, p. 1443.

benché formalmente privati, svolgessero attività volte alla cura di pubblici interessi.

Nel nostro ordinamento è prevalsa negli ultimi tre quarti di secolo una posizione di tendenziale chiusura riguardo alla possibilità, per i privati, di porre in essere atti amministrativi⁽⁵⁰⁾.

Questo dibattito è stato sopito una volta per tutte dall'art. 6 della legge n. 205/2000. In forza di tale disposizione sono attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo *“tutte le controversie relative a procedure di affidamento di lavoro, di servizi o forniture svolte da soggetti comunque tenuti, nella scelta del contraente o del socio, all'applicazione della normativa comunitaria ovvero al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica previsti dalla normativa statale o regionale”*. Da questa norma è chiaro come sia stato superato il binomio provvedimento amministrativo – giudice amministrativo. Ciò che rileva ai fini della giurisdizione, quindi, non è più la natura (appunto, amministrativa) del provvedimento emesso dal soggetto. Se la procedura di affidamento è seguita da un soggetto, anche formalmente privato, che rientri nella nozione di amministrazione aggiudicatrice, allora le controversie saranno decise dal giudice amministrativo. Con tale legge si supera quindi la tendenza, fatta palese dal Consiglio di Stato⁽⁵¹⁾, secondo cui la procedura di evidenza pubblica sarebbe oggettivamente pubblica, chiunque la ponga in essere.

Da tutto quanto precede si evince in modo chiaro che l'istituto *de quo*, così come interpretato nella prassi giurisprudenziale, ha contribuito in modo notevole a mutare le caratteristiche del nostro ordinamento. Si deve ritenere superata la rigida dicotomia tra soggetto pubblico e soggetto privato e, quindi, tra diritto pubblico e diritto privato. Non è più valido l'assioma secondo cui ad un soggetto privato si applica il diritto privato e ad un soggetto pubblico si applica il diritto pubblico. In un quadro così delineato si fa strada un *tertium genus*, cioè il diritto dell'economia europea, caratterizzato dal fatto che vengono

(50) CERULLI IRELLI, *“Atti amministrativi” di soggetti privati e tutela giurisdizionale: a proposito della legge Merloni*, in *Gior. Dir. Amm.*, 1999, n.11, p. 1063.

(51) Consiglio di Stato, 27 Ottobre 1998, n.1478, in *Foro Amm.*, 1998, p. 2748.

utilizzati gli istituti idonei al raggiungimento delle finalità preposte. Se, quindi, il diritto europeo ha prodotto questo risultato da un punto di vista sostanziale, un simile mutamento ha avuto parimenti origine sul piano della tutela giurisdizionale. Infatti, in un sistema così fatto non avrebbe più ragion d'essere un criterio di riparto che dalla natura del soggetto deducesse il regime giuridico degli atti.

Storicamente si sosteneva che *“l'atto amministrativo si presenta nei nostri ordinamenti come atto di pubblica autorità, dotato di imperatività e assistito dall'autotutela; per la sua imperatività, esso è idoneo a produrre l'effetto di ridurre o cancellare diritti soggettivi dell'amministrato... e per l'autotutela esso è tale da potere essere eseguito dallo stesso suo autore”* ⁽⁵²⁾.

Del resto, anche, la stessa Costituzione agli articoli 103 e 113 qualifica come amministrativi solo gli atti emanati da una pubblica amministrazione.

Ed è proprio questo il punto più delicato della questione. La figura dell'organismo di diritto pubblico è nata essenzialmente per assoggettare all'evidenza pubblica alcuni soggetti “ibridi”. Questo ha prodotto, però, degli effetti considerevoli sull'intero ordinamento giuridico italiano. Per fornire una adeguata tutela, infatti, si è imposta una lettura estensiva di atto amministrativo e di pubblica amministrazione, così come definite una volta per tutte nella Carta costituzionale. In sostanza, quindi, il concetto di pubblica amministrazione, seppure identico nel contenuto letterale, si evolve nel significato materiale ed effettuale, per adeguarsi alle differenti realtà di fatto.

(52) GIANNINI, voce *Atto amministrativo*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1959, p. 160.