

Impresa pubblica: profili giurisdizionali

Relazione di Antonio Lamorgese

1) Sostanza e forma privatistica nell’attività degli enti pubblici economici e delle società a partecipazione pubblica. 2) Il sorgere negli anni novanta dei soggetti “formalmente privati ma sostanzialmente pubblici”. 3) Le forzature nel ragionamento pan-pubblicistico della giurisprudenza. 4) Conseguenze sulla giurisdizione del Consiglio di Stato e della Corte dei conti.

1) Sostanza e forma privatistica nell’attività degli enti pubblici economici e delle società a partecipazione pubblica.

Fino all’incirca agli anni ottanta dello scorso secolo, pur nella consapevolezza del cosiddetto polimorfismo della P.A. e nella difficoltà di individuarne i caratteri distintivi rispetto alle persone giuridiche di diritto privato, era chiara la consapevolezza che la sfera del “privato” non era costituzionalmente comprimibile, da parte del potere pubblico, oltre quei limiti che la Costituzione riserva ai privati o nell’ambito dei quali ai privati è consentito l’esercizio libero di attività economiche ovvero di interesse pubblico. Si suole ricordare la sentenza della Corte costituzionale n. 396 del 1988 che dichiara la illegittimità costituzionale del sistema previsto dalla legge n. 6972 del 1890 che, in violazione della liberty di associazione privata (art. 38 ult. co. Cost.), non consentiva alle Ipab (enti che avevano concretamente i caratteri della soggettività giuridica di diritto privato) di assumere conseguentemente la personalità giuridica di diritto privato. Coerentemente, l’art. 4 della legge n. 70/1975 (la cui concreta vigenza nell’ordinamento era sottolineata da Cass. s.u. n. 10149/1990) stabiliva la necessità della espressa previsione di legge ai fini del riconoscimento di un ente come ente pubblico, conformemente all’art. 97 co. 1 Cost. sulla “organizzazione dei pubblici uffici” “secondo disposizioni di legge”. In epoca recente, si potrebbe ricordare la sentenza della Corte costituzionale n. 300/2003, in materia di fondazioni bancarie, sulla rilevanza costituzionale dell’autonomia privata e sui limiti agli interventi normativi di pubblicizzazione degli enti privati, anche alla luce del nuovo art. 118 ult. co. Cost.

La forma e l’attività degli enti pubblici economici, con cui si è tradizionalmente attuato il ben noto interventismo dello Stato nelle attività economiche, erano delineate con chiarezza:

la qualificazione indubbiamente pubblicistica del soggetto – quanto alla sua costituzione, organizzazione, finalità pubblica o sociale (per effetto della quale il fine di lucro era sostituito dal criterio dell'economicità della gestione e del perseguimento dell'equilibrio tra costi e ricavi) ed ai rapporti con l'ente pubblico di riferimento (da cui riceve le risorse finanziarie e da cui è sottoposti ai controlli pubblici) – andava d'accordo con la disciplina privatistica dell'attività imprenditoriale svolta (in particolare, dall'ente pubblico economico) nei suoi rapporti con i terzi e nei rapporti di lavoro (v. Cass., sez. lav., n. 12258/1999). Pertanto, secondo Cass., sez. lav., n. 10183/1995, *“il soggetto pubblico imprenditore non fa parte del complesso organizzatorio ‘pubblica amministrazione’ e alla sua azione non si applica il disposto dell’art. 97 Cost.... conseguentemente, non svolge la sua attività secondo i moduli generali previsti dalla legge n. 241 del 1990”*.

Nessun particolare problema era dato dalla figura della società di capitali a partecipazione pubblica *“stante la qualificazione privatistica del soggetto”* (così Cass. n. 12258/1999 cit.). Di conseguenza, apparteneva al giudice ordinario – e non al giudice amministrativo – la giurisdizione nelle controversie proposte da terzi interessati a partecipare a gare di appalto indette da società per azioni costituite da comuni e province *ex art. 22 della legge n. 142/1990* (v. Cass. s.u. n. 4989/1995). Parallelamente, apparteneva al giudice ordinario – e non alla Corte dei conti – la giurisdizione in tema di responsabilità amministrativa degli amministratori e funzionari degli enti pubblici economici per gli illeciti commessi nell'esercizio dell'attività imprenditoriale dell'ente (v. Cass. s.u. n. 9649/2001, 12294/1995; v., tra le altre, Cass. s.u. n. 6328/1985 con riguardo agli enti di gestione delle partecipazioni statali).

2) Il sorgere negli anni novanta dei soggetti “formalmente privati ma sostanzialmente pubblici”.

In questo contesto fa irruzione, negli anni novanta, il ben noto e variegato fenomeno delle privatizzazioni, con la trasformazione degli enti pubblici economici in società di capitali e degli enti previdenziali in soggetti di diritto privato, con il connesso progressivo disimpegno dello Stato dall'attività imprenditoriale diretta (cosiddetto Stato-imprenditore) ed il passaggio ad un ruolo di regolatore e di arbitro del mercato. Questo processo è stato favorito dalla normativa comunitaria che, al fine di introdurre trasparenza e concorrenzialità nei

mercati, ha imposto la applicazione di regole procedurali trasparenti per l'affidamento degli appalti (soprattutto di lavori, ma anche di servizi e forniture) da parte di soggetti che, pur essendo in realtà "*privati*" (quanto alla personalità giuridica), sono stati ritenuti attratti nella sfera del "*pubblico*" e definiti come Amministrazioni aggiudicatrici. Di fatto, l'introduzione di questa nuova categoria ha prodotto gli effetti – tenacemente e abilmente perseguiti dalla giurisprudenza amministrativa – di allargare la categoria nazionale di P.A. e di limitare la giurisdizione ordinaria, ciò come conseguenza ritenuta implicita nella ripetuta affermazione della natura sostanzialmente pubblica di questi soggetti.

Si è affermato che si tratterebbe, a tutti gli effetti, pur essendo formalmente privati, di soggetti sostanzialmente pubblici che, in quanto tenuti all'applicazione di regole (ritenute) pubblicistiche ai fini dell'affidamento degli appalti, eserciterebbero poteri pubblici, rispetto ai quali, quindi, sarebbero ravvisabili situazioni di interesse legittimo. Si è affermato, inoltre, che la qualificazione dell'attività di tali soggetti in termini di esercizio di potere sarebbe dimostrata dalla loro missione di realizzare l'interesse pubblico, di garantire la trasparenza, la tutela dell'affidamento, la ragionevolezza, il diritto comunitario, l'osservanza di regole concorrenziali e, in definitiva, il buon andamento e l'imparzialità della P.A. (art. 97 Cost.). Ciò, tenuto conto del diffuso interesse pubblico esistente nella materia considerata, è stato considerato sufficiente a giustificare le conclusioni in tema di natura sostanzialmente pubblica di questi soggetti (formalmente) privati e l'allargamento della giurisdizione amministrativa.

Per giustificare queste conclusioni si è proceduto secondo linee direttrici convergenti.

a) Si è adottata una interpretazione particolarmente estensiva della nozione di organismo di diritto di diritto pubblico (o.d.p.), nel senso che si è data quasi esclusiva rilevanza al requisito del "*perseguimento di bisogni di interesse generale*" e si è sottovalutato invece il requisito del "*carattere non industriale o commerciale*" dei medesimi bisogni o dell'attività degli enti (v. ad es., sull'Ente Fiera di Milano, Cons. St. sez. VI, n. 353/1995, e, in senso contrario, Cass. s.u. n. 97/2000; su Grandi Stazioni s.p.a., v. Cons. St., ad. pl. n. 9/2004 e, in senso contrario, Cass. s.u. n. 10218/2006).

b) Si è ritenuto che la qualificabilità dell'ente come o.d.p. (con la conseguente applicazione integrale della normativa pubblicistica) valesse per tutte le attività svolte dall'ente, cioè non solo per le attività strumentali ai bisogni di interesse generali, ma anche per quelle ulteriori

ed accessorie, sebbene propriamente commerciali o industriali (v. Cons. St., ad.pl., n. 9/2004 e Cass. s.u. n. 2637/2006).

c) Si sono sopravvalutate alcune affermazioni del giudice comunitario (v., ad es., Corte giust. *BB Holding* 10.11.1998) secondo cui non sarebbe determinante la circostanza che il soggetto operi in un mercato concorrenziale, e si è arrivati a sostenere la irrilevanza di tale circostanza (ai fini della qualificazione di un soggetto come o.d.p.), senza considerare che, secondo il medesimo giudice comunitario, l'assunzione del rischio di impresa dimostra il carattere industriale o commerciale dell'attività (es.: Corte giust. *Taitotalo* 22.5.2003).

d) Si è operata, di fatto, una commistione (bene evidenziata in dottrina: v. A.M. SANDULLI) tra la categoria dell'o.d.p. e quella dell'impresa pubblica (v., ad es., con riguardo alla Sea s.p.a., autorizzata per legge alla gestione degli aeroporti privati di Milano, Cons. St., sez. VI, n. 1885/2000, che l'ha qualificata come impresa pubblica, e Cons. St., sez. VI, n. 1332/2004, che l'ha qualificata come o.d.p.; v. Cons. St., ad. pl., n. 9/2004 con riguardo a Ferrovie dello Stato s.p.a., e Cons. St., sez. VI, n. 1206/2001 con riguardo a Poste Italiane s.p.a.), ma non si è considerato né che lo scopo di lucro e il rischio di impresa caratterizzano l'impresa pubblica e la distinguono dall'o.d.p. (v. Corte giust. *Commiss. c. Regno di Spagna* 15.5.2003; sulla distinzione tra le due categorie v. anche Corte giust. *Siepsa* 16.10.2003 e dir. Ce n. 38/1993 e 18/2004), né che all'impresa pubblica fa difetto, di regola, il requisito (tipico dell'o.d.p.) del perseguimento di bisogni di interesse generale.

e) Si sono enfatizzati i profili della titolarità pubblica del capitale azionario e della specialità del regime giuridico (rispetto al diritto societario comune), allo scopo di creare una autonoma categoria definita come "*società pubblica*" attratta nel diritto pubblico (secondo Cons. St., sez. VI, n. 1303/2002, una società è da considerarsi pubblica quando sussistano "*regole di organizzazione e funzionamento che, oltre a costituire una consistente alterazione del modello societario tipico (comportando una compressione delle autonomie funzionale e statutaria degli organismi societari), rivelino, al tempo stesso, la completa attrazione nell'orbita pubblicistica dell'ente societario*").

f) Si è affermato che il diritto comunitario avrebbe introdotto una categoria unitaria ed omogenea di P.A. non coincidente con (e più estesa di) quella nazionale e che, di conseguenza, anche la categoria nazionale di P.A. si sarebbe allargata modellandosi su quella comunitaria, nel senso che dovrebbe essere considerata P.A. ogni entità (pubblica o

privata) tenuto all'applicazione delle procedure selettive previste dalla medesima normativa per la scelta del contraente.

3) *Le forzature nel ragionamento pan-pubblicistico della giurisprudenza.*

Emerge con tutta evidenza l'assoluto unilateralismo della tesi della irrilevanza della forma giuridica e del predicato sostanzialismo: ciò che è (formalmente) pubblico è e rimane pubblico, ciò che è formalmente (e molto spesso anche sostanzialmente) privato è sostanzialmente pubblico (in dottrina: TORCHIA). Sul piano giurisdizionale la conseguenza è l'unilateralismo della cosiddetta concentrazione delle tutele, la quale è considerata come un valore (e viene applicata) solo se e quando operi nella direzione ed ai fini dell'allargamento delle giurisdizioni amministrative.

a) Le direttive Cee sugli affidamenti degli appalti non si prefiggevano certo di elaborare una nuova categoria di P.A. (in dottrina: CHITI). Il legislatore comunitario era ben consapevole delle diverse tradizioni nazionali a proposito del contenuto e dei confini tra pubblico e privato nei diversi paesi. L'unico suo interesse era quello di far applicare regole concorrenziali comuni in materia di appalti pubblici e, in particolare, in determinate situazioni, cioè laddove i soggetti (chiamati a dare applicazione a quelle regole) presentassero determinate caratteristiche, a prescindere dalla formale qualificazione di essi (pubblica o privata) secondo il diritto degli Stati membri. Non si capisce, quindi, secondo logica, per quale motivo dalla predicata irrilevanza della natura soggettiva di queste entità se ne sia potuto desumere l'automatica attrazione nella sfera del "*pubblico*". Tanto più che nella categoria dei soggetti tenuti all'applicazione delle regole concorrenziali rientrano non solo gli o.d.p. (che pure potrebbero assimilarsi alla nostra categoria nazionale di ente pubblico, se si tiene conto del perseguimento di bisogni di interesse generale non commerciale né industriale), ma anche soggetti indubbiamente privati, come sono le imprese pubbliche nell'ambito dei cosiddetti settori speciali (v. d.lgs. n. 158/1995 e dir. Ce n. 17/2004), nonché "*soggetti privati*" come espressamente definiti dalla stessa legge con riguardo a determinate categorie di lavori pubblici (v. art. 2, co. 2, lett. c, della legge n. 109/1994). Inoltre, è significativo che lo stesso legislatore escludeva dall'applicazione delle procedure concorrenziali per l'affidamento degli appalti di servizi e forniture (nei settori ordinari) gli enti pubblici economici (v. art. 2 d.lgs. n. 157/1995 e art. 1 d.lgs. 358/1992),

che pure sono soggetti formalmente pubblici secondo il diritto nazionale. In altri termini, la normativa comunitaria non tende a introdurre una nuova soggettività pubblica (e questa, comunque, non coincide con quella nazionale di P.A.), ma solo a stabilire quali soggetti sono tenuti all'applicazione di certe regole comuni sull'affidamento degli appalti. Ne consegue che la tesi secondo cui tali ultimi soggetti debbano essere considerati come nuove P.A. secondo il diritto comunitario e, di conseguenza, secondo il diritto interno, risulta una forzatura. Peraltro, va detto che l'art. 32 lett. c) del codice dei contratti pubblici ex d.lgs. n. 166/2006 ha ricompreso tra le amministrazioni aggiudicatrici (ai fini dell'applicazione della normativa di evidenza pubblica negli appalti di lavori, servizi e forniture), anche nei settori ordinari, le società con capitale pubblico anche non maggioritario, sempre che abbiano ad oggetto della loro attività la produzione di beni o servizi non destinati ad essere collocati sul mercato in regime di libera concorrenza; l'art. 32 lett. e) vi ha ricompreso anche gli appalti di servizi (e numerose tipologie di appalti di lavori) affidati da soggetti qualificati come "privati". A questo proposito la dottrina (A.M. SANDULLI) ha osservato che, in riferimento ad un contratto stipulato da un'impresa pubblica nell'ambito dei settori ordinari, il test di applicabilità del codice dei contratti deve essere condotto alla luce del medesimo art. 32 da interpretare in senso restrittivo; inoltre, ha osservato che l'impresa, pubblica o privata che sia, può essere soggetta ad obblighi e doveri soltanto se gli stessi trovino un precipuo fondamento nella legge (art. 41 co. 2 e art. 23 Cost.), con conseguente inammissibilità di una lettura analogicamente estensiva delle disposizioni che, obbligandola a rispettare le regole di evidenza pubblica, sono idonee a comprimerne la libertà di iniziativa economica.

b) Non è affatto chiaro quale rilevanza possa assumere – ai fini della qualificazione in termini pubblicistici e ancor meno al fine di ravvisare l'esercizio di pubblici poteri nell'attività dei soggetti formalmente privati nonché al fine del riparto della giurisdizione – il riferimento ai principi di trasparenza e di ragionevolezza, alla tutela dell'affidamento, all'applicazione del diritto comunitario, all'osservanza delle regole concorrenziali e, in definitiva, al buon andamento e all'imparzialità della P.A. (art. 97 Cost.). Il richiamo ai principi espressi nell'art. 97 Cost. non vale di per sé a qualificare le posizioni soggettive dei privati al cospetto della P.A. e non sono appannaggio di questa o quella giurisdizione, ma sono – questi sì – principi del tutto neutri (recentemente Cass. s.u. n. 17831/2007 ha attribuito alla giurisdizione ordinaria la domanda di risarcimento dei danni subiti dal privato

per il comportamento illecito della p.a. che, non avendo eseguito gli interventi previsti da una legge regionale sulle “*infrastrutture occorrenti al funzionamento del settore dei sali alcalini relative agli impianti idrici, fognari e di smaltimento dei rifiuti*”, aveva violato la clausola generale dell’art. 2043 c.c. e i canoni generali di diligenza, prudenza e di buon andamento dell’amministrazione *ex art. 97 Cost.*).

c) Soprattutto, la procedura di evidenza pubblica è neutra ai fini del riconoscimento di pubblici poteri. Infatti, non è solo perché un soggetto applichi la procedura di evidenza pubblica che può ravvisarsi l’esercizio di un pubblico potere (in dottrina: CORSO ha anche osservato che così si ignora la volontà del legislatore di cambiare lo stato di cose esistenti, da pubblico a privato). Lo dimostra la giurisprudenza (v. Cass. s.u. n. 17635 e 18954/2003) che nega la giurisdizione amministrativa *ex art. 6* della legge n. 205/2000 nelle controversie in tema di appalti sotto-soglia, pur se aggiudicati da “*amministrazioni aggiudicatrici*” e o.d.g. che, pur senza essere tenuti all’applicazione del procedimento di evidenza pubblica, abbiano scelto comunque di adottarlo, in tal guisa procedimentalizzando l’individuazione in concreto dell’appaltatore; così anche per gli appalti aggiudicati (nei settori ordinari) da soggetti (come gli enti pubblici economici) pur formalmente pubblici secondo il diritto nazionale; e lo dimostra anche la giurisprudenza recente che afferma sì la giurisdizione amministrativa nelle procedure di evidenza pubblica, ma quando queste siano applicate (o avrebbero dovuto essere applicate) da soggetti formalmente pubblici secondo il diritto nazionale, soltanto nel qual caso, infatti, è riconoscibile l’esercizio di un potere (nel caso esaminato da Cass. s.u. n. 2638/2006, si trattava di una fornitura affidata dal Ministero dell’interno a trattativa privata anziché con procedura di evidenza pubblica).

d) Quanto ai profili di specialità del regime giuridico della cosiddetta impresa pubblica, che costituirebbe effetto della presenza del potere pubblico e che ne caratterizzerebbe l’attività verso i terzi, sarebbe sufficiente osservare che se nella scelta, con procedure ad evidenza pubblica, del socio privato ovvero della società di capitali destinata ad erogare servizi pubblici, potrebbe in astratto ravvisarsi un atto di esercizio di un potere – tenuto conto che la P.A. esercita un potere anche quando, in sostituzione del potere autoritativo *ex art. 11* della legge n. 241 del 1990, adotta strumenti negoziali (v. Corte cost. n. 204/2004), e questo potrebbe essere il caso della partecipazione ad un rapporto societario con i privati – ben difficile è ravvisare atti di esercizio del potere imputabili alla società (ed efficaci nei confronti dei terzi) una volta costituita. La giurisprudenza anche recente delle Sezioni Unite

(n. 7799/2005) ha ribadito che *“la società per azioni con partecipazione pubblica non muta la sua natura di soggetto di diritto privato solo perché il Comune ne possiede, in tutto o in parte, le azioni: il rapporto tra società ed ente locale è di assoluta autonomia, al Comune non essendo consentito incidere unilateralmente sullo svolgimento del rapporto medesimo e sull’attività della società per azioni mediante l’esercizio di poteri autoritativi o discrezionali, ma solo avvalendosi degli strumenti previsti dal diritto societario, da esercitare a mezzo dei membri di nomina comunale presenti negli organi della società”* (cfr. anche la fattispecie esaminata da Cass. s.u. n. 17287/2006).

e) L’art. 6 della legge n. 205/2000, attribuendo alla giurisdizione esclusiva le controversie aventi ad oggetto le controversie relative alle procedure (ad evidenza pubblica) di affidamento di lavori, servizi e forniture, anche se svolte da dette società partecipate da enti pubblici, non tiene conto che il pubblico potere (la cui esistenza deve giustificare anche la giurisdizione esclusiva) non può più svolgere alcun ruolo nel momento, a valle, in cui la società (che è soggetto avente personalità giuridica privata) opera nel mercato nei confronti dei terzi, quando la questione della titolarità soggettiva del capitale sociale non può avere più alcun rilievo. Del resto, la normativa societaria non offre alcuna dimostrazione né che alcuni profili di specialità del regime giuridico della società partecipata dallo Stato o da enti pubblici (laddove ravvisabili) costituiscano effetto dell’esercizio di un pubblico potere, né che siano sufficienti a stravolgerne il regime giuridico al punto di annullarne quel nucleo privatistico che è irrinunciabile (in dottrina: OPPO). La nuova normativa societaria, e quella a tutela del risparmio (v. la legge n. 262/2005), nell’introdurre più trasparenza nell’organizzazione e nell’attività delle società, prescinde del tutto dalla identità (pubblica o privata) dei proprietari del capitale sociale, così delineando una disciplina comune a tutte le società di capitali. Si pensi che una iniziativa importante come l’azione di responsabilità contro gli amministratori (art. 2393 *bis* c.c.) può essere esercitata – anche nelle cosiddette società pubbliche – dai soci che rappresentino solo un quinto del capitale sociale. Si pensi alla recente sentenza della Corte di giustizia 6.12.2007 (proc. C-463-04 e C-464/04) che, in linea con la propria giurisprudenza, ha dichiarato che l’art. 2449 c.c. (secondo cui lo statuto di una s.p.a. può conferire allo Stato o ad un ente pubblico che hanno partecipazioni nel capitale sociale, la facoltà di nominare direttamente uno o più amministratori) è contrario all’art. 56 del Trattato Ce, in quanto attribuisce agli stessi un potere di controllo sproporzionato rispetto alla loro partecipazione nel capitale della società.

f) L'asserita neutralità della forma giuridica e, in particolare, della forma societaria è stata negata da autorevole dottrina (OPPO, CORSO, TORCHIA e altri). Del resto, l'art. 1, comma 1 *bis*, della legge n. 214/1990 (dopo la legge n. 15/2005), pur nella sua ambiguità, è chiaro nell'introdurre la presunzione che l'attività non autoritativa della P.A. è regolata dalle norme di diritto privato. Si è anche osservato (SCOCA) che, ove si voglia costruire un modello di società avente natura pubblicistica, si dovrebbe trascurare del tutto che tali società esercitano attività commerciali e che operano in regime di concorrenza; si dovrebbe alterare il modello (societario) di riferimento nei suoi aspetti fondamentali, a tal punto che sarebbe necessaria una espressa previsione di legge, non essendo di certo sufficiente che alla società codicistica siano attribuiti compiti di rilievo pubblico, dal momento che è perfettamente compatibile con la natura privata del soggetto operatore l'esercizio di attività che abbiano finalità pubblicistiche. Si è poi osservato (FERRARI) che, secondo il diritto comunitario (art. 86 del Trattato), l'impresa pubblica può essere titolare di diritti esclusivi o speciali solo se necessari all'adempimento di una missione di servizio pubblico, la quale però non può essere rimessa alla decisione degli stessi privati o di pubbliche amministrazioni interessate, ma deve essere il frutto di una decisione del legislatore.

g) A quest'ultimo proposito, nella giurisprudenza comunitaria, la nozione di impresa abbraccia qualsiasi entità che eserciti un'attività economica consistente nell'offerta di beni o servizi sul mercato, indipendentemente dallo statuto giuridico e dalle modalità di finanziamento (v., tra le tante, Corte di giustizia 10.1.2006, C 222/04; 12.9.2000, C 180/98-C 184/98); ai fini dell'applicazione delle norme del Trattato CE in materia di concorrenza, si deve distinguere tra l'ipotesi in cui lo Stato agisca esercitando il potere di imperio e quella in cui svolga attività economiche di natura industriale o commerciale; la circostanza che ad un soggetto siano attribuiti compiti di interesse generale non può impedire che le altre attività svolte siano considerate economiche (v. Corte di giustizia 23.3.2006, C 237/04; 25.10.2001, C 475/99); l'art. 8, comma 2, della legge n. 287 del 1990 (coerentemente con l'art. 86 par. 2 del Trattato CE) esonera dall'applicazione della normativa antitrust le attività svolte dalle imprese che gestiscono servizi di interesse economico generale limitatamente a *“tutto quanto strettamente connesso all'adempimento degli specifici compiti loro affidati”*. Sulla base di questi principi una recente sentenza della Cassazione (sez. 1, n. 355/2008) ha ritenuto che le attività di certificazione di conformità del prodotto e di prevenzione degli abusi alimentari, svolte da soggetti privati (si trattava del Consorzio per la tutela del

formaggio “*Grana Padano*” e della società di Certificazione della qualità alimentare), pur rientrando nell’ambito dei servizi economici di interesse generale ed essendo, quindi, riconducibili all’esercizio privato di pubbliche funzioni, per le quali la normativa antitrust non trova applicazione *ex art. 8 comma 2* della legge n. 287, tuttavia, laddove tali attività devino dagli scopi istituzionali per cui quelle pubbliche funzioni sono conferite, viene meno il nesso funzionale con il carattere non economico dell’attività posta in essere, la quale rientra a pieno titolo nell’ambito dell’attività d’impresa, con conseguente applicazione della disciplina a tutela della concorrenza (nella fattispecie, il predetto Consorzio aveva emesso determinazioni che esulavano dalle proprie funzioni di vigilanza, come il contingentamento della produzione, e introducevano arbitrariamente standard di qualità non previsti dal regolamento comunitario: pertanto, non potevano essere considerate come espressione di attività autoritativa, ma come attività economica rientrante nella previsione degli art. 2 e 3 della legge n. 287, e cioè come pratica anticoncorrenziale illecita).

4) *Conseguenze sulla giurisdizione del Consiglio di Stato e della Corte dei conti.*

Sviluppando in punto di giurisdizione il discorso sin qui fatto, è noto il contrasto avutosi negli novanta tra la giurisprudenza della Cassazione e del Consiglio di Stato sulla individuazione del giudice competente nelle controversie relative alle procedure di aggiudicazione degli appalti da parte dei soggetti formalmente privati. Il legislatore è intervenuto nel 1998 (con il d.lgs. n. 80) a riservare alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie “*aventi ad oggetto le procedure di affidamento di appalti pubblici di lavori, servizi e forniture, svolte da soggetti comunque tenuti all’applicazione delle norme comunitarie o della normativa nazionale o regionale*” (art. 33 co. 2 lett. d). Ricordiamo che nel periodo 1998-2004 si pensava che il criterio di riparto della giurisdizione per posizioni soggettive fosse stato definitivamente abbandonato, in favore di un criterio fondato sulla ripartizione per blocchi di materie, e che ai fini della giurisdizione esclusiva fosse sufficiente la presenza in causa di un soggetto in qualsiasi modo qualificabile come pubblico (in senso cioè formale o sostanziale), nonché di un interesse pubblico nella materia considerata. Pur nell’ampiezza, sostanzialmente illimitata, della giurisdizione esclusiva secondo questa opinione, la giurisdizione in tema di affidamento degli appalti era comunque ricompresa nella materia dei servizi pubblici (art. 33), sicché ben

si sarebbe potuto sostenere che la giurisdizione esclusiva riguardasse comunque soltanto le procedure di affidamento degli appalti direttamente strumentali alla gestione del servizio pubblico. Tuttavia, il citato art. 6 della legge n. 205 (oggi v. l'art. 244 del codice dei contratti pubblici) ha generalizzato la giurisdizione esclusiva in tema di affidamento degli appalti aggiudicati 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”*, per radicare la quale non occorre la necessità di ravvisare un nesso strumentale tra l'affidamento di un appalto e la gestione di un servizio pubblico.

Parallelamente, come effetto della ritenuta irrilevanza della forma giuridica (privatistica) dei soggetti privati chiamati a svolgere attività di interesse pubblico ovvero a relazionarsi con la P.A. secondo moduli operativi diversi rispetto al passato (e cioè tramite soggetti non organicamente inseriti in essa, con conseguente dilatazione della nozione di rapporto di servizio inteso in senso funzionale: v. il caso esaminato da Cass. s.u. 3899/2004), si è avuto una espansione anche della giurisdizione della Corte dei conti. A partire da Cass. s.u. n. 19667/2003, si è affermato che i giudizi di responsabilità amministrativa nei confronti di amministratori e dipendenti degli enti pubblici economici nonché di soggetti formalmente privati sono devoluti alla Corte dei conti, non rilevando né che essi perseguano le proprie finalità istituzionali mediante un'attività disciplinata dal diritto privato, né il quadro di riferimento (pubblico o privato) nel quale si colloca la condotta produttiva del danno, né il titolo in base al quale è svolta la gestione del denaro pubblico (rapporto di pubblico impiego, concessione, contratto di diritto privato, ecc.), essendo sufficiente la natura oggettivamente pubblica del danno e cioè il collegamento (anche indiretto) con la finanza pubblica, desumibile da una qualunque relazione funzionale che dimostri l'inserimento del soggetto privato nell'organizzazione funzionale dell'ente pubblico (v., ad es., Cass. s.u. n. 3367/2007, 20886/2006, 4511/2006, 3899/2004). Si è arrivati al punto di affermare la giurisdizione della Corte dei conti sulle azioni dirette alla conservazione della garanzia patrimoniale che possono essere esercitate dai procuratori regionali (v. Cass. s.u. n. 22059/2007). La suddetta espansione delle competenze della Corte dei conti trova sostanziale corrispondenza nel nuovo modello di giurisdizione amministrativa su blocchi di materie, seppur riferito dal d.lgs. n. 80/1998 e dalla legge n. 205/2000 alla giurisdizione del Tar e del Consiglio di Stato.

Il già citato art. 6 della legge n. 205/2000 non è stato toccato dalla nota sentenza n. 204/2004. Tuttavia, non si può negare che alcune affermazioni (e in parte anche lo stesso dispositivo) della sentenza n. 204/2004 non sono del tutto compatibili con quelle giustificazioni teoriche che erano state fornite a difesa anche dell'art. 6, considerato come applicazione del nuovo modello (seguito dalla legge n. 205/2000) di riparto della giurisdizione fondato sul superamento del criterio diritti soggettivi/interessi legittimi, in favore del criterio fondato sui blocchi di materie caratterizzate dalla presenza di un interesse pubblico e dalla generica incertezza nella qualificazione delle posizioni soggettive implicate dall'agire della P.A. (anziché dalla compresenza o dall'intreccio di diverse e ben definibili situazioni soggettive), incertezza ritenuta sufficiente ai fini della creazione di nuove ipotesi di giurisdizione esclusiva, secondo la piena discrezionalità del legislatore. La Corte costituzionale afferma condivisibilmente che la giurisdizione esclusiva costituisce una *species* nel *genus* della giurisdizione generale, della quale deve quindi presentare tutti i caratteri costitutivi, sicché essa è configurabile solo quando la P.A. eserciti un potere pubblico nel quale sono implicati (e ben possono esserlo) diritti soggettivi, di cui il giudice amministrativo può conoscere solo nelle particolari materie indicate dalla legge (art. 103 Cost.). La presenza di un potere non è, quindi, elemento sufficiente a radicare sempre la giurisdizione amministrativa quando al cospetto del potere sono ravvisabili diritti soggettivi. Il tradizionale criterio di riparto fondato, secondo Costituzione, sulla natura delle posizioni soggettive, non può quindi essere alterato. Quali conseguenze possono essere desunte da questa premessa ? Come si concilia la richiamata necessità di individuare (anche nella giurisdizione esclusiva) l'esistenza di un pubblico potere, con un modello di giurisdizione esclusiva (qual è quello presente nell'art. 6 citato) nel quale il profilo del potere risulta sostanzialmente evanescente, tenuto conto sia della natura formalmente privata di molti soggetti chiamati ad applicare le procedure selettive di affidamento degli appalti sia della neutralità di queste procedure ai fini del riconoscimento dello stesso pubblico potere ? Si può negare che la sentenza 204 (ai fini del radicamento della giurisdizione amministrativa) restituisce centralità al sistema concessorio (ripristinando la formula dell'art. 5 della legge n. 1034/1971 che la limita alle controversie relative alla concessioni in materia di servizi pubblici, escluse quelle relative ai canoni, indennità e altri corrispettivi), con tutto ciò che ne consegue in punto di rilevanza della natura formalmente pubblicistica dei soggetti che, in quanto dotati di pubblico potere, sono abilitati a dare concessioni ? Ci si deve domandare

anche se il ritenuto allargamento della categoria nazionale di P.A. per effetto del diritto comunitario, sia di per sé sufficiente a giustificare l'espansione della giurisdizione amministrativa. Si è già detto che il diritto comunitario non era certo interessato ad elaborare una nuova categoria di P.A. e ancor meno a intervenire sulle problematiche nazionali dell'individuazione del giudice competente. Anche ammessa l'espansione della categoria nazionale di P.A. per effetto del diritto comunitario, ciò non sarebbe ancora sufficiente per trarne conseguenze in punto di giurisdizione. Ai fini del radicamento della giurisdizione amministrativa, secondo Costituzione, occorre il presupposto dell'esercizio del potere, il quale, a sua volta, non dovrebbe poter essere automaticamente desunto dall'applicazione delle procedure selettive di scelta del contraente. Inoltre, se è vero che il dispositivo della sentenza 204 attribuisce alla giurisdizione esclusiva le controversie relative ai provvedimenti adottati non solo dalla P.A. ma anche dal gestore di servizi pubblici (senza ulteriori precisazioni), è anche vero che, in materia di affidamento del pubblico servizio, la sentenza non ha richiamato la formula che era contenuta nel secondo comma, lett. d), dell'art. 33 (sulle procedure di affidamento di appalti "*svolte da soggetti comunque tenuti alla applicazione delle normative....*") e ciò non sembra irrilevante. Peraltro, non si può fare a meno di ricordare che l'art. 34 della legge n. 205/2000 (a seguito dell'intervento della Corte costituzionale) ha attribuito alla giurisdizione esclusiva le controversie, in materia urbanistica ed edilizia, sugli atti e provvedimenti delle pubbliche amministrazioni "*e dei soggetti alle esse equiparati*".

Quanto alla giurisdizione della Corte dei conti, mi sembra che la predicata irrilevanza della forma giuridica (pubblicistica o privatistica) non vada d'accordo con il dato costituzionale che attribuisce anche a tale organo la giurisdizione su soggetti *pubblici*, e si consideri che la soggettività (formalmente) pubblica è un dato che non può essere considerato irrilevante, in quanto deriva direttamente dall'art. 97 Cost. Secondo la stessa giurisprudenza della Corte cost. (v. sentenze n. 641/1987, 385/1996, 371/1998), l'attribuzione alla Corte dei conti della giurisdizione in materia di contabilità pubblica, intesa come comprensiva sia dei giudizi di conto che di quelli sulla responsabilità amministrativa patrimoniale dei pubblici dipendenti ed amministratori, nelle materie di contabilità pubblica, non è assoluta, ma presenta soltanto i caratteri della tendenziale generalità, in quanto essa è sì suscettibile di espansione in via interpretativa, ma sempre che "*sussistano i presupposti soggettivi e oggettivi della responsabilità per danno erariale*",

occorrendo “*appropriate qualificazioni legislative e puntuali specificazioni non solo rispetto all’oggetto ma anche rispetto ai soggetti*”. Tanto premesso, lascia perplessi l’indirizzo recente delle Sezioni Unite, che hanno affermato la giurisdizione della Corte dei conti nei confronti di amministratori e dipendenti di società di capitali, sul presupposto della irrilevanza del quadro di riferimento (pubblico o privato) nel quale si colloca la condotta produttiva del danno (in senso critico verso questa impostazione è G. COSTANTINO, in nota a Cass. s.u. n. 22059/2007), tenuto conto che lo stesso legislatore non sembra considerare la forma giuridica come un dato irrilevante: è significativo che, a norma dell’art. 1 co. 4 L. n. 20/1994, introdotto dall’art. 2 d.l. n. 543/1996, conv. in l. n. 639/1996, “*La Corte dei conti giudica sulla responsabilità amministrativa degli amministratori e dipendenti pubblici anche quando il danno sia stato cagionato ad amministrazioni o enti pubblici diverse da quelle di appartenenza, per i fatti commessi successivamente all’entrata in vigore della presente legge*”. Detta norma, peraltro, costituisce disposizione sulla responsabilità e non è volta a delimitare la materia della contabilità pubblica, come evidenziato da autorevole dottrina (PAJNO), secondo la quale la più volte citata sentenza n. 204/2004 potrebbe (coerentemente) produrre effetti anche sul nuovo criterio, elaborato dalle Sezioni Unite, di riparto tra Corte dei conti e giudice ordinario.

Numerosi sono i problemi aperti: la giurisdizione della Corte dei conti può essere considerata del tutto “*esclusiva*” oppure essa non può escludere le concorrenti possibilità di tutela apprestate da altre giurisdizioni ? In tale ultimo senso si è espressa autorevole dottrina (PAJNO) la quale, rilevando l’impossibilità di configurare l’azione del p.m. dinanzi alla Corte dei conti sia come una “azione sociale” sia come un’*actio pro socio* ex art. 2395 c.c., ha osservato che tale giurisdizione sarebbe “*strutturalmente legata al necessario esercizio di una azione pubblica [del pubblico ministero contabile] da questa oggettivamente segnata e limitata*”, e ciò costituirebbe il limite intrinseco della medesima giurisdizione, poiché “*la sua configurazione strutturale sembra impedire di concentrare presso di se una tutela che non potrebbe essere esperita dal soggetto [p.m. contabile] che ne è titolare*” (ma altra autorevole dottrina, G. COSTANTINO, ha sostenuto la piena ammissibilità della proposizione dell’azione del p.m. contabile davanti al giudice ordinario). E ancora: chi è il soggetto danneggiato (la società o l’ente pubblico di riferimento) ? Tra quali soggetti è ravvisabile il rapporto di servizio che giustifica la responsabilità amministrativa (tra la società e l’ente di riferimento, come si potrebbe ritenere, o, come invece sembra ritenuto

dalle Sezioni Unite, tra quest'ultimo ente ed i soci della società) ? Soprattutto, che rapporto c'è tra questa responsabilità e le azioni sociali di responsabilità ? E' sostenibile il cumulo delle responsabilità (civile, penale, amministrativa, contabile) in capo agli amministratori delle società cosiddette pubbliche? A questi problemi la giurisprudenza è chiamata a dare risposte chiare.

Antonio Lamorgese