



Facoltà di Giurisprudenza

Scuola Dottorale in “Diritto Europeo, Storia e Sistemi Giuridici per l’Europa”

Sezione - Diritto amministrativo - ciclo XXII

Anno accademico 2009/2010

Tesi dottorale in Diritto Amministrativo

IL SOSTANZIALISMO DELLA GIURISPRUDENZA AMMINISTRATIVA

Tutor:

Chiar. ma Prof.ssa Luisa Torchia

Dottoranda:

Susanna Screpanti

INDICE

CAPITOLO I

LA NASCITA DEL SOSTANZIALISMO DELLA GIURISPRUDENZA AMMINISTRATIVA

1. Il ruolo del giudice, la questione dell'interpretazione e il problema del metodo in un sistema giuridico che cambia
2. La creazione giurisprudenziale del diritto amministrativo: il ruolo decisivo del Consiglio di Stato
3. Le trasformazioni sostanziali del diritto amministrativo e la nascita del sostanzialismo della giurisprudenza amministrativa
4. Un'introduzione sul metodo di analisi e le diverse chiavi di lettura del sostanzialismo giurisprudenziale

CAPITOLO II

PUBBLICO E PRIVATO NELL'ORGANIZZAZIONE AMMINISTRATIVA. L'APPROCCIO SOSTANZIALISTA DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO

1. Le trasformazioni nell'organizzazione amministrativa e la nozione sostanziale di pubblica amministrazione
2. Intervento pubblico e regole di mercato. L'incidenza del diritto europeo e il ruolo del giudice amministrativo
 - 2.1. Organismi di diritto pubblico e imprese pubbliche
 - 2.1.1. Il funzionalismo del giudice europeo e il sostanzialismo del giudice amministrativo nazionale a confronto
3. Le società in mano pubblica tra forma privata e sostanza pubblica
 - 3.1. L'interazione tra forma e sostanza nel regime giuridico applicabile alle società pubbliche
 - 3.2. Il controllo sulle società pubbliche e la questione della responsabilità degli amministratori: il differente "sostanzialismo" dei giudici nazionali

- 3.2.1. Le novità legislative e giurisprudenziali in tema di responsabilità amministrativa degli amministratori di società in mano pubblica
- 3.3. Società *in house* e società miste fra poteri pubblici e regole di mercato. I profili organizzativi e funzionali fra giudice europeo e giudice nazionale
 - 3.3.1. Il mercato dei servizi pubblici locali
 - 3.3.2. La portata dell'art. 13 del decreto Bersani alla luce della giurisprudenza nazionale. I punti fermi del giudice costituzionale
- 3.4. Le S.O.A. e l'esercizio privato di pubbliche funzioni. La lettura pubblicistica del giudice amministrativo

CAPITOLO III

IL SOSTANZIALISMO DELLA GIURISPRUDENZA AMMINISTRATIVA E L'ATTIVITÀ DELLE PUBBLICHE AMMINISTRAZIONI

Sezione I

Il sostanzialismo e i principi generali dell'attività amministrativa

- 1. I principi generali del diritto amministrativo ed il ruolo del giudice amministrativo
 - 1.1. L'influenza del diritto ultrastatale sui principi generali e sull'approccio del giudice amministrativo al diritto sostanziale
 - 1.2. L'evoluzione del principio di legalità. La legalità sostanziale e l'interpretazione sostanziale della legalità
 - 1.2.1. La legalità fra diritto privato e diritto amministrativo. Il giudice amministrativo come ago della bilancia

Sezione II

Il sostanzialismo nel procedimento amministrativo

- 2. Il rilievo sostanziale del procedimento e del provvedimento amministrativo. Il contributo del giudice amministrativo

- 2.1. L'invalidità del provvedimento amministrativo. L'elaborazione giurisprudenziale dell'eccesso di potere e della regola del raggiungimento dello scopo
- 2.1. L'art. 21 *octies*: vizi di legittimità e vizi formali. La prevalenza della sostanza sulla forma
- 2.1.1. Il difetto di motivazione come «vizio di forma» e la prospettiva della «forma sostanziale»
- 2.1.2. La comunicazione di avvio del procedimento e la concezione sostanzialista della partecipazione

Sezione III

Il sostanzialismo e i contratti pubblici

- 3. L'attività contrattuale della pubblica amministrazione fra pubblico e privato. Le diverse facce del sostanzialismo del giudice amministrativo
 - 3.1. La lettura pubblicistica del rapporto contrattuale e la sorte del contratto tra giudice ordinario e giudice amministrativo
 - 3.1.1. L'influenza del diritto europeo e la definitiva estensione della giurisdizione amministrativa sulla sorte del contratto
 - 3.2. La nozione di impresa, di operatore economico e il sostanzialismo funzionale al *favor participationis* alle gare pubbliche
 - 3.3. Formalismi e giustizia sostanziale negli appalti pubblici. Il sostanzialismo del giudice amministrativo

CAPITOLO IV

LE IMPLICAZIONI E LE PROSPETTIVE DEL SOSTANZIALISMO GIURISPRUDENZIALE

- 1. Luci ed ombre del sostanzialismo giurisprudenziale. Il problema del metodo
- 2. Le prospettive future e il nuovo corso della giustizia amministrativa
- 3. Considerazioni conclusive sul giudice amministrativo e il tradizionale principio della separazione dei poteri

CAPITOLO I

LA NASCITA DEL SOSTANZIALISMO DELLA GIURISPRUDENZA AMMINISTRATIVA

1. Il ruolo del giudice, la questione della interpretazione e il problema del metodo in un sistema giuridico che cambia

L'analisi del ruolo del giudice amministrativo in un sistema giuridico interessato da significativi cambiamenti e lo studio del particolare approccio sostanzialista alle nuove questioni giuridiche, che quei cambiamenti generano, deve prendere le mosse dall'esame di alcuni caratteri del positivismo giuridico, riconducibili al formalismo giuridico, sotto il profilo, in particolare, della interpretazione e del metodo giuridico giurisprudenziale¹.

Una tale premessa storico-scientifica appare necessaria per comprendere, innanzitutto, le ragioni per cui l'origine giurisprudenziale del diritto amministrativo italiano è stata spesso trascurata o sottovalutata. Ciò è dovuto, infatti, ad un difetto della cultura giuridica italiana, legata per molto tempo al positivismo e al normativismo giuridico, secondo cui la norma assume rilievo centrale, mentre il giudice è considerato come semplice "*bouche de la loi*".

In secondo luogo, una breve premessa sul positivismo giuridico risulta indispensabile anche per capire le ragioni delle reazioni a tale movimento e i caratteri della "rivolta antiformalistica", soprattutto in termini di realismo giuridico.

Infine, l'approfondimento del metodo positivista nell'approccio al diritto può aiutare a coglierne il superamento da parte della giurisprudenza amministrativa, attualmente sempre più distante da una "giurisprudenza dei concetti" e sempre più assimilabile, invece, ad una "giurisprudenza degli interessi".

¹ BOBBIO N., *Il positivismo giuridico*, Torino, 1996; ID., *Sul formalismo giuridico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1958, 998. Sulle diverse accezioni di forma, formalismo e formalismo giuridico si v. CAMMARATA A. E., *Formalismo giuridico*, in *Enc. dir.*, Milano, 1998, p. 1013 ss.; si v. TARELLO G., *Formalismo*, in *Nov. Dig. Italiano*, Torino, 1987, 571 ss.

Si deve sin da subito evidenziare tale concezione giurisprudenziale si basa su un particolare tipo di interpretazione delle norme, quella teleologica a cui è legato il concetto fondamentale di scopo e che ha spostato l'interesse dei giuristi e dei giudici dal cielo giuridico dei concetti ad una realistica considerazione dell'interpretazione².

Mentre nei capitoli successivi si cercherà di verificare in concreto il significato dell'assimilazione della giurisprudenza amministrativa attuale con la giurisprudenza degli interessi, in questa sede è necessario identificare le origini di tal movimento, soprattutto in rapporto con il metodo dogmatico del positivismo e del formalismo giuridico.

Il positivismo giuridico è fiorito nell'Europa continentale ed è profondamente legato alla nascita dello Stato moderno di diritto e all'epoca delle codificazioni del diritto, soprattutto civile. Nonostante le diverse origini e le diverse esperienze in Germania, Francia e Inghilterra, la dottrina del positivismo giuridico ha dei caratteri comuni, ben interpretati dalla teoria normativistica kelseniana e dalla concezione formalistica del diritto³.

Secondo tale impostazione, il diritto è un sistema di regole unitario, coerente e completo, in cui la legge costituisce la fonte di diritto per eccellenza e in cui sono assenti lacune normative. In tale contesto, la giurisprudenza svolge un'attività puramente dichiarativa o riproduttiva di un diritto preesistente e racchiuso in norme giuridiche già date, il cui contenuto si deve esplicitare con mezzi puramente logico-razionali. Si nega, quindi, ai giudici un ruolo creativo e il potere di fare eccezioni ad una regola in virtù degli scopi per i quali essa è stata posta o il potere di adattare i contenuti della norma alle mutate condizioni ed esigenze storico-sociali.

² Sulle diverse accezioni e funzioni della interpretazione si v. PARESCHE E., *Interpretazione*, in *Enc. dir.*, Milano, 1998, 152-238; ROTONDI M., *Interpretazione della legge*, in *Novissimo Digesto italiano*, Torino, 1987. Si v., anche BOBBIO N., GIANNINI M.S., CAPOGROSSI G., *Polemiche sull'interpretazione*, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, Milano, 1941. Sul significato e le origini della giurisprudenza nei diversi ordinamenti giuridici, anche con riferimento alla contrapposizione tra giurisprudenza dei concetti e giurisprudenza degli interessi si v. PUGLIATTI, *La giurisprudenza come scienza pratica*, in *Riv. it. scien. Giurid.*, 1950, 49 ss.; CALAMANDREI, *La funzione della giurisprudenza nel tempo recente*, in *Riv. trim.*, 1955, 252 ss.; GORLA G., *Giurisprudenza*, in *Enc. dir.*, Milano, 1998, 489 ss.; COLESANTI V., *Giurisprudenza*, in *Novissimo Digesto italiano*, Torino, 1987, 1101 ss.

³ KELSEN H., *La dottrina pura del diritto*, Einaudi, 1966; ID., *Il problema della giustizia*, Einaudi, 1975; ID., *Teoria generale delle norme*, Einaudi, 1985. Il positivismo e il formalismo giuridico sono considerate da BOBBIO, in *op. cit.*, "due dottrine che né s'identificano, né sono estranee l'una all'altra. Si tratta piuttosto di due dottrine diverse che hanno però molti punti in comune e che si accompagnano nel loro sviluppo storico.

Tutti i casi sono già giuridicamente regolati dal diritto positivo, per cui l'interpretazione è un'operazione puramente meccanica di applicazione delle categorie o concetti logico-razionali. Dal punto di vista del metodo, si parla di formalismo interpretativo nel senso che il compito dell'interprete è quello di rendere palese il significato delle norme con procedimenti di concettualizzazione che rifuggono da argomenti di tipo sostanziale come l'esame della funzionalità, delle conseguenze pratiche, del costo, della desiderabilità di soluzioni alternative e da giudizi di equità. Il metodo prevalente consiste, dunque, nell'ossequio al dato normativo, in un approccio formalistico al diritto e in un rigoroso metodo interpretativo, di tipo logico-sistematico, definito "dogmatica giuridica"⁴.

Agli inizi del novecento prendono piede una serie di correnti giuridiche che si pongono in contrasto con i postulati del positivismo e del formalismo giuridico. Tali correnti, provenienti soprattutto dai paesi anglosassoni, sono riconducibili ad un movimento definito realismo o antiformalismo giuridico, caratterizzato da un interesse per il diritto non nella forma della sua validità, bensì nella forma della sua efficacia⁵.

Secondo tale impostazione, il diritto è il complesso di regole che sono effettivamente seguite in una determinata società, da studiare non tanto dal punto di vista della realtà normativa quanto della realtà fattuale e dell'efficacia concreta delle norme e degli istituti giuridici. Le norme giuridiche sono, inoltre, quelle che i giudici applicano nell'esercizio delle loro funzioni, essendo peraltro possibile una modifica del loro contenuto. È evidente il riconoscimento del ruolo attivo e creativo della giurisprudenza e la valorizzazione del momento interpretativo, con una rottura netta rispetto alla rigorosa struttura sistematica del diritto, al dogmatismo e al metodo interpretativo logico-formale. Nell'interpretazione delle norme, non si usa solo il diritto positivo, ma si fa ricorso anche ad altre scienze che si interessano del diritto, si fa attenzione all'efficacia, al contesto storico e all'evoluzione delle esigenze sociali, alle conseguenze e alle questioni di policy delle regole. Il giudice diviene, dunque, interprete degli interessi della società.

⁴ Per una premessa storica e un'analisi del concetto di "dogmatica giuridica" si v. PIANO MORTARI V., *Premessa storica* e PARESCE E., *Dogmatica giuridica*, in *Enc. dir.*, Milano, 1998, p. 671-709.

⁵ TARELLO G., *Realismo giuridico*, in *Novissimo Digesto italiano*, Torino, 1987 TANZI A., a cura di, *L'antiformalismo giuridico. Un percorso antologico*, Milano, 1999; WHITE M., *La rivolta contro il formalismo*, Bologna, 1956

Si vedrà nel corso dell'analisi svolta in questo lavoro come tali caratteristiche appaiono quelle di un abito cucito su misura per la giurisprudenza amministrativa italiana nell'attuale momento storico.

La crisi del metodo dogmatico gius-positivista e il superamento della giurisprudenza dei concetti è ben rappresentato dalle vicende relative a R. V. Jhering, il quale da esponente della pandettistica tedesca è divenuto il promotore della giurisprudenza degli interessi.

Il giurista tedesco (1818-1892) ha individuato, in particolare, nello scopo del diritto il dato fondamentale per la sua comprensione, nonché il nesso che lo congiunge strettamente con la nozione di società, nel senso che gli scopi del diritto sono prevalentemente scopi sociali⁶.

Alle origini della giurisprudenza degli interessi sta il problema dell'apprezzamento dei singoli interessi che la norma mira a tutelare e dei contrasti tra interessi che la norma mira a disciplinare. La giurisprudenza degli interessi si pone, dunque, in contrasto con il positivismo giuridico, disinteressato a valutare gli interessi sostanziali delle norme, che rilevano da un punto di vista della validità. Tale contrasto è ancora più netto se si considera che per la giurisprudenza degli interessi, in tutti gli ordinamenti giuridici sono presenti lacune giuridiche che solo l'attività di individuazione degli interessi da parte dei giudici può colmare, con un metodo d'interpretazione empirico e sperimentale. Il giudice è chiamato, in particolare, a riconoscere in maniera storicamente esatta gli interessi reali che hanno ispirato la legge e a prendere in considerazione gli interessi riconosciuti nella decisione del caso concreto, secondo una concezione teleologica e pragmatica del diritto. Tutte le correnti riconducibili al realismo giuridico, con la giurisprudenza degli interessi in prima linea, riconoscono, dunque, un ruolo creativo del giurista e del giudice, il quale esercita una discrezionalità piuttosto elevata.

Un'opera di mediazione fra la tradizione giuridica gius-positivista e realista è stata realizzata da H. Hart (1907-1992), il quale ha riconosciuto una funzione sociale delle norme giuridiche, studiate tenendo conto ad un tempo della

⁶ Per un'evoluzione nella dottrina di Jhering si mettano a confronto *Lo spirito del diritto romano* e l'opera successiva *Lo scopo del diritto*. Il successore nella guida della corrente giuridica giurisprudenza degli interessi è Philipp Heck (1858-1943).

loro struttura formale e della realtà sociale a cui si riferiscono⁷. Il giurista elabora, inoltre, una teoria dell'interpretazione in cui «*il formalismo e lo scetticismo (antiformalismo) sulle norme sono le Scilla e Cariddi della teoria del diritto: esse sono delle grandi esagerazioni, salutari quando si correggono reciprocamente, e la verità sta in mezzo a loro*».

La cultura del positivismo e in certa misura del formalismo giuridico ha dominato i sistemi continentali di *civil law* anche dopo il periodo delle grandi codificazioni. È quanto avvenuto proprio in Italia, in cui tale cultura ha nutrito, soprattutto nel campo della giuspubblicistica, una dottrina prevalentemente dogmatica, in ossequio alla pandettistica tedesca, e ha rallentato il processo di riconoscimento della rilevanza della funzione pretoria della giurisprudenza⁸.

La necessità di integrare, superare, aggiornare il metodo giuridico è stato però avvertito da una parte della dottrina che molto ha contribuito e contribuisce tuttora al superamento di un approccio dogmatico e formale al diritto, a favore invece di un orientamento in cui il realismo si combina con un certo grado di formalismo e lo studio delle forme giuridiche deve avvenire senza mai trascurare i fenomeni giuridici e fattuali.

Il riferimento va principalmente ai grandi Maestri quali Santi Romano⁹, Mario Nigro, Massimo Severo Giannini e Sabino Cassese¹⁰.

⁷ HART H. L.A., *Il concetto di diritto*, Torino, 1991.

⁸ Per una disamina delle correnti formaliste e antiformaliste della dottrina e della giurisprudenza e per un'analisi del formalismo pratico nel diritto amministrativo si v. CIVITARE MATTEUCCI S., *La forma presa sul serio. Formalismo pratico, azione amministrativa ed illegalità utile*, Torino, 2006, 1-212.

⁹ Cfr. ROMANO S., *L'ordinamento giuridico*, Firenze, 1945, in cui espone la teoria istituzionale diritto, secondo cui il diritto coincide con l'istituzione e l'istituzione con la realtà giuridica.

¹⁰ Per un approfondimento della scienza giuridica nel nostro ordinamento si v. NIGRO M., *Scienza dell'amministrazione e diritto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civile*, 1968; CASSESE S., *Cultura e politica del diritto amministrativo. La scienza del diritto amministrativo tra l'impegno riformatore e la chiusura nella dogmatica: un bilancio della cultura giuridica da Romagnosi ad oggi*, Bologna, 1971; ID., *La cultura giuridica dagli anni sessanta a d oggi*, in *Riv. trim. di dir. e proc. civile*, 2004, n. 2, p. 371; ID., *Introduzione allo studio della normazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1992, 308 ss.; TORCHIA L., *La scienza del diritto amministrativo*, e D'ALBERTI M., *Gli studi di diritto amministrativo: continuità e cesure fra primo e secondo Novecento*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 4/2001; SANDULLI A., *Costruire lo Stato. La scienza del diritto amministrativo in Italia (1800-1945)*, Milano, 2009. Sul metodo giuridico nello studio del diritto pubblico tra impostazione positivista, in termini di formalismo, e suo superamento, in termini di antiformalismo realista si v. CATANIA A., *Formalismo e realismo nella metodologia giuridica. Riflessioni sul pensiero di Santi Romano* e FALZEA A., *Sistematica e teoria generale del diritto in Massimo Severo Giannini*, entrambi in *L'unità del diritto. Massimo Severo Giannini e la teoria giuridica*, a cura di CASSESE S., CARCATERRA G., D'ALBERTI M., BIXIO A., Bologna, 1994, 401 ss.; CASSESE S., *Il sorriso del gatto, ovvero dei metodi nello studio del diritto pubblico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 3/2006, 597 ss. secondo il quale il metodo tradizionale di studio del diritto persiste in Italia, è interessato da un parziale svuotamento dall'interno, come il

Con il superamento della dogmatica formalista, nasce in parallelo una nuova considerazione della giurisprudenza, la cui opera non è riducibile ad una mera applicazione del diritto, ben potendo il giudice integrare o addirittura creare il diritto. È quanto avvenuto in relazione alla giurisprudenza amministrativa e al suo ruolo decisivo nella formazione del diritto amministrativo.

2. La creazione giurisprudenziale del diritto amministrativo: il ruolo decisivo del Consiglio di Stato

Il diritto amministrativo nasce come diritto non codificato, la cui genesi è prettamente giurisprudenziale, sebbene per lungo tempo non si sia riconosciuto il ruolo creativo del Consiglio di Stato¹¹.

Il Consiglio di Stato è, in particolare, un giudice speciale, preposto alla tutela di situazioni giuridiche soggettive – gli interessi legittimi e, in particolari materie, i diritti soggettivi (art. 103 Cost)– che si relazionano con l’esercizio del potere pubblico, in un’ottica di tutela della “giustizia nell’amministrazione” (art. 100 Cost.)¹².

sorriso del gatto rimane ed è visibile, dopo che il gatto del Cheshire se n’è andato. Sono, infatti, a lavoro tre forze la cui azione è eversiva rispetto all’impianto tradizionale: il diritto europeo e globale; la comparazione giuridica e la politica del diritto nella duplice accezione di scienza politica del diritto e di politica legislativa o giudiziaria.

¹¹ Sulla formazione giurisprudenziale del diritto amministrativo e sul ruolo creativo del Consiglio di Stato si v. CASSESE S. *Il Consiglio di Stato come creatore di diritto e come amministratore*, in *Le grandi decisioni del Consiglio di Stato*, a cura di PASQUINI G., SANDULLI A., Milano, 2001, 1 ss.; ID., *Problemi delle ideologie dei giudici*, in *riv. trim. dir. proc. civ.*, 1969, 413 ss.; MERUSI F. *Sullo sviluppo giurisprudenziale del diritto amministrativo italiano* e GALANTINO L., *Formazione giurisprudenziale dei principi di diritto amministrativo italiano*, entrambi in AA.VV. *Legge, giudici, politica. Le esperienze italiana ed inglese a confronto*, in *Quaderno della Scuola superiore di studi universitari e di perfezionamento*, Milano, 1983; D’AMELIO P., *La formazione giudiziale del diritto amministrativo*, in *Foro amm.*, 1969, III, 118 ss.; GIANNINI M.S., *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, I, in *Riv. dir. proc.*, 1963, 533 ss.; D’ALBERTI M., PAJNO A., *Il giudice amministrativo tra tutela giurisdizionale e creazione giurisprudenziale*, in *Diritto giurisprudenziale*, a cura di BESSONE M., Torino, 1996, 301 ss.; SANDULLI A., *Il giudice amministrativo e la sua giurisprudenza*, in *Il diritto pubblica nella seconda metà del XX secolo*, a cura di CASSESE S. Milano, 2002, 1373 ss, il quale distingue tre fasi storiche di attività creativa del diritto da parte del giudice amministrativo: una “fondante” a cavallo tra il XIX e il XX secolo; una di tipo “ordinatrice” nel secondo dopoguerra ed una “interstiziale” a partire dagli ultimi dieci anni del secolo scorso. Per un’ulteriore periodizzazione dell’attività giurisdizionale del Consiglio di Stato, si rinvia a PASQUINI G., SANDULLI A., *Introduzione*, in *Le grandi decisioni del Consiglio di Stato*, cit., 7 ss. Nel campo del diritto costituzionale, invece, si v. CHELI E., DONATI F., *La creazione giudiziale del diritto nelle decisioni dei giudici costituzionali*, in *Dir. pubbl.*, n. 1/2007

¹² Per uno studio storico del Consiglio di Stato si v. MELIS G., *Il Consiglio di Stato nella storia d’Italia, Biografie dal 1861 al 1948*, Milano, 2006; PALEOLOGO G., *Consigli di Stato di Francia e d’Italia*, a cura di, Milano, 1998; BARBAGALLO G., *La giustizia amministrativa, sistemi monisti e dualisti a confronto. La giurisdizione del Consiglio di Stato dalle origini al 1923*

La specialità è rafforzata dalla duplicità della funzione del Consiglio di Stato che, in base all'art. 100 primo comma della Costituzione, è indicato anche quale organo di consulenza giuridico-amministrativa del Governo¹³.

Nel nostro ordinamento giuridico, il Consiglio di Stato, sin dall'inizio della attività della Quarta Sezione giurisdizionale, ha progressivamente accentuato l'esercizio della funzione garantista in tutti i settori dell'attività amministrativa, non limitandosi, peraltro, ad applicare le norme giuridiche al caso concreto, secondo l'impostazione giuspositivista descritta nel paragrafo precedente, o a sindacare la legittimità dell'uso del potere pubblico caso per caso.

Il Consiglio di Stato ha fatto molto di più. Ha, innanzitutto, identificato i principi generali del diritto amministrativo che, da semplici parametri di risoluzione di conflitti, sono lentamente divenuti regole di comportamento alle quali la pubblica amministrazione si adegua nello svolgimento delle sue funzioni istituzionali.

Ha elaborato i criteri di valutazione del potere amministrativo sviluppando soprattutto il concetto di eccesso di potere ed estendendo, tramite le figure sintomatiche, il proprio sindacato sull'azione amministrativa anche in termini sostanziali (per approfondimenti, anche bibliografici, sul punto di rinvia a capitolo II, sezione II, par. 2.1)

Ha creato o sviluppato regole speciali per i rapporti o i conflitti tra amministrazione e cittadino, diverse da quelle caratteristiche del diritto privato¹⁴.

nel Regno di Sardegna e nel Regno d'Italia, in www.giustizia-amministrativa.it La funzione del giudice amministrativo di garanzia della giustizia nell'amministrazione è riconosciuta anche dalla Corte costituzionale nelle sentenze 204/2004 e 191/2006, in base a cui il giudice amministrativo è giudice naturale della legittimità della funzione amministrativa. Per un approfondimento sull'evoluzione in concreto della funzione consultiva e giurisdizionale del Consiglio di Stato e sui dati statistici relativi alla giustizia amministrativa, si rinvia alle relazioni annuali *sullo stato della Giustizia amministrativa* e ai resoconti delle cerimonie d'insediamento dei Presidenti del Consiglio di Stato che si sono avvicendati negli anni, consultabili sul sito www.giustizia-amministrativa.it

¹³ Sul ruolo del Consiglio di Stato in Italia si v. GIANNINI M. S., *La funzione del giudice nella società contemporanea*, in Scritti in onore a MS GIANNINI, Milano, VI, 271 ss. GIANNINI M.S., *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, Parte I e II in Riv. trim. dir. proc. civ. 1963, 1964, anche in Scritti, V, 225 ss.; NIGRO M., *Il Consiglio di Stato giudice e amministratore (aspetti di effettività dell'organo)* in Riv. trim. dir. e proc. civile, 1974, 1371 ss.; ID., *Silvio Spaventa e la giustizia amministrativa come problema politico*, in Riv. tri. Dir. pubbl., 1970, 715 ss.; ROMEO G., *Il giudice amministrativo nella società post-moderna*, in Dir. proc. amm. 1997; CASSESE S. *Il Consiglio di Stato come creatore di diritto e come amministratore*, in *Le grandi decisioni del Consiglio di Stato*, a cura di PASQUINI G., SANDULLI A., Milano, 2001, 1 ss.; ID., a cura di, *Il Consiglio di Stato e la riforma costituzionale*, Milano, 1997. Per un'analisi delle principali tematiche affrontate dal Consiglio di Stato nei primo centocinquanta anni di attività, si v. i singoli contributi contenuti in *Studi per il cento cinquantenario del Consiglio di Stato*, Roma, 1981. Per un'analisi comparata tra il "Conseil d'Etat" e Consiglio di Stato si v. MENY Y., a cura di, *Il Consiglio di Stato in Francia e in Italia*, Il Mulino, 1994.

Il Consiglio di Stato si è impegnato, dunque, a costruire l'intelaiatura generale del diritto amministrativo, a stabilire le regole di condotta per la pubblica amministrazione, spesso fatte proprie, in seconda battuta, dal legislatore stesso e a garantire le situazioni giuridiche soggettive individuali tutelate di fronte all'esercizio dei pubblici poteri.

Nonostante il ruolo creativo del Consiglio di Stato, in contrasto con l'impostazione positivista della giurisprudenza, il giudice amministrativo ha seguito, almeno nella fase di formazione del diritto amministrativo, un approccio metodologico formale, ma non formalistico, dovuto principalmente al fatto di avere di fronte un'amministrazione intesa in senso weberiano come potere legale-razionale.

A seguito delle profonde trasformazioni nell'ordinamento giuridico nazionale e della diversa configurazione dei poteri pubblici, come si vedrà nel paragrafo successivo, il giudice amministrativo si è trovato di fronte all'esigenza di adattare il diritto amministrativo generale, già in parte formato, alle novità sostanziali e alle nuove esigenze sociali¹⁵. Il giudice amministrativo è, infatti, un "formante dell'ordinamento" (IRTI), che non si limita ad applicare le regole ma contribuisce alla loro evoluzione nel diritto vivente.

Il ruolo del Consiglio di Stato anche in questo frangente di cambiamenti sostanziali è stato ed è tuttora decisivo. Non viene più tanto in rilievo la funzione creativa, quanto piuttosto il mutamento del metodo giuridico, attualmente riconducibile ad un'interpretazione antiformalistica del diritto, secondo cui il contenuto e gli interessi devono prevalere sulle forme, e ad un sostanzialismo pubblicistico delle nuove fattispecie giuridiche.

Con il presente lavoro si cercherà di rilevare in concreto il mutamento dell'approccio al diritto del giudice amministrativo, in connessione permanente

¹⁴ CASSESE S., *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 2006 ritiene che "la specialità del diritto amministrativo è stata a lungo funzionale, nel passato, alla supremazia dell'amministrazione, intesa come apparato esecutivo del governo; più tardi, al fine di assicurare la realizzazione dell'interesse pubblico e la sua preminenza rispetto ai privati. Ora la specialità del diritto amministrativo serve principalmente a tutelare le posizioni e le situazioni giuridiche soggettive dei privati nei confronti dei soggetti pubblici che, per le loro funzioni, sono dotati di poteri non comuni, nei confronti dei quali va assicurata una tutela speciale".

¹⁵ CALABRO' C., *Il Consiglio di Stato alle soglie del 2000*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 4/2000, p. 407 ss. CASSESE S., *Il sorriso del gatto ovvero dei metodi di studio del diritto pubblico*, in *Riv. Trim. dir. pubbl.*, n.3/2006, p. 597-611; TORCHIA L., *Diritto amministrativo, potere pubblico e società nel terzo millennio o della legittimazione inversa*, in *Il diritto amministrativo oltre i confini*, Milano, 2008

con le norme, l'amministrazione, la dottrina, gli altri plessi giurisdizionali e la società civile, evidenziando, laddove necessario, i punti deboli e la pericolosità insita nel sostanzialismo giurisprudenziale a più facce.

3. Le trasformazioni sostanziali del diritto amministrativo e la nascita del sostanzialismo della giurisprudenza amministrativa

Il sistema giuridico italiano è stato ed è tuttora interessato da rilevanti mutamenti che hanno “decostruito” il diritto amministrativo sostanziale, imponendo al giudice amministrativo la necessità di adeguare il diritto alla realtà sociale e di cambiare rotta nell'analisi dei nuovi fenomeni giuridici, al fine di garantire una tutela giurisdizionale effettiva e sostanziale¹⁶.

Analizzare i fattori di cambiamento dell'amministrazione e del diritto amministrativo significa, dunque, studiare i fattori propulsivi dell'atteggiamento sostanzialista dei giudici amministrativi. Le profonde trasformazioni cui si fa riferimento sono molteplici, eterogenee e sono stimulate da mutamenti interni spontanei o indotti da ordinamenti giuridici esterni.

Sul versante interno, si pensi, in primo luogo, alla trasformazione in senso pluralista dello Stato e della società civile e al passaggio dallo Stato liberale classico allo Stato sociale di diritto¹⁷. All'amministrazione che agisce con autorità, si aggiunge, dunque, l'amministrazione che eroga, da valutare non più solo per la legittimità della sua azione, ma per la bontà, la qualità e l'efficacia dei suoi risultati.

¹⁶ Per cogliere appieno le trasformazioni del sistema amministrativo italiano, in generale, e del diritto amministrativo, in particolare si v. CASSESE S., a cura di, *Il sistema amministrativo italiano*, Bologna, 1983; ID., *I caratteri originari e gli sviluppi attuali dell'amministrazione pubblica italiana*, in *Quaderni costituzionali*, n. 3/1987, 449 ss.; ID., *Crisi e trasformazioni del diritto amministrativo*, in *Giorn. dir. amm.*, n.9/1996, 869-972; ID., *Le trasformazioni del diritto amministrativo dal XIX al XXI secolo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 1/2002, 27-40; ID., *La costruzione del diritto amministrativo. Francia e Regno Unito*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di CASSESE S., Parte generale, I, Milano, 2003, 1 ss.; ID., *Tendenze e problemi del diritto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* n. 4/2004, 901-912. Da ultimo, in ordine temporale, si v. TORCHIA L., a cura di, *Il sistema amministrativo italiano*, Bologna, 2009, 23 ss.

¹⁷ Per un'analisi degli elementi di forma e sostanza che nello Stato di diritto s'intrecciano sempre più si v. BERTI G., *Stato di diritto informale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1992, 3 ss. secondo il quale si deve favorire l'ingresso dell'informale nel diritto e nello Stato se esso rappresenta il passaggio verso forme giuridiche meno invadenti, nemiche del privilegio e alleate invece delle libertà e dei diritti delle persone

Dal punto di vista esterno, i processi di globalizzazione e di integrazione europea hanno provocato un fenomeno di valorizzazione del ruolo del giudice nazionale ed un decisivo fattore di stimolo per un approccio sostanzialista dello stesso al diritto. Il giudice nazionale amministrativo è chiamato sempre più spesso ad applicare regole e principi di matrice ultrastatale per risolvere controversie interne o a vocazione transnazionale e a garantirne l'*enforcement*, come avviene ad esempio nel settore antitrust. Il giudice amministrativo dialoga, inoltre, sempre con maggiore frequenza con le corti sovranazionali, in particolare con la Corte di giustizia dell'Unione europea, che ha influenzato il giudice nazionale anche dal punto di vista metodologico¹⁸. Il giudice europeo ha, infatti, un approccio sostanzialista/funzionalista, volto a dare prevalenza al principio dell'effetto utile e al principio della libera concorrenza a prescindere dalle forme privatistiche o pubblicistiche e dalle garanzie formali stabilite negli ordinamenti nazionali.

Il sostanzialismo del giudice europeo e le differenze rispetto a quello nazionale saranno analizzate, in particolare, con riferimento alla nozione di organismo di diritto pubblico, amministrazione aggiudicatrice ed ente aggiudicatore nel capitolo sull'organizzazione e sui contratti pubblici.

Talvolta, il diritto sovranazionale impone la pienezza e l'effettività della tutela, spingendo l'ordinamento interno a incrementare i poteri e la giurisdizione del giudice amministrativo, come avvenuto nel caso della direttiva ricorsi sulla questione della sorte del contratto a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione.

Dagli ordinamenti ultrastatali provengono, inoltre, spinte verso fenomeni di liberalizzazione, privatizzazione, semplificazione e addirittura de-formalizzazione dell'attività amministrativa, che a loro volta pongono un problema di "embricazione" tra diritto pubblico e privato, tra forma e sostanza, a

¹⁸ FALCON G., *Separazione e coordinamento tra giurisdizioni europee e giurisdizioni nazionali nella tutela avverso gli atti lesivi di situazioni soggettive europee*, in *Riv. dir. pubbl. comun.* N. 2/2004, 1153 ss.; DE PRETIS D., *La tutela giurisdizionale amministrativa in Europa fra integrazione e diversità*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2004, 2 ss.; SANDULLI A., *La Corte di giustizia europea ed il dialogo competitivo tra le corti*, in www.irpa.eu; DELLA CANANEA G., *La "lingua" dei diritti nel dialogo tra le corti nazionali ed europee: permanenze o discontinuità?* In <http://www.grupposanmartino.it/dellaCananaeaBarcelona.pdf>; CASSESE S., *I tribunali di Babele. I giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale*, Donzelli, 2009.

cui il giudice amministrativo ha reagito con un approccio nettamente sostanzialista¹⁹.

Il ricorso a strumenti di diritto privato ha, quindi, assunto in tempi recenti una estensione ed una consistenza prima sconosciute, in ragione sia dei processi di privatizzazione di molti apparati ed attività pubbliche, sia del processo di integrazione europeo.

Come si vedrà nello specifico capitolo sull'organizzazione, negli ultimi anni, le riforme amministrative hanno condotto, infatti, alla privatizzazione di molti enti pubblici, cui rimangono affidate le funzioni prima svolte sotto il regime pubblicistico, all'esternalizzazione di molti compiti, prima propri dell'amministrazione, ora affidati a soggetti terzi in particolare di diritto privato appositamente costituiti per legge, ovvero operanti sul mercato. Le prestazioni di servizi pubblici sono erogate da amministrazioni pubbliche e soggetti privati, in attuazione del principio di sussidiarietà orizzontale, e le imprese pubbliche sono libere di concorrere nella fornitura di prestazioni essenziali per la collettività anche grazie ai principi comunitari di libera circolazione e di concorrenza che hanno ridotto nel campo economico la possibilità per lo Stato di riservarsi l'assolvimento di missioni d'interesse generale²⁰.

Il ruolo del giudice amministrativo aumenta, inoltre, in un sistema, quale quello italiano, in cui la legislazione ha perso in gran parte le sue caratteristiche di generalità e astrattezza e il principio di legalità ha perso l'ancoraggio al diritto statale e il ruolo fondamentale di guida e parametro della legittimità dell'azione amministrativa (si v. capitolo III, sezione I).

Sebbene la crescita del potere giudiziale segni in qualche modo una frattura con la tradizione giuridica e politica dello Stato di diritto continentale e un avvicinamento alle esperienze di *common law*, ciò non autorizza a considerare

¹⁹ Per una separazione dei due rami del diritto si v. PUGLIATTI S., *Diritto pubblico e diritto privato*, in *Enc. dir.*, Milano, 1998, 696 ss. Per una commistione tra diritto pubblico e diritto privato si v. CASSESE S., *Le basi costituzionali*, Garzanti, 1995; NIGRO M., *L'azione dei pubblici poteri. Lineamenti generali*, in *Scritti giuridici*, III, 1589 ss.

²⁰ cfr. S. GIACCHETTI, *Dalla "amministrazione di diritto pubblico" allo "amministrare nel pubblico interesse"*, in *Foro amm. CdS*, 2006, 7-8, 2349 ss. FRANCHINI C., *Tendenze recenti dell'amministrazione italiana e accentuazione delle "interferenze" tra diritto pubblico e diritto privato*, in *Foro amm.*, 1994, 240 ss. per la giurisprudenza del giudice amministrativo si rinvia all'analisi di D'ALBERTI M., *La giurisprudenza amministrativa negli anni trenta*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XX, n. 2, dicembre 1990, 435 ss.

decaduto il vincolo del giudice al diritto o il principio di legalità. Si tratta soltanto di un cambiamento del ruolo, dei parametri e del metodo giurisprudenziale.

In definitiva, la giustizia amministrativa si è trovata di fronte a un progressivo ritiro dello Stato e dei pubblici poteri dall'economia, almeno dal punto di vista formale, ad un complesso intreccio di rapporti tra pubblico e privato e ad una realtà giuridica, economica e sociale sempre più complessa e diversificata.

In tale contesto, il giudice amministrativo svolge un ruolo sempre più importante di supplenza del legislatore e da giudice naturale dell'esercizio del potere pubblico diventa un vero e proprio “*giudice dell'economia*”²¹, chiamato a bilanciare interessi pubblici molteplici, eterogenei e non gerarchizzati, in un'ottica di efficienza nel raggiungimento dell'interesse pubblico ritenuto di volta in volta prevalente, senza mai tralasciare la necessaria garanzia del principio della massima concorrenza nel mercato.

Stabilito il ruolo del giudice amministrativo, si rende necessario uno studio specifico sul metodo giuridico, gli strumenti di analisi e di interpretazione, adottati di fronte ai nuovi fenomeni giuridici. A tal proposito si può parlare di sostanzialismo della giurisprudenza amministrativa, nelle diverse accezioni che si diranno nel successivo paragrafo, perché il giudice amministrativo sceglie di dare prevalenza alla soddisfazione concreta dell'interesse pubblico e dell'interesse sostanziale di colui che chiede giustizia e a tal fine attinge alla sostanza del fenomeno giuridico, a prescindere dalle qualificazioni formali o dal rispetto delle forme imposte dal legislatore. Secondo il giudice amministrativo, la sostanza non è un concetto neutro, perché coincide quasi sempre con le regole e le categorie pubblicistiche (come per le figure soggettive a seguito della privatizzazione), o va a vantaggio della pubblica amministrazione (come nel caso dei vizi formali non invalidanti).

Un tale orientamento è comprensibile anche nell'ottica di un'autoconservazione del sistema e del potere giurisdizionale, ma contiene in sé una molteplicità di profili critici, che si sviscereranno nello specifico nel corso della trattazione. Sin da subito si può evidenziare che tale metodo, seguito per stare al passo con una realtà giuridica in continua evoluzione, tende a valorizzare

²¹ Cfr. DE LISE P., *La pienezza della tutela del cittadino come obiettivo “condiviso” delle magistrature supreme*, in www.giustamm.it (giugno 2007)

in modo selettivo solo alcuni elementi di tale realtà, svilendone, invece, altri, quali il rispetto di forme essenziali o di obblighi procedurali legali. Si tratterebbe, quindi, di un metodo con cui la realtà giuridica viene colta solo in modo solo parziale.

4. Un'introduzione sul metodo di analisi e le diverse chiavi di lettura del sostanzialismo giurisprudenziale

Si è visto nei paragrafi precedenti che il concetto di giurisprudenza e il ruolo del giudice mutano fisionomia e funzione in relazione ad elementi endogeni o esogeni all'ordinamento giuridico. Gli stessi concetti e termini di forma e sostanza, formalismo e sostanzialismo, sono termini elastici, polisenso e polifunzionali. Ciò che è forma e ciò che è sostanza sono più volte mutati e la forma può essere considerata anche sostanza del diritto e viceversa.

La relatività e la meta-giuridicità dei concetti di forma e sostanza impongono, in particolare, di evidenziare sin da subito che con il termine sostanzialismo della giurisprudenza amministrativa s'intende far riferimento a un particolare approccio del giudice alle attuali problematiche giuridiche, sottoposte alla sua attenzione. Tale metodo interpretativo si declina, inoltre, in una pluralità di diverse chiavi di lettura che, per comodità espositiva e per affinità nell'uso del concetto di forma contrapposta alla sostanza, sono racchiuse e descritte con il termine "sostanzialismo".

Bisogna considerare anche che il diritto giurisprudenziale è poroso e si alimenta degli stimoli che provengono dall'ordinamento interno (legge, scienza giuridica, potere amministrativo e giurisprudenza dei giudici appartenenti a diversi plessi giurisdizionali) e dagli ordinamenti sovranazionali (norme e giudici ultrastatali). Ne consegue che l'analisi del sostanzialismo giurisprudenziale è condotta in costante dialettica con tali elementi.

Per comprendere le diverse chiavi di lettura del sostanzialismo ed i relativi significati usati in questo lavoro è necessario delineare in anticipo gli ambiti di applicazione pratica.

Nel capitolo secondo, si esaminerà nello specifico l'interazione sempre più stretta fra diritto privato e diritto pubblico nell'organizzazione amministrativa soprattutto a seguito delle privatizzazioni.

In tale contesto, il giudice amministrativo ha contribuito ad una nozione sostanziale di pubblica amministrazione ed a una rimodulazione del concetto di organizzazione amministrativa, in cui ricomprendere la pluralità delle nuove figure soggettive legate, in modo invero sempre meno stretto, al potere o ad un interesse pubblico. Il giudice ha guardato, dunque, alla sostanza pubblicistica dei nuovi soggetti giuridici (ad esempio, enti pubblici privatizzati, società per azioni con partecipazione pubblica, concessionari privati di servizi pubblici) ed ha valorizzato gli elementi pubblicistici delle fattispecie per continuare ad applicargli le regole pubblicistiche anche al di là di quanto previsti o richiesto dalla *ratio* del legislatore. La vicenda dell'organismo di diritto pubblico è, inoltre, paradigmatica di un sostanzialismo del giudice amministrativo che ha esteso l'applicazione di regole pubblicistiche anche al di là di quanto richiesto dal legislatore e dalla natura funzionale della nozione, elaborata in ambito europeo per consentire solo l'estensione della normativa sugli appalti pubblici.

Sostanzialismo indica, dunque, la prevalenza che il giudice amministrativo attribuisce alla sostanza pubblicistica di fattispecie pur caratterizzate da rilevanti, non solo dal punto di vista formale, elementi privatistici. Tale approccio, in parte giustificabile con l'esigenza di fornire al cittadino le garanzie del pubblico, in realtà si è tradotto spesso in una ripubblicizzazione sostanziale delle figure soggettive private o privatizzate, a cui è stato applicato in modo generalizzato ed indiscriminato il regime pubblicistico.

In questo capitolo, si analizzerà, inoltre, il rilievo del sostanzialismo degli altri giudici (europeo, costituzionale, contabile e della giurisdizione), come nel caso delle società pubbliche e della questione della responsabilità degli amministratori, che sarà messo a raffronto con quello del giudice amministrativo per evidenziarne i collegamenti e le differenze.

L'analisi è integrata, inoltre, dagli aggiornamenti giurisprudenziali e normativi che, come nel caso, delle società pubbliche cercano di mettere ordine in una materia in cui il sostanzialismo del giudice amministrativo ha contribuito ad un certo grado di disordine.

La prima chiave di lettura del sostanzialismo è, dunque, l'estensione della specialità del diritto amministrativo nel rapporto pubblico-privato, che caratterizza l'attuale organizzazione amministrativa.

Nel secondo capitolo, relativo all'attività amministrativa, si analizzeranno nel dettaglio gli orientamenti giurisprudenziali sostanzialisti con riferimento ai principi generali del diritto amministrativo, al procedimento e provvedimento amministrativo ed, infine, ai contratti pubblici.

Quanto ai principi, l'analisi si concentrerà sul ruolo creativo del giudice amministrativo dei principi fondamentali che devono guidare l'azione amministrativa, e sul cambiamento del principio di legalità, interpretato sempre più in modo sostanziale. La legge non viene vista più soltanto come parametro formale per la valutazione della legittimità dell'attività amministrativa, ma soprattutto come indice degli scopi che la pubblica amministrazione deve raggiungere. Il sindacato giurisdizionale diventa, dunque, un controllo sul raggiungimento degli obiettivi da parte della pubblica amministrazione ed assumono sempre maggiore rilievo i principi/parametro dell'efficacia, efficienza ed economicità.

Quanto al procedimento e al provvedimento amministrativo, il sostanzialismo del giudice amministrativo si appunta principalmente sulla questione dell'irrilevanza dei vizi formali. In tale contesto, il bilanciamento tra garantismo (con riferimento alle garanzie formali previste dalla legge) ed efficienza (intesa come snellimento delle forme) viene risolto quasi sempre a favore della seconda esigenza, ormai in virtù dell'art. 21 *octies*.

Il giudice ha interpretato tale norma talvolta in modo più estremo, applicandola ad esempio anche all'obbligo formale della motivazione, stabilendo, dunque, il principio della strumentalità delle forme rispetto alla conservazione del contenuto del provvedimento. È evidente che forma e sostanza hanno in questo contesto un significato ben diverso rispetto a quello visto in relazione all'organizzazione. In ambedue i casi, però, il giudice ha stabilito la prevalenza generalizzata della sostanza (pubblicistica o del contenuto del provvedimento) che è andata a vantaggio del regime pubblicistico o della pubblica amministrazione.

In relazione ai contratti pubblici, il sostanzialismo del giudice amministrativo presenta entrambe le sfaccettature descritte. Con riferimento alle procedure ad evidenza pubblica e alla questione della sorte del contratto in caso di annullamento dell'aggiudicazione, il giudice amministrativo tende ad estendere il regime e le garanzie pubblicistiche agli elementi civilistici della fattispecie. Tale orientamento è, peraltro, ormai da considerare pacifico a fronte della direttiva

europea c.d. ricorsi e del legislatore nazionale che, in virtù della prevalenza da attribuire alla effettività della tutela, assegna al giudice amministrativo la cognizione anche sugli effetti del contratto.

In tale contesto, il sostanzialismo è evidente anche a fronte dell'estensione delle regole di evidenza pubblica a soggetti formalmente privati, o nell'inclusione dei soggetti pubblici, quali le Università, nel novero dei soggetti che possono partecipare alle gare. Tale orientamento si giustifica con la prevalenza assegnata al principio della tutela della concorrenza dall'ordinamento europeo che, nell'ordinamento nazionale si traduce, secondo il giudice, nel principio della massima estensione delle regole pubblicistiche sull'evidenza pubblica e nella massima partecipazione alle gare pubbliche.

In riferimento ai contratti pubblici, il giudice amministrativo è sostanziale anche nel senso che le prescrizioni o gli adempimenti formali sono spesso considerati non essenziali e cedevoli di fronte al prevalente interesse pubblico e interesse sostanziale del privato alla conclusione del contratto.

Dopo aver analizzato nello specifico gli orientamenti descritti (nei capitoli II e III), si cercheranno di trarre alcune conclusioni, soprattutto sul rapporto tra norma e sentenza, per capire, anche alla luce delle novità legislative in tema di processo amministrativo, il nuovo corso della giustizia amministrativa.

CAPITOLO II

PUBBLICO E PRIVATO NELL'ORGANIZZAZIONE AMMINISTRATIVA. L'APPROCCIO SOSTANZIALISTA DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO

1. Le trasformazioni nell'organizzazione amministrativa e la nozione sostanziale di pubblica amministrazione

L'evoluzione della pubblica amministrazione, specialmente nell'ultimo ventennio, è stata caratterizzata da una generale riorganizzazione dei pubblici poteri, le cui ragioni vanno principalmente ricercate nella complessità assunta dalla società civile, che ha determinato una diversificazione degli interessi pubblici, nell'appartenenza all'ordinamento europeo, che ha proiettato l'amministrazione oltre i confini nazionali, e nei processi interni di privatizzazione di soggetti o attività, che anche sulla spinta del diritto europeo hanno consentito una significativa penetrazione di moduli privatistici nell'organizzazione amministrativa. Questi fenomeni hanno modificato la concezione tradizionale dell'amministrazione pubblica, intesa in senso compatto, gerarchico e autoritario, determinando la disarticolazione dei poteri pubblici, la pluralizzazione delle forme giuridiche soggettive, la frammentazione delle soluzioni organizzative e l'attrazione nell'area privatistica di una rilevante parte dell'organizzazione e dell'attività dei poteri pubblici²².

²² CASSESE S., *Le trasformazioni dell'organizzazione amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1985, p. 376 ss.; ID., *Le privatizzazioni: arretramento o riorganizzazione dello Stato?* in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1996; ID., *Le basi del diritto amministrativo*, Milano, 1995; ID. *Lo Stato "pluriclasse"* in Massimo Severo Giannini in CASSESE S., CARCATERRA G., D'ALBERTI M., BIXIO A., a cura di, *L'unità del diritto. M.S. Giannini e la teoria giuridica*, Bologna, 1994; BERTI G., a cura di, *Pubblica amministrazione e modelli privatistici*, Bologna, Il Mulino, 1993; ID., *Il dedalo amministrativo e il diritto*, in *Scritti in onore di F. Benvenuti*, in *Jus*, 1996, p. 283 ss.; CLARICH M., *Privatizzazioni e trasformazioni in atto nell'organizzazione amministrativa italiana*, in *Dir. amm.*, 1995, p. 519 ss.; PIOGGIA A., *La competenza amministrativa. L'organizzazione amministrativa fra specialità pubblicistica e diritto privato*, Torino, 2001; ROMANO A., *I soggetti e le situazioni giuridiche soggettive del diritto amministrativo*, in *Dir. amm.*, a cura di L. MAZZAROLLI E ALTRI; ROSSI G., *Le gradazioni della natura giuridica pubblica*, in *astridonline.it*; TORCHIA L., *Diritto amministrativo, potere pubblico e società nel terzo millennio o della legittimazione inversa*, FRANCHINI C., *Giustizia e pienezza della tutela nei confronti della pubblica amministrazione*, NAPOLITANO G., *Dal diritto pubblico*

Il quadro organizzativo e funzionale della pubblica amministrazione è complicato dall'affidamento di attività di rilievo pubblicistico a soggetti privati, in ossequio al principio costituzionale della sussidiarietà orizzontale (art. 118 Cost. ult. comma), volto a valorizzare l'iniziativa privata²³. Si pensi ad esempio, al fenomeno della esternalizzazione di funzioni pubbliche, spesso svolte, però, con risorse economiche di provenienza pubblica e sotto indirizzo e controllo di enti pubblici o anche all'emergere di forme di collaborazione pubblico-privato nell'esercizio di funzioni amministrative, nell'approvvigionamento di beni, servizi e forniture e, infine, nella gestione dei servizi pubblici.

E' evidente che la più recente evoluzione dell'ordinamento ha superato la tradizionale netta distinzione tra l'area del pubblico e quella del privato e la conseguente corrispondenza biunivoca tra la natura pubblica dell'attività e del soggetto, sempre associata alla spendita di una potestà pubblicistica. Il diritto amministrativo è attualmente caratterizzato da una crescente "embricazione" di diritto pubblico e privato e l'intervento pubblico nell'economia è cambiato – da Stato imprenditore a Stato regolatore –, si combina con l'iniziativa privata ed agisce sempre più con gli strumenti e secondo le regole dello *ius privatorum*²⁴.

Si pensi ad esempio al processo di privatizzazione formale che ha comportato una perdita di centralità della forma dell'ente pubblico a favore della diffusione del modulo organizzativo societario, caratterizzato dalle forme e le strutture tipiche del diritto privato, e che, in una prospettiva sostanziale, implica

dell'economia all'economia del diritto pubblico, in *Il diritto amministrativo oltre i confini*, Milano, 2008.

²³ ALBANESE A., *Il principio di sussidiarietà orizzontale: autonomia sociale e compiti pubblici*, in *Dir. pubbl.*, 2002; CLARICH M. e TORCHIA L., *Principio di sussidiarietà e sistema amministrativo nel nuovo quadro costituzionale*, in *Il sistema amministrativo dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, a cura di BERTI G. e DE MARTIN G.C., Roma, 2002; MALTONI A., *Il conferimento di potestà pubbliche ai privati*, in *Sistemi del diritto amministrativo italiano*, diretto da SCOCA F.G., ROVERSI MONACO F.A., MORBIDELLI G., Torino, 2005,

²⁴ La possibilità per la pubblica amministrazione di utilizzare strumenti di diritto privato, quali il contratto o la società, se pur sottoposta a condizioni, è sempre stata riconosciuta anche dal giudice amministrativo (si v. ad esempio la sentenza sugli paritetici, Cons. St. n. 795/1939) ed è oggi sancita espressamente da una norma (l'articolo 1, comma 1 *bis* della legge n. 241/1990) di natura, dunque, meramente ricognitiva. Sull'embricazione del diritto pubblico e privato si v. CASSESE S., *Le basi del diritto amministrativo*, Milano, 1995; NAPOLITANO G., *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003, ID., *Dal diritto pubblico dell'economia all'economia del diritto pubblico*, in *Il diritto amministrativo oltre i confini*, cit.. MARZUOLI C., *Le privatizzazioni fra pubblico come soggetto e pubblico come regola*, in *Dir. pubbl.*, 1995, 393 ss. Sul cambiamento dell'intervento pubblico in economia, in termini di Stato gestore, si v. CASSESE S., a cura di, *la nuova costituzione economica*, Roma-Bari, 2008; LA SPINA A., MAJONE G., *Lo Stato regolatore*, Bologna, 2000; PISANESCHI A., *Dallo Stato imprenditore allo Stato regolatore. E ritorno?*, Torino, 2009.

anche la cessione del controllo pubblico del fenomeno societario ai privati. Dagli inizi degli anni novanta si è assistito, infatti, ad una privatizzazione di preesistenti soggetti pubblici, trasformati in s.p.a., nel caso di enti pubblici economici, o in fondazioni o associazioni, nel caso di enti pubblici non economici, principalmente per soddisfare esigenze di risanamento della finanza pubblica e di flessibilità, efficienza, efficacia ed economicità nello svolgimento delle attività amministrative o economiche imputabili ai pubblici²⁵.

Si pensi anche ai soggetti privati che svolgono funzioni pubblicistiche o attività di interesse generale, una volta ritenute di stretta competenza degli organi pubblici, ciò al fine di soddisfare, anche in questo caso, esigenze di efficienza e per sfruttare il *know how* delle imprese private. Tali soggetti privati operano secondo le regole privatistiche del mercato, ma in base all'articolo 1, comma 1 *ter*, della legge n. 241/1990 devono assicurare il rispetto dei criteri di economicità, di efficacia, di imparzialità di pubblicità e di trasparenza e dei principi dell'ordinamento comunitario, al pari di qualsiasi amministrazione pubblica.

I processi di privatizzazione, formali e sostanziali, e l'affidamento di compiti pubblici a soggetti privati possono far pensare ad una riduzione della sfera pubblica e ad un ricorso crescente al diritto privato, con una restrizione, dunque, della nozione di pubblica amministrazione e del relativo regime pubblicistico, che rimarrebbe valido solo in casi eccezionali ed espressamente previsti dal legislatore nazionale o europeo.

In realtà, la nozione di p.a. e l'estensione del regime pubblicistico speciale non si sono affatto ridotti per opera sia del legislatore e che del giudice, europeo e nazionale, i quali, seppur con differenti metodi, hanno affermato la tendenza a svalutare la qualificazione formale della natura – pubblica o privata – del soggetto o dello strumento, per enfatizzare, invece, la rilevanza dell'attività svolta a fini

²⁵ Sull'ente pubblico e il fenomeno delle privatizzazioni si v. M.S. GIANNINI, *Il problema dell'assetto e della tipizzazione degli enti pubblici nell'attuale momento*, in *Riordinamento degli Enti pubblici e funzioni delle loro Avvocature*, Napoli, Jovene, 1974; ROSSI G., *Gli enti pubblici*, Bologna, 1991; CASSESE S., *Il problema degli enti pubblici*, in *Scritti in onore di Angelo Falzea*, Milano, 1991, III; ID., *Partecipazioni pubbliche ed enti di gestione*, Milano, 1962 IBBA C., *La tipologia delle privatizzazioni*, in *Giur. comm.*, 2001, p. 484; GAROFOLI R., *La privatizzazione degli enti dell'economia. Profili giuridici*, Milano, 1998, p. 287 ss P. CRAIG, *Public law and control over private power*, in *The province of administrative law*, a cura di M. TAGGART, Oxford, Hart, 1997; D. OLIVER, *Common values in public and private law and the public/private divide*, in *Publ. Law*, 1997; FRENI E., *Le privatizzazioni*, in *La nuova costituzione economica*, cit., 217 ss.; TORCHIA L., a cura di, *Il sistema amministrativo italiano*, capitolo terzo, Bologna, 2009.

pubblici e le relazioni del soggetto con l'amministrazione pubblica (come nel caso delle società a partecipazione pubblica, paragrafi 3 e ss.).

L'estensione della nozione di pubblica amministrazione e la tendenza ad attribuire prevalenza alla sostanza pubblicistica nelle fattispecie in cui pubblico e privato convivono è stata spesso giustificata dalla necessità di tutelare la concorrenza nel mercato europeo ed evitare che il ricorso a strumenti privatistici potesse servire per eludere gli istituti e le garanzie del diritto amministrativo nazionale (norme di contabilità pubblica, responsabilità amministrativa, giurisdizione del giudice amministrativo ecc.)

L'avvento dell'ordinamento europeo ha contribuito, in particolare, ad una nozione allargata e funzionale di pubblica amministrazione, soprattutto grazie all'elaborazione e all'interpretazione dei requisiti dell'organismo di diritto pubblico, che consentono l'applicazione generalizzata del diritto europeo in materia di appalti pubblici, indipendentemente dalla qualificazione della natura, pubblica o privata, di un soggetto o di un'attività nei diversi ordinamenti nazionali (si v. paragrafi 2; 2.1.; 2.2)²⁶.

Anche il legislatore nazionale ha contribuito ad assimilare soggetti privati a soggetti pubblici - quali i concessionari di servizi pubblici o le società in partecipazione pubbliche - e ad estendere loro gli obblighi tipici delle amministrazioni pubbliche e a limitarne significativamente l'operatività (come si vedrà nel dettaglio nei paragrafi sulle società pubbliche). Il legislatore ha previsto, inoltre, accanto alle norme sulla privatizzazione numerose disposizioni derogatorie rispetto alla disciplina codicistica²⁷.

²⁶ Sul tema si v. CASSESE S., *La nozione comunitaria di pubblica amministrazione*, in *Gionr. dir. amm.*, 1996, p. 915; MORENO MOLINA J.A., *Le distinte nozioni comunitarie di pubblica amministrazione*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1998, p. 561 ss.; MASSERA A., *Una nozione comunitaria di pubblica amministrazione*, in *El desenvolupament del dret administratiu europeu*, Barcelona, 1993; CHITI E., *La nozione di amministrazione aggiudicatrice*, in *Giorn. dir. amm.*, 2001. Sul tema dell'organismo di diritto pubblico, si rinvia al paragrafo 2.1

²⁷ Si pensi alla recentissima disposizione che prevede la facoltà per le Università degli studi, attualmente enti pubblici, di trasformarsi in fondazioni di diritto privato (art. 16, d.l. 25 giugno 2008, n. 112), ma l'undicesimo comma stabilisce che "la Corte dei conti esercita il controllo sulle fondazioni universitarie secondo le modalità previste dalla legge 21 marzo 1958, n. 259 e riferisce annualmente al Parlamento" e il quattordicesimo comma stabilisce che "alle fondazioni universitarie continuano ad applicarsi tutte le disposizioni vigenti per le Università statali in quanto compatibili con il presente articolo e con la natura privatistica delle fondazioni medesime". Nel caso delle Fondazioni universitarie non c'è un problema di partecipazione al capitale (che non è previsto) ma c'è il trasferimento al fondo di dotazione di beni immobili di provenienza pubblica; inoltre "resta fermo il sistema di finanziamento pubblico".

Dal canto suo, la giurisprudenza nazionale, soprattutto quella amministrativa, di fronte all'ampio ricorso a regole e strumenti di diritto privato, ha reagito determinando una estensione del campo di applicazione di regole e principi di diritto pubblico, operando, in una pluralità di occasioni che si verificheranno nel dettaglio nei successivi paragrafi, una vera e propria "riqualificazione" pubblica di soggetti privati, formalmente o sostanzialmente tali, in nome di una diversa sostanza o "natura delle cose", con applicazione automatica ed integrale delle norme dirette ad amministrazioni ed enti pubblici, ben al di là delle deroghe al codice civile stabilite dal legislatore, e con la conseguente estensione della giurisdizione amministrativa²⁸. In caso di compiti o servizi d'interesse generale affidati a soggetti sostanzialmente privati, il g.a. non ha proceduto ad una vera e propria riqualificazione in termini pubblicistici del soggetto, ma ha fatto leva piuttosto sui profili oggettivamente di rilievo pubblico dell'attività per applicare regole e controlli di diritto amministrativo, anche in questo caso, al di là di quanto stabilito dalla legge.

Il risultato di tali impostazioni marcatamente sostanzialiste è un nozione sostanziale di amministrazione pubblica, in cui sono comprese oltre alle persone giuridiche pubbliche anche i soggetti formalmente o sostanzialmente privati, giuridicamente assimilati ad una pubblica amministrazione, in virtù dei legami più o meno stretti con i poteri o i controlli pubblici, che costituiscono, dunque, vero il patrimonio genetico di ogni fattispecie privata o privatizzata. La conseguenza è un'applicazione del regime pubblicistico generalizzata e spesso indiscriminata, perché si trascura la valenza intrinsecamente privata di molte fattispecie soggettive o funzionali.

Il problema principale che si pone è individuare gli ambiti di applicazione dell'orientamento sostanzialista del giudice amministrativo, in connessione con le tendenze spesso analoghe del legislatore e degli altri giudici nazionali ed europei, analizzare le conseguenze giuridiche e la concreta disciplina applicata o che sarebbe più ragionevole applicare alle diverse figure soggettive che attualmente operano o orbitano nel panorama dell'organizzazione amministrativa.

²⁸ Per il criterio della "natura delle cose" si v. MERUSI F., *La natura delle cose come criterio di armonizzazione comunitaria nella disciplina sugli appalti*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1997. Sui rilievi critici di merito e di metodo dell'approccio sostanzialista del giudice amministrativo si v. NAPOLITANO G., *Soggetti privati "enti pubblici"?* in *Dir. amm.*, 2003, 801 ss.

2. Intervento pubblico e regole di mercato. L'incidenza del diritto europeo e il ruolo del giudice amministrativo

Ciascuno Stato membro ha la competenza di decidere, nell'ambito della politica economica nazionale, di avviare un'ampia privatizzazione di soggetti o attività pubbliche e di liberalizzare le attività gestite in monopolio da imprese pubbliche. Tale scelta nazionale, peraltro stimolata dal diritto comunitario, comporta non solo una progressiva riduzione dell'intervento statale in economia, ma anche un cambiamento del ruolo dello Stato: da imprenditore a regolatore.

Sebbene l'ordinamento europeo, da una parte agevoli i processi di privatizzazione e liberalizzazione per incrementare la concorrenza nel mercato interno, dall'altra, non vieta espressamente l'intervento pubblico dello Stato nell'economia nazionale, né preclude agli Stati membri d'intervenire nell'attività delle imprese che operano sul mercato, ad esempio attraverso acquisizioni di quote sociali, conferimenti, finanziamenti, prestiti e agevolazioni fiscali. Gli Stati membri sono liberi di scegliere un regime proprietario pubblicistico per alcune imprese che operano sul mercato nazionale ed hanno anche il potere di riconoscere diritti speciali o di esclusiva alle imprese pubbliche come a quelle private.

Tali scelte di competenza nazionale sono tendenzialmente legittime nell'ordinamento europeo in base al principio di neutralità per il profilo proprietario, *ex art. 345 Tfeue*, ed in virtù di una nozione estesa d'impresa pubblica che comprende tutte le ipotesi in cui il potere pubblico esercita direttamente o indirettamente un'influenza dominante. L'intervento statale, che può provenire anche da un ente formalmente privato che eroga risorse pubbliche, non deve tuttavia compromettere le fondamentali libertà di circolazione, la tutela della concorrenza e il divieto di aiuti di Stato, al fine di un corretto funzionamento del mercato interno. La libera competizione sul mercato europeo richiede, infatti, che si neutralizzino i poteri di intervento degli Stati membri che vadano a favore delle imprese nazionali, in ossequio al principio di non discriminazione in base alla nazionalità, o anche i privilegi che lo Stato o le sue articolazioni interne possono riservare alle imprese pubbliche rispetto alle imprese private, in ossequio al principio di neutralità suddetto.

Il principio di neutralità, stabilito dall'art. 345 Tfeue (*ex art. 295 Tr. Ce*), è particolarmente importante anche sotto un altro profilo. Se da una parte, la pubblica amministrazione non deve privilegiare le imprese pubbliche per non distorcere un mercato concorrenziale, le stesse imprese pubbliche devono rispettare, al pari di quelle o private tutti i principi, le norme, primarie o derivate, e le sentenze del giudice europeo.

Pur rimanendo fermo il principio di indifferenza della natura, pubblica o privata, dei soggetti economici, la costruzione del mercato interno poggia, infatti, sempre di più su un'applicazione rigorosa delle norme sulla concorrenza che le imprese pubbliche sono chiamate a rispettare ai sensi dell'art. 106, primo comma Tfeue. Nel Trattato di Lisbona la concorrenza non viene, peraltro, più qualificata come un fine dell'Unione, ma viene riclassificata fra gli strumenti per l'azione dell'Unione stessa.

Ciò vuol dire che è possibile istituire imprese pubbliche e che l'impresa pubblica può operare sul mercato, ma deve essere assoggettata al medesimo regime concorrenziale valido per le imprese private e, quindi, deve in primo luogo garantire il rispetto delle regole di mercato, in coerenza con gli strumenti e il regime di diritto privato. In questa ottica, gli ordinamenti nazionali dovrebbero smantellare un regime pubblicistico speciale e derogatorio, spesso esteso in via pretoria dalla giurisprudenza amministrativa sostanzialista (come si vedrà in dettaglio nei prossimi paragrafi), dato che l'applicazione di un regime pan-pubblicistico può consentire in concreto un'interferenza sproporzionata dei poteri pubblici sulle vicende societarie e spesso si traduce in un conferimento di posizioni privilegiate al socio pubblico. Tutto ciò in contrasto con i processi di privatizzazione formale e sostanziale di soggetti e attività ed in spregio di un mercato effettivamente concorrenziale.

In definitiva, sembra potersi sostenere che la neutralità per la forma, pubblica o privata, prescelta per le imprese non si traduce necessariamente nell'indifferenza per la disciplina applicabile alle imprese pubbliche, che dovrebbe corrispondere in via generale alla disciplina comune del codice civile e alle regole del mercato. Il sostanzialismo del giudice amministrativo (come meglio si vedrà nel paragrafo 3.1.) in base al quale si deve riconoscere in modo generale una sostanza pubblicistica ai soggetti privati partecipati da un ente pubblico o che svolgono funzioni amministrative, con la conseguente applicazione

dell'intero regime di diritto pubblico, sembra, dunque, porsi in netto contrasto con l'evoluzione dell'ordinamento europeo e i suoi principi ispiratori.

Il principio di neutralità deve essere letto, dunque, in combinato disposto con le disposizioni del Trattato a tutela della concorrenza, sia direttamente rivolte alle imprese (artt. 101 – 102 Tfu sul divieto di intese restrittive della concorrenza e di abuso di posizione dominante) sia rivolte agli Stati (107-109 Tfu in tema di aiuti di Stato). Sempre strumentale alla tutela della massima concorrenza nel mercato si deve leggere l'obbligo imposto dalla normativa europea alle pubbliche amministrazioni nazionali o ad organismi definiti di diritto pubblico (v. *infra* par. seguente) di procedere ad una gara pubblica per la scelta del soggetto con cui stipulare un appalto o a cui rilasciare una concessione.

L'ordinamento europeo conosce, però, e ritiene legittime restrizioni alla concorrenza e, quindi, una deroga alle regole del mercato, anche se si deve trattare di ipotesi eccezionali, giustificate dal perseguimento di prevalenti interessi pubblici. E' questo ad esempio il caso delle società *in house* (che sarà meglio approfondito nel paragrafo 3.2.1) o dei servizi d'interesse economico generale, così come previsto dall'art. 106 Tfu, secondo comma.

Gli Stati membri possono, infatti, incaricare alcune imprese, pubbliche o private, anche in regime di monopolio, a svolgere servizi d'interesse economico generale (i c.d. Sieg) che il mercato non fornirebbe perché non remunerativi. Ciò accade, ad esempio, per alcuni segmenti di attività dei servizi di pubblica utilità, quali l'energia, il gas, le comunicazioni elettroniche, i servizi postali. Al fine di garantire il c.d. servizio universale, le autorità pubbliche possono imporre, dunque, specifici obblighi di servizio pubblico (i c.d. Osp) a determinate imprese che, però, potrebbero sopportare un onere economico iniquo, in virtù dei costi aggiuntivi necessari per lo svolgimento del servizio stesso. Al fine di garantire l'equilibrio economico/finanziario dell'impresa e agevolare l'adempimento della missione d'interesse generale affidata, gli Stati provvedono a remunerare gli oneri del servizio pubblico tramite l'attribuzione di diritti speciali ed esclusivi o attraverso diverse forme di compensazioni finanziarie.

Si pone, dunque, un problema di compatibilità delle compensazioni finanziarie statali, legate alla fornitura dei Sieg, con il divieto comunitario di aiuti di Stato. In base all'art. 106, par. 2, Tfu, l'applicazione delle regole di concorrenza, tra cui quelle relative agli aiuti di Stato, non deve ostare

all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione affidata alle imprese incaricate dei Sieg. È evidente, dunque, che la fornitura di un Sieg e la contestuale imposizione di obblighi di servizio pubblico possono legittimare restrizioni alle norme sulla concorrenza e giustificare una deroga alle norme sugli aiuti di Stato. Le compensazioni statali degli Osp sono, dunque, ammissibili e necessarie per garantire lo svolgimento della missione d'interesse generale, ma gli Stati non devono distorcere eccessivamente il funzionamento del mercato interno, abusando della libertà di definire un Sieg, di scegliere il sistema di copertura finanziaria più adatto, determinando sovra-compensazioni e/o sussidi incrociati²⁹.

I giudici nazionali hanno un importante ruolo per un corretto equilibrio tra intervento pubblico e regole di mercato nell'ambito del mercato interno europeo. I giudici nazionali sono chiamati, infatti, ad applicare direttamente le norme e i principi europei, come ad esempio in materia antitrust e di aiuti di Stato, ma hanno anche la fondamentale funzione di correggere il tiro del legislatore (la Corte costituzionale) o delle pubbliche amministrazioni (il giudice amministrativo) che eventualmente snaturino il rapporto tra imprese pubbliche e privati, nazionali o europee.

I giudici nazionali possono, però, costituire anche un fattore di asimmetria rispetto ai principi europei favorevoli alla prevalenza delle regole concorrenziali del mercato. Sembra essere questo il caso degli orientamenti sostanzialisti del

²⁹ La questione della legittimità delle compensazioni finanziarie degli Osp, alla stregua delle norme comunitarie sugli aiuti di Stato, è stata oggetto di una lunga e talvolta contraddittoria evoluzione giurisprudenziale, che ha visto contrapposti due principali orientamenti. Secondo un primo punto di vista, il finanziamento pubblico degli Osp deve sempre essere assoggettato alla procedura comunitaria di controllo preventivo degli aiuti di Stato, anche se poi la Commissione europea può dichiararne la compatibilità in base alla deroga di cui all'art. 106, par. 2, secondo il c.d. «criterio dell'aiuto di Stato» [ex multis CGUE, C-332/98]. Secondo il «criterio della compensazione», invece, le compensazioni degli Osp sono, almeno in linea di principio, compatibili con la normativa sugli aiuti di Stato quando risultino strumentali a remunerare gli extracosti sostenuti per la fornitura di un Sieg, sempre che le imprese destinatarie non ne traggano alcun vantaggio economico/finanziario e non si avvantaggino di una posizione concorrenziale più favorevole [CGUE, C-53/00, Ferring e C-280/00, Altmark]. La Corte di giustizia europea ha stabilito altresì, nella sentenza Altmark, che devono ricorrere cumulativamente alcuni presupposti affinché una misura compensativa non costituisca aiuto e non sia, pertanto, assoggettata alla disciplina comunitaria, sostanziale e procedurale, sugli aiuti di Stato. L'impresa beneficiaria deve, innanzitutto, essere effettivamente incaricata dell'adempimento di obblighi di servizio pubblico, definiti in modo chiaro in uno specifico atto di conferimento. In secondo luogo, i criteri di calcolo della compensazione devono essere previamente definiti in modo obiettivo e trasparente. La compensazione statale deve, inoltre, essere proporzionata rispetto al costo effettivo del servizio pubblico e alla gestione delle eventuali attività commerciali che l'impresa incarica del Sieg svolge alle condizioni di mercato. Il beneficiario deve essere selezionato, infine, sulla base di una procedura di appalto pubblico e la compensazione non deve eccedere i costi di un'impresa gestita in modo efficiente.

giudice amministrativo, condivisi in parte, anche se meno di recente, dalla Corte costituzionale, dalla Cassazione e dal giudice contabile. Tali orientamenti, seppur con le opportune sfumature, meglio analizzate nei singoli paragrafi dedicati a problematiche specifiche, sono accomunati dal riconoscimento di una sostanza pubblicistica in tutti i fenomeni di privatizzazione, relativi ai soggetti (ad esempio nel caso delle società in mano pubblica) o alle attività (ad esempio il caso delle SOA), e dall'estensione, spesso generalizzata, del regime pubblicistico, con l'intento, in parte condivisibile, di evitare eventuali inganni delle forme privatistiche e di assicurare le garanzie sostanziali ai soggetti che, prima delle privatizzazioni godevano quali soggetti amministrati.

In base all'orientamento sostanzialista del giudice amministrativo, spesso incoraggiato dal disordine e dalla poca chiarezza del legislatore nazionale, il principio europeo di neutralità sembrerebbe doversi rileggere nel senso che non comporta necessariamente l'obbligo di identico trattamento tra imprese pubbliche e private, non tanto sotto il profilo strutturale, quanto dal punto di vista del regime da applicare.

Il giudice amministrativo ha spesso valorizzato soltanto i caratteri pubblicistici di fattispecie, soprattutto societarie, caratterizzate anche da spiccati elementi privatistici, ponendo in essere in via pretoria un regime di specialità molto più esteso di quanto previsto dal legislatore o richiesto dal rispetto dei principi europei e discostandosi dalle regole di mercato in modo spesso sproporzionato ed non giustificato da un concreto interesse pubblico.

Sebbene tale orientamento sostanzialista del giudice nazionale sia recentemente mitigato da più equilibrate pronunce della Corte costituzionale (si v. il paragrafo sull'art. 13 del decreto Bersani) occorre che il giudice amministrativo ripensi al metodo di analisi delle singole fattispecie, considerando che la sostanza può avere anche una natura privatistica, in coerenza con la forma giuridica prescelta dal legislatore e con il principio di neutralità tra imprese pubbliche e imprese private, che può essere garantito soprattutto se entrambe le tipologie di impresa sono assoggettate al medesimo regime giuridico, con la possibilità di deroghe eccezionali giustificate da un concreto interesse pubblico, da verificare caso per caso.

2.1. Organismi di diritto pubblico e imprese pubbliche

La nozione europea di organismo di diritto pubblico ha fornito un importante fattore di sviluppo al sostanzialismo del giudice amministrativo, il quale è ricorso spesso a tale concetto per conferire una copertura europea al proprio orientamento pan-pubblicistico.

Il diritto europeo ha, però, elaborato la nozione di organismo di diritto pubblico soltanto in senso funzionale e strumentale all'applicazione della normativa europea sugli appalti e del principio dell'evidenza pubblica, prescindendo dalla qualificazione formale, pubblica o privata, o dall'eventuale organizzazione privatistica di un soggetto o di un'attività, adottata nei diversi ordinamenti nazionali³⁰. In altri termini, il diritto e la giurisprudenza europea hanno inventato una qualificazione pubblicistica che si estende anche a soggetti privati, sostanzialmente o formalmente tali, estranei all'apparato amministrativo nazionale, al fine di assoggettarli all'obbligo di seguire le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici, che altrimenti gli stessi soggetti non sarebbero tenuti a rispettare³¹.

³⁰ Si v. la direttiva 2004/18/CE, recepita nel d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 e s.m.i., che definisce l'organismo di diritto pubblico nell'art. 3, comma 26.

³¹ Per un'analisi di carattere generale dell'organismo di diritto pubblico si v. CASALINI D., *L'organismo di diritto pubblico e l'organizzazione in house*, Napoli, 2003; MAMELI B., *L'organismo di diritto pubblico: profili sostanziali e processuali*, Milano, 2003; MARRANA D., *Contributo sull'interpretazione della nozione di «organismo di diritto pubblico» in Dir. amm.*, 2000, p. 585 ss.; SCOTTI E., *I nuovi confini dell'organismo di diritto pubblico alla luce delle più recenti pronunce della Corte di giustizia*, in *Foro it.*, 1999, IV; Sull'interpretazione dei requisiti e sulle problematiche connesse alla nozione, nonché sul suo carattere funzionale secondo il giudice amministrativo e il giudice europeo si vedano CHITI M.P., *L'organismo di diritto pubblico e la nozione comunitaria di pubblica amministrazione*, Bologna, 2000; PIOGGIA A., *Sulla natura dei bisogni d'interesse generale non aventi carattere industriale o commerciale (a proposito della nozione di organismo di diritto pubblico)*, in *Riv. giur. quadr. serv. pubbl.* 1999, 61 ss.; VIVANI C., *Gli organismi di diritto pubblico: orientamenti interpretativi del giudice comunitario e dei giudici italiani a confronto*, in *Foro it.*, 1998, IV, 133 ss.; CHITI E., *Gli organismi di diritto pubblico tra Consiglio di Stato e Corte di giustizia*, in *Urb. e app.*, 1999, 71 ss.; LIBERTINI M., *Organismo di diritto pubblico, rischio d'impresa e concorrenza: una relazione ancora incerta*, in www.federalismi.it del 6 agosto 2008; MERUSI F., *La natura delle cose come criterio di armonizzazione comunitaria nella disciplina sugli appalti*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1997, p. 39; ID., *Sentieri interrotti della legalità*, Bologna, il Mulino, 2007; TORCHIA L., *I limiti del controllo pubblico sull'autonomia privata*, in *Il ponte*, 5, 2003, 63 ss.; CAPUTI JAMBRENGHI, *L'organismo di diritto pubblico*, in *Dir. amm.*, 2000, 13; GAROFOLI R., *Organismi di diritto pubblico: il recente allineamento tra giudice comunitario e nazionale e i profili ancora problematici*, in GAROFOLI R. – SANDULLI M. A., (a cura di) *Il nuovo diritto degli appalti pubblici dopo la Direttiva 2004/18/CE*, Milano, 2005. Per quanto concerne il rapporto tra la categoria dell'organismo di diritto pubblico e della impresa pubblica si v. CAFAGNO M., *Impresa pubblica*, in CHITI M. P. – GRECO G., *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, 2007, 1223 ss. il quale sottolinea il "primato delle caratteristiche sostanziali dell'attività". M. A. SANDULLI (a cura di), *Organismi e imprese pubbliche*, in *Suppl. Serv. pubbl. app.*, n. 4/2004,

L'esigenza sottesa ad una tale nozione funzionale è quella di evitare che le pubbliche amministrazioni potessero ricorrere agli strumenti privatistici per derogare alla disciplina europea sugli appalti, applicabile agli apparati amministrativi e garantire l'effettiva attuazione della libera concorrenza, delle libertà di circolazione e del principio di neutralità e di non discriminazione in base alla nazionalità, nel mercato interno.

Le diverse qualifiche che i soggetti ricevono nei propri ordinamenti, le diverse definizioni nazionali della nozione di pubblica amministrazione, o un'interpretazione ristretta della stessa, e la riduzione dell'area pubblicistica, a seguito del fenomeno delle privatizzazioni, possono avere, infatti, l'effetto di ridurre indebitamente l'applicazione della disciplina sui contratti pubblici, funzionale ad una maggiore concorrenza nel mercato, con il rischio che gli enti privatizzati o quelli istituiti *ex novo* con forme privatistiche, pur continuando a svolgere attività di interesse generale e ad essere strettamente legati con l'ente territoriale di riferimento, sfuggano alle regole della concorrenza e che in alcuni casi la creazione di (o la trasformazione in) soggetti privati possa essere finalizzata ad eludere in concreto gli obblighi e le procedure imposti dal diritto europeo alle amministrazioni per l'aggiudicazione di contratti pubblici.

Nella categoria delle «amministrazioni aggiudicatrici» – quei soggetti, cioè, tenuti ad applicare la disciplina europea in materia di contratti pubblici, per lo più Stato ed enti territoriali – la nuova ed autonoma figura dell'«organismo di diritto pubblico» s'individua accertando la contemporanea presenza di tre requisiti. Si deve trattare di un organismo istituito per soddisfare specificatamente bisogni di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale, dotato di personalità giuridica, e la cui attività sia finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico, oppure la cui gestione sia soggetta al controllo di questi ultimi, oppure il cui organo d'amministrazione, di direzione o di vigilanza sia costituito da membri dei quali più della metà è designata dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico.

con contributi di M. A. SANDULLI, R. GAROFOLI, M. P. CHITI, F. CINTIOLI, G. CORSO, R. DE NICTOLIS, E. FERRARI, G. PANZIRONI, M. R. SPASIANO; G. GRECO, *Ente pubblico, impresa pubblica, organismo di diritto pubblico*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2000, 839 ss.; LACAVA C., *L'impresa pubblica*, in S. CASSESE, *Trattato di diritto amministrativo*, 3901 ss.; CERULLI IRELLI V., *Impresa pubblica, fini sociali, servizi di interesse generale*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2006, 747 ss..

E' evidente la possibile scissione tra la natura del soggetto, che ben può essere sostanzialmente privata, e la natura dell'attività esercitata, che invece deve avere uno spiccato rilievo d'interesse pubblico. In base al diritto europeo, la sostanza pubblicistica deve prevalere sulla forma privatistica, ma tale sostanzialismo pubblicistico non ha una portata generale, in quanto limitato e funzionale solo all'applicazione della normativa europea in materia di appalti pubblici.

Il carattere aperto della definizione, pur in linea con la sua natura funzionale, ha, sollevato problemi d'interpretazione in relazione al «requisito teleologico» e della «dominanza pubblica», che la giurisprudenza comunitaria e quella nazionale hanno cercato di risolvere con risultati sostanzialmente diversi (su cui *infra* 2.1.1). La Corte di giustizia, chiamata a risolvere la questione se un determinato soggetto potesse essere qualificato come organismo di diritto pubblico, si è più volte pronunciata sul c.d. requisito teleologico o finalistico, ritenendo, ad esempio, che un ente, nella specie una tipografia, creata per provvedere in esclusiva alla produzione di documenti amministrativi ufficiali, in alcuni casi soggetti al segreto o all'osservanza di norme di sicurezza ed obbligata a rispettare i prezzi fissati da un organo composto a maggioranza pubblica, fosse qualificabile come organismo di diritto pubblico in ragione dello stretto legame tra i documenti da produrre e «*l'ordine pubblico e il funzionamento istituzionale dello Stato*» aspetto che integrerebbe il perseguimento di bisogni di interesse generale privi del carattere commerciale o industriale. Secondo il giudice europeo sarebbe irrilevante, inoltre, ai fini della qualifica di o.d.p. che il soggetto svolga, oltre all'attività d'interesse generale, anche altre attività a carattere industriale o commerciale, anche in via prevalente. In tali casi, il principio di certezza del diritto impone comunque che l'intera attività dell'ente, compresa quella non esercitata in regime di esclusiva, sia sottoposta alle regole europee in materia di scelta del contraente (CGUE, n. C-44/96 *Mannesmann*). È stato precisato anche che la qualifica di o.d.p. prescinde non solo dalla natura giuridica privata o pubblica della figura soggettiva, ma anche dal regime di concorrenza o meno in cui può essere offerto il servizio (in questo senso CGUE n. C-360/96 *BFI Holding BV*).

Il carattere non industriale o commerciale dei bisogni può dar luogo, però, all'esclusione della qualifica di organismo di diritto pubblico, fungendo, dunque,

da elemento negativo nella ricostruzione della fattispecie soggettiva. Al fine di qualificare un soggetto nazionale come organismo di diritto pubblico è necessario, in particolare, che soddisfi i bisogni d'interesse generale in modo diverso dall'offerta dei servizi e beni sul mercato e al cui soddisfacimento lo Stato preferisce provvedere direttamente o con riguardo ai quali intende mantenere un'influenza determinante.

La Corte di giustizia ha individuato alcuni elementi da cui ricavare che un bisogno d'interesse generale ha carattere industriale o commerciale, che andranno accertati caso per caso. Se un soggetto svolge un'attività economica secondo la logica del mercato ed opera, quindi, in un regime di concorrenza effettiva, persegue scopi di lucro e subisce le perdite commerciali o i rischi d'impresa, connessi all'esercizio della sua attività sul mercato, non potrà essere qualificato come organismo di diritto pubblico per mancanza dell'elemento teleologico (CGUE C-223/99 e C-260/99 *Ente Fiera Milano*).

Il c.d. requisito della «dominanza pubblica» si può più agevolmente ricavare dagli indici, anche disgiunti, del finanziamento pubblico maggioritario, del controllo della gestione da parte dei pubblici poteri e della nomina pubblica dei vertici. L'interpretazione di tale requisito e dei relativi criteri d'individuazione da parte della Corte di giustizia risulta indicativa di un approccio di tipo sostanziale profondamente diverso, però, come si vedrà nel prossimo paragrafo, dall'approccio, ugualmente definito sostanziale, seguito, invece, dai giudici nazionali.

La ricorrenza dell'elemento del finanziamento maggioritario da parte dello Stato o di altro ente territoriale è stata, ad esempio, affermata solo per quelle erogazioni svincolate da una controprestazione contrattuale, mentre è stato ritenuto che questo elemento va escluso in quei casi nei quali si accerti che i versamenti di denaro pubblico effettuati non hanno l'effetto di generare o rinforzare il legame di stretta dipendenza tra il soggetto e lo Stato, gli enti locali o altri organismi di diritto pubblico (CGUE, C-80/98).

Il controllo sulla gestione da parte dello Stato, ente territoriale o altro organismo di diritto pubblico, invece, è stato ritenuto sussistente solo quando i pubblici poteri sono in grado, attraverso esso, di esercitare un'influenza dominante sulle decisioni adottate dagli organismi in questione. Questa influenza è stata, quindi esclusa nel caso di controlli svolti *a posteriori* (CGUE, C-373/00).

Individuata la *ratio* della nozione di organismo di diritto pubblico, il contenuto da attribuire ai requisiti e le conseguenze in termini di disciplina applicabile - obbligo di evidenza pubblica nella scelta del contraente ed esclusione dalle procedure di gara per gli affidamenti dei pubblici poteri – è opportuno comprendere quali figure soggettive possono rientrare o meno nella nozione, considerando che la qualifica di o.d.p. ha carattere trasversale rispetto alle categorie pubblico-privato degli ordinamenti nazionali.

E' da escludere, innanzitutto la categoria degli enti pubblici economici che operano in regime di concorrenza per soddisfare bisogni di carattere industriale o commerciale, mentre vi rientrano le società per azioni, a partecipazione pubblica o meno, e i concessionari che hanno ricevuto l'affidamento diretto della gestione di un servizio pubblico dagli enti territoriali che risultino titolari di diritti speciali ed esclusivi (sulle società *in house* e sul rapporto tra *in house providing* e o.d.p. si v. il paragrafo 3.3).

Particolarmente dibattuto è il tema del confine tra la figura dell'o.d.p. e dell'impresa pubblica, dato che in base al diritto europeo e nazionale sugli appalti pubblici, le imprese pubbliche non rientrano nella categoria delle amministrazioni aggiudicatrici, tranne che nei settori speciali, e risultano, dunque, escluse dall'ambito applicativo soggettivo della nozione funzionale di organismo di diritto pubblico³².

E' utile, dunque, analizzare gli elementi che caratterizzano e differenziano l'impresa pubblica dall'organismo di diritto pubblico per comprendere il peculiare rapporto con i pubblici poteri e le regole di mercato, anche in termini di disciplina

³² Sulla definizione d'impresa pubblica si v. l'art. 3, comma 28 del d. lgs. n. 163/2006 e s.m.i. Sul rapporto e le differenze tra la categoria dell'organismo di diritto pubblico e dell'impresa pubblica si v. CAFAGNO M., *Impresa pubblica*, in CHITI M. P. -GRECO G., *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, 2007, 1223 ss. il quale nella distinzione sottolinea il "primato delle caratteristiche sostanziali dell'attività". M. A. SANDULLI (a cura di), *Organismi e imprese pubbliche*, in *Suppl. Serv. pubbl. app.*, n. 4/2004, con contributi di M. A. SANDULLI, R-GAROFOLI, M. P. CHITI, F. CINTIOLI, G. CORSO, R. DE NICTOLIS, E. FERRARI, G. PANZIRONI, M. R. SPASIANO; ID., *L'impresa pubblica*, in *Il nuovo diritto degli appalti pubblici nella direttiva 18/2004*, a cura di GAROFOLI R., SANDULLI M.A., Milano, 2005; ID. *Il paternariato pubblico-privato e il diritto europeo degli appalti*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2005, 1, p. 167 ss.; PATRONI GRIFFI F., *Le nozioni comunitarie di amministrazione: organismo di diritto pubblico, impresa pubblica, società in house*, in *Servizi pubbl. e app.*, 2006, 2006, 27 ss.; G. GRECO, *Ente pubblico, impresa pubblica, organismo di diritto pubblico*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2000, 839 ss. LACAVA C., *L'impresa pubblica*, in S. CASSESE, *Trattato di diritto amministrativo*, 3901 ss.; CERULLI IRELLI V., *Impresa pubblica, fini sociali, servizi di interesse generale*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2006, 747 ss.; ROVERSI MONACO M.G., *Le figure dell'organismo di diritto pubblico e dell'impresa pubblica nell'evoluzione dell'ordinamento*, in *Dir. e proc. amm.*, 2, 2007, p. 387 ss.

applicabile (l'impresa pubblica, come già visto nel precedente paragrafo, è tenuta al pari delle imprese private a rispettare le regole di mercato, alla luce dei principi europei di neutralità e libera concorrenza, tranne nei casi in cui ricorra la necessità di soddisfare una speciale missione di servizio pubblico).

L'impresa pubblica è ogni impresa che esercita un'attività economica orientata al mercato sulla quale le amministrazioni aggiudicatrici possono esercitare, direttamente o indirettamente, un'influenza dominante perché ne hanno la proprietà o una partecipazione finanziaria, oppure per effetto delle norme che disciplinano la gestione di dette imprese. L'influenza dominante è presunta quando le amministrazioni aggiudicatrici, alternativamente o cumulativamente, detengono la maggioranza del capitale sottoscritto dall'impresa, oppure dispongano della maggioranza dei voti cui hanno diritto le azioni emesse dall'impresa, o possano designare più della metà dei membri del consiglio di amministrazione, del consiglio direttivo o del consiglio di vigilanza delle società. Rientrano, dunque, in tale categoria le aziende autonome, gli enti pubblici economici ed anche le società per azioni a prevalente o totale partecipazione pubblica o comunque a dominanza pubblica.

La qualifica di un soggetto come impresa pubblica prescinde, dunque, dal fine perseguito, mentre rileva il legame con il potere pubblico dominante ed il tipo di attività svolta che, usando la terminologia della nozione di o.d.p., ha carattere industriale o commerciale e si traduce nella produzione di beni e servizi sul mercato in regime di concorrenza. La nozione di impresa pubblica e di organismo di diritto pubblico sono, dunque, diverse sia nella struttura che nella funzione, sebbene nel caso dei settori c.d. speciali le imprese pubbliche sono tenute al rispetto dell'evidenza pubblica, in ragione della minore concorrenzialità dei mercati di riferimento (acqua, trasporti, energia ecc.)

Particolarmente problematica è, invece, l'ipotesi delle società pubbliche che cumulano l'esercizio di attività imprenditoriali e funzioni pubblicistiche, potendo essere qualificate come organismi di diritto pubblico, per il segmento di attività d'interesse generale, o come impresa pubblica in relazione all'attività d'impresa.

Sul punto, la prevalente giurisprudenza europea e nazionale amministrativa sembra aver optato nel senso dell'applicazione generalizzata della normativa sugli appalti e l'obbligo dell'evidenza pubblica anche in relazione al

segmento dell'attività svolta secondo i criteri d'impresa (sul problema delle società in mano pubblica e sul regime giuridico applicabile si v. nel dettaglio i paragrafi 3 e ss.).

2.1.1. Il funzionalismo del giudice europeo e il sostanzialismo del giudice amministrativo nazionale a confronto

La Corte di giustizia ha adottato, in conformità con lo spirito del legislatore europeo, una lettura di tipo sostanziale e funzionale della nozione di organismo di diritto pubblico, finalizzata, secondo il principio dell'effetto utile, ad estendere nella misura più ampia la disciplina in materia di contratti pubblici.

L'orientamento del giudice europeo si può definire di tipo "pubblico - sostanziale", in quanto, da un lato, è indifferente alla forma organizzativa, pubblica o privata, del soggetto, dall'altro, dà rilievo alla sostanza pubblicistica delle fattispecie soggettive e, nella verifica concreta degli elementi, applica un metodo di tipo sostanziale, nel senso che, nell'indagare sulla natura degli enti ai fini dell'applicazione del diritto europeo avente finalità concorrenziali, prescinde dalle qualificazioni formali conferite dai diversi ordinamenti e cerca di attingere alla sostanza economica delle fattispecie, al fine di garantire l'effettività delle regole del mercato (c.d. *workable competition*).

Quanto detto trova riscontro nell'interpretazione sostanziale degli indici di riconoscimento degli organismi di diritto pubblico, perché i giudici comunitari non guardano alla forma societaria o meno del soggetto, ma si concentrano sul fine perseguito di rilievo pubblicistico, che conforma la fattispecie, senza limitarsi a verificare se ci sia, formalmente, un legame con il pubblico potere, ma se, nella sostanza, questo legame indichi che il soggetto non agisce secondo le logiche di mercato, ma secondo le logiche diverse dell'interesse pubblico.

La Corte, pur fornendo fondamentali coordinate per l'interpretazione dei tre presupposti previsti per la qualifica di o.d.p., non detta regole astratte, ma rinvia al giudice nazionale le valutazioni "di merito" sul caso concreto, quali le ragioni alla base della costituzione del soggetto, le circostanze effettive in cui questo opera e così via.

Il giudice europeo ha, inoltre, legato alla qualifica di o.d.p. soltanto l'effetto dell'obbligo dell'evidenza pubblica, per cui è possibile dire che il

sostanzialismo del giudice sopranazionale è, in realtà, strumentale alla maggiore estensione possibile della normativa sui contratti pubblici. L'obiettivo dell'attribuzione della qualifica di organismo di diritto pubblico a soggetti privati, e della conseguente applicazione di norme pubblicistiche, rimane, in questo modo, correttamente circoscritto a quello di assicurare la massima concorrenza all'interno del mercato interno, eliminando gli ostacoli e le discriminazioni potenzialmente derivanti dalle diverse qualifiche che i soggetti ricevono all'interno dei propri ordinamenti nazionali.

Seppur in questi limiti, sembra che il giudice europeo abbia però inteso estendere la disciplina pubblicistica sugli appalti al di là di quanto richiesto dalla garanzia della massima concorrenza nel mercato interno. Secondo il giudice europeo, infatti, è irrilevante ai fini della qualifica di o.d.p. e dell'applicazione della normativa sugli appalti che il soggetto svolga, oltre all'attività d'interesse generale, altre attività a carattere industriale o commerciale, anche in via prevalente. Il tenore letterale della normativa europea o nazionale, che non distingue la tipologia di attività, e il principio di certezza del diritto imporrebbero, in particolare, che l'intera attività dell'ente, compresa quella non esercitata in regime di esclusiva, sia sottoposta alle regole europee in materia di scelta del contraente³³.

L'estensione delle regole di diritto pubblico sulla scelta del contraente anche alla attività d'impresa di un soggetto privato, qualificabile come o.d.p. per un segmento anche residuale di attività di rilievo pubblicistico, appare in realtà eccessivamente limitativa dell'autonomia negoziale e derogatoria del regime privatistico delle imprese. Il rischio di una elusione delle regole sull'evidenza pubblica sarebbe, peraltro, superabile con rimedi sostanzialmente civilistici o societari, quali la separazione strutturale o contabile per lo svolgimento delle distinte attività³⁴.

³³ In tal senso Corte giustizia, C-44/96, C-126/03, C-26/03.

³⁴ Si ritiene di condividere la tesi c.d. dell'organismo di diritto pubblico *in parte qua*, su cui si v. SANDULLI M.A. *Il paternariato pubblico-privato*, cit. 186 ss e, in senso conforme, PATRONI GRIFFI F., *Le nozioni comunitarie di amministrazione: organismo di diritto pubblico, impresa pubblica, società in house*, cit. Nello stesso senso sembra potersi annoverare anche Cons. St., 10 aprile 2000, n. 2078, secondo la quale una determinata società (la s.r.l. Val d'Aosta), pur non potendosi considerare in senso assoluto organismo di diritto pubblico per tutti i rami della sua attività, riceve siffatta qualificazione con riferimento a un determinato settore di sua competenza

Tali considerazioni sono particolarmente rilevanti per capire la differenza fra il sostanzialismo giurisprudenziale europeo e quello del giudice amministrativo nazionale, il quale, al contrario, ha spesso travalicato la soluzione del caso concreto per operare una riqualificazione generale e in senso pubblicistico delle fattispecie privatistiche o caratterizzate da una forte commistione tra pubblico e privato - società per azioni, anche a partecipazione pubblica, o fondazioni di diritto privato -, legando peraltro alla qualifica di un soggetto quale organismo di diritto pubblico l'effetto dell'applicazione non solo della normativa pubblicistica sui contratti, ma anche di tutto il regime di diritto pubblico³⁵.

I giudici nazionali hanno adottato, in particolare, un'interpretazione della nozione di organismo di diritto pubblico «sostanziale», volta cioè a far emergere la sostanza pubblicistica a dispetto della qualificazione privatistica data dalla legge, adottando, dunque, un criterio che va alla «natura delle cose»³⁶.

per il quale, dato il profilo pubblicistico, si registri affievolimento dell'intento lucrativo proprio delle imprese commerciali.

³⁵ La giurisprudenza nazionale si è occupata di diverse tipologie di soggetti, ai fini della qualifica di organismo di diritto pubblico, quali le S.p.A. in mano pubblica, su cui si v. Cons. Stato ad. plen. 23 luglio 2004, n. 9 relativo alla società Grandi Stazioni S.p.a.; Cons. Stato, sez. VI, 2 marzo 2001, n. 1206 sulla società Poste S.p.A.; TAR Lazio, sez. III, 9 giugno 2004, n. 5460 su RAI S.p.A.; Cass., sez. un., 12 maggio 2005, 9940 sulla società interporto Padova; Cons. Stato, sez. V, 23 agosto 2006, n. 4959 sulla CIRA s.c.p.a. TAR Campania, Napoli, sez. I, 21 giugno 2004 n. 9677 sulla società Bagnoli S.p.A. TAR Piemonte, Torino, sez. II, 19 aprile 2004 n. 637 sulla SO.P.R.IN. S.p.A., Società Piemontese per la Rilocalizzazione industriale. La giurisprudenza nazionale si è occupata anche di fondazioni bancarie in Corte Cost. 29 settembre 2003, nn. 300 e 301 con commento di CLARICH M., PISANESCHI A., *Fondazioni bancarie ultimo approdo?*; in *Foro it.*, 2003, I, 1326 e in Cons. Stato, sez. atti normativi, 1 luglio 2002, n. 1354 con commento di VARRONE C., *Le fondazioni bancarie alla luce dei principi di sussidiarietà*, in BOTTARI C., a cura di, *Riforma costituzionale e nuova disciplina delle fondazioni di origine bancaria*, Rimini, 2003, nonché MERUSI F., *La privatizzazione per fondazioni tra pubblico e privato*, in *Dir. amm.*, 2004, fasc. 3, pag. 447. Anche gli enti lirici e il Comitato organizzatore dei XX giochi olimpici invernali Torino 2006 (TOROC) sono stati esaminati sotto il profilo della qualifica di o.d.p. in Cass. ordinanza, sez. un., 8 febbraio 2006, n. 2637 e TAR Piemonte, sez. II 3 marzo 2004, n. 362. Infine, la giurisprudenza interna si è occupata di una serie eterogenea di altri soggetti tra cui le università libere; gli enti fieristici; e, da ultimo, le Casse di previdenza dei liberi professionisti, privatizzate, rispettivamente in TAR Lazio, sez. III, 18 gennaio 2005, n. 351 con commento di CALABRÒ M., *Università non statali e procedure ad evidenza pubblica*, in *Foro amm. - T.A.R.*, 2005 fasc. 5, p. 1769; DE BENETTI C., *Enti pubblici non economici e organismi di diritto pubblico: interpretazione logico-sistematica del quadro normativo. Brevi riflessioni in tema di organismo di diritto pubblico in parte qua* e Cons. Stato, sez. VI 23 gennaio 2006, n. 182, con commento di S. DEL GATTO, *Natura privata e "sostanza pubblica" Il Consiglio di Stato torna a pubblicizzare un ente privatizzato ope legis*, in *Il Foro Amm. C.d.S.*, 2006 fasc. 2, p. 579.

³⁶ Il termine, ora utilizzato frequentemente dalla scienza giuridica in materia, è stato inizialmente richiamato da MERUSI F., *La natura delle cose come criterio di armonizzazione comunitaria nella disciplina sugli appalti*, in *Riv. It. dir. pubbl. comunit.*, 1997, p. 39, per indicare che soggetti formalmente privati - società per azioni, fondazioni e associazioni - presentano in verità caratteristiche tali da far ritenere che nella sostanza siano soggetti aventi natura pubblica.

La giurisprudenza del Consiglio di Stato attribuisce, innanzitutto, rilievo prevalente ed assorbente all'elemento teleologico del soddisfacimento di bisogni d'interesse generale, tanto da omettere, in taluni casi, un'autonoma indagine sul carattere industriale o commerciale dell'attività e sulle modalità in cui viene svolta in concreto. Il giudice amministrativo include, inoltre, soggetti formalmente o anche sostanzialmente privati nella categoria dell'organismo di diritto pubblico, anche a prescindere dal requisito finalistico, come nel caso di una società per azioni integralmente privatizzata (la società generale di informatica – Sogei) qualificata come o.d.p. in virtù delle attività dalla stessa svolte in base ad una convenzione conclusa con il Ministero delle Finanze (Cons. St. , n. 588/2000).

In materia di controllo sulla gestione, il giudice amministrativo ha ritenuto che l'attribuzione di poteri di controllo ad un pubblico potere fosse da sola sintomatica dell'influenza pubblica dominante senza spingersi, invece, in una analisi sui contenuti effettivi del controllo. Prescindendo dalla considerazione che controlli ministeriali sono normativamente previsti anche nei confronti di soggetti senza alcun dubbio privati (come nel caso delle fondazioni o delle società cooperative previste dal codice civile), e dal fatto che i controlli di legittimità non sembrano idonei a determinare una sostituzione della volontà del soggetto controllore a quella del soggetto agente, è stato affermato che l'attribuzione al Ministro del potere di approvazione degli statuti delle Casse di previdenza dei liberi professionisti – privatizzate *ex lege* – fa emergere senza dubbio *«l'esistenza di un controllo pubblico di particolare intensità, tale da corrispondere al requisito dell'influenza pubblica richiesta in sede comunitaria ai fini della qualificazione dell'organismo di diritto pubblico»* (Cons. St., n. 182/2006).

Secondo l'orientamento sostanzialista del giudice amministrativo, la qualificazione di un soggetto in termini di organismo di diritto pubblico è funzionale all'applicazione della normativa sugli appalti pubblici nella vicenda controversa, peraltro anche nel caso d'importo inferiore alla soglia comunitaria, ma anche e soprattutto strumentale ad una ri-qualificazione in senso pubblicistico del soggetto stesso, che risulterebbe, in definitiva, dotato di natura pubblica, come ad esempio disposto in via pretoria per Cassa depositi e prestiti s.p.a. (Cons. St. n. 550/2007), a prescindere dall'attività commerciale eventualmente svolta³⁷.

³⁷ Si v. Cons. Stato, nn. 295/1999, 1206/2001, 3090/2001, 5007/2001, 4711/2002, 2855/2002, 1303/2002, 2292/2004, 7131/2005, 182/2006, 4959/2006, 308/2006, 550/2007. In senso contrario,

Il giudice amministrativo individua, dunque, una nuova natura giuridica in senso pubblicistico di un soggetto giuridico e non si limita ad applicargli la disciplina sull'evidenza pubblica come previsto nell'ordinamento sopranazionale. L'effetto principale di questo approccio è stato quello di estendere, in contrasto con la volontà espressa dal legislatore europeo e nazionale, anche a soggetti privati il complesso delle norme pubblicistiche applicate agli apparati amministrativi e di sottoporre gli atti da questi adottati non alla giurisdizione ordinaria, ma a quella amministrativa con le sue regole peculiari. Il controllo dei requisiti dell'o.d.p. da parte della giurisprudenza amministrativa nazionale è apparso, dunque, funzionale ad allargare la sfera pubblica – la cui area è stata ridotta a seguito delle privatizzazioni – piuttosto che dalla finalità di estendere i principi e le norme in materia di evidenza pubblica in caso di mancato operare delle leggi del mercato³⁸.

Stabilita la natura pubblicistica di un soggetto a partire dalla qualifica di o.d.p., il giudice amministrativo procede, infatti, ad applicare istituti pubblicistici che con la finalità concorrenziale della normativa sugli appalti non hanno nulla a che fare, quali ad esempio il diritto di accesso (come si vedrà meglio nel paragrafo 3.1.)³⁹ o, come è accaduto più di recente, con la qualificazione del Ministero dell'economia e delle finanze quale “socio occulto” della SCIP s.r.l. (Cons. St., sez. IV, .n. 308/2006)⁴⁰.

le Sezioni Unite civili della Cassazione che, con sentenza 4 aprile 2000, n. 97, hanno escluso che l'ente autonomo Fiera di Milano possa essere qualificato come organismo di diritto pubblico, e ciò in ragione della natura sostanzialmente commerciale dell'attività fieristica.

³⁸ In tal senso v. MAZZAMUTO M., *La riduzione della sfera pubblica*, Torino, 2001 e *contra* DUGATO M., *La riduzione della sfera pubblica?*, in *Dir. amm.*, 2002, p. 169 ss.

³⁹ Varie sentenze hanno, infatti, connesso alla natura d'organismo di diritto pubblico la conseguenza del diritto d'accesso, che ben si potrebbe spiegare, invece, con l'ambito d'applicazione della normativa specifica che prevede che tale diritto si eserciti anche nei confronti: “degli enti pubblici e dei gestori di pubblici servizi” (*ex art. 23 legge 241/1990*). Si v. [Tar Lombardia, n. 10/1999 e, con riferimento a “Poste italiane s.p.a.”, Cons. St., Sez. VI, 5 marzo 2002, n. 1303, in *Riv. giur. quadr. pubbl. serv.*, 2002, II-III, 105 ss., con nota di F. GOGGIAMANI, *Da una recente sentenza del Consiglio di Stato lo spunto per tornare ancora una volta sulle società pubbliche*. Si veda, fra le altre, Tar Puglia, Bari, sentenza 27 ottobre 2006, n. 3828, in www.giustizia-amministrativa.it, nella parte in cui si afferma che: «*la selezione indetta dall'A.Q.R. – che è organismo di diritto pubblico e mantiene natura pubblicistica anche a seguito della trasformazione in S.p.A. - costituisce procedura concorsuale pubblica*». Pertanto si ritiene di poter attribuire ad una selezione effettuata da Acquedotto pugliese s.p.a. la natura di pubblico concorso, alla luce della qualificazione di organismo di diritto pubblico posseduta dalla società, facendo così discendere dalla “veste” comunitaria conseguenze evidentemente ultronee rispetto a quelle per le quali è stata elaborata.

⁴⁰ Secondo TORCHIA L. in tal caso “l'invocazione della “sostanza” delle cose valica precisi limiti e si trasforma da semplice indirizzo interpretativo in indirizzo di politica giurisprudenziale privo di

Il recepimento della nozione europea di organismo di diritto pubblico ha contribuito, dunque, non solo ad una nozione sostanziale di pubblica amministrazione, ma, in base all'orientamento giurisprudenziale descritto, ad un allargamento dell'ambito *dei concetti di atto amministrativo e di soggetto amministrativo*, peraltro con un'estensione generalizzata delle discipline pubblicistiche che acquistano, dunque, una *vis expansiva* sproporzionata rispetto all'intento di privatizzare soggetti o attività nazionali.

La funzione della nozione di organismo di diritto pubblico appare, in definitiva, stravolta dal sostanzialismo del giudice amministrativo, in quanto interpretata in modo non strettamente funzionale ad estendere, caso per caso, la normativa in materia di contratti pubblici a soggetti che, in virtù della forma privatistica, avrebbero potuto eludere i principi di concorrenza e parità di trattamento e dunque, rappresentare un *vulnus* per il mercato interno e il principio di non discriminazione. L'interpretazione del giudice amministrativo è stata definita, invece, «essenzialistica», in quanto volta ad operare una «ri-espansione» della sfera pubblica con la conseguente applicazione a soggetti anche sostanzialmente privati di tutto lo statuto pubblicistico e l'assoggettamento dei loro atti alla giurisdizione del giudice amministrativo⁴¹.

3. Le società in mano pubblica tra forma privata e sostanza pubblica

L'analisi delle c.d. società pubbliche o in mano pubblica, oggetto di una cospicua giurisprudenza nazionale sostanzialista, deve prendere le mosse dalla constatazione che i pubblici poteri hanno utilizzato tale modello organizzativo e funzionale con sempre maggiore frequenza, a partire dalla fine del secolo scorso, e lo hanno declinato in una molteplicità di forme societarie, ormai diffuse in modo capillare nei più disparati settori di attività, sia a livello locale che nazionale⁴².

ancoraggio, e anzi per alcuni profili contrastante con principi e qualificazioni generali che, pur essendo formalizzati, non sono affatto formalistici”.

⁴¹ In tal senso v. NAPOLITANO G., *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003, 171 ss.; ID., *Soggetti privati enti pubblici?* in *Dir. amm.*, 2003 p. 801 ss e CORSO G., *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2006, 89 ss.; *contra* ROSSI G. *Gli enti pubblici*, Bologna, 1991; ID., *Gli enti pubblici in forma societaria*, in *Serv. pubbl. app.*, 2004, 221 ss.

⁴² Per i dati quantitativi sul fenomeno delle società pubbliche si v. il Rapporto Assonime, *Principi di riordino del quadro giuridico delle società pubbliche*, settembre, 2008; la relazione sulla Pubblica amministrazione per il 2007 e *Il sistema amministrativo italiano* a cura di TORCHIA L., 202-208 e tabelle n. 15.17 e 15.18.

Le ragioni di tale fenomeno si possono rintracciare nella volontà della pubblica amministrazione di assicurare un modello organizzativo snello ed efficace, capace anche di meglio competere all'interno del mercato interno europeo, di contenere la spesa pubblica e guadagnare margini di autonomia e di libertà al di fuori degli stringenti vincoli posti per l'attività amministrativa, ad esempio in materia di assunzioni o di regole contabili.

Si deve, tuttavia, sempre tener conto della diversità dei contesti funzionali e dei problemi operativi legati all'impiego dello strumento societario per le molteplici finalità perseguite dalla P.A. nel campo dei servizi pubblici e delle altre attività economiche e non economiche. Tali finalità possono consistere, in particolare nell'esigenza di "aziendalizzare", mantenendo però, la proprietà pubblica o di "esternalizzare", "privatizzare" e, se possibile, "liberalizzare" attività economiche, qualificate come di "produzione di beni e servizi" di competenza o di interesse della P.A. o anche di esercitare "in forma privatistica", là dove sia consentito dalla legge, un'attività propriamente amministrativa.

In tutti questi casi, il concetto di "società pubblica" o società che svolge un'attività oggettivamente pubblica comprende una pluralità di tipologie strutturali e funzionali, profondamente diverse tra loro, ciascuna con proprie specifiche problematiche e con regimi giuridici potenzialmente differenziati, in cui la commistione tra diritto privato e pubblico può essere definita a geometria variabile⁴³.

⁴³ Senza pretesa di completezza, sulle società pubbliche, le origini e le relative problematiche si v. GIANNINI M.S., *Le imprese pubbliche in Italia*, in *Riv. soc.*, 1958, 227 ss.; ID., *Il problema dell'assetto e della tipizzazione degli enti pubblici nell'attuale momento*, in *Scritti in onore a M. S. Giannini*, Vol. VI; ID., *Osservazioni sulla classificazione delle imprese pubbliche e sulle forme di controllo*, in *Scritti in onore a M.S. Giannini*; ROSSI G., *Le società per azioni. Enti pubblici*, in *Studi in memoria di Franco Piga*, Milano, 1992, II, p. 1813 ss.; ID., *Gli enti pubblici in forma societaria*, in *Servizi pubblici e appalti*, n. 2, 2004, 224 ss.; IBBA C., *Le società legali*, Torino, 1992; ID., *Società legali e società legifocate*, in *Enc. giur.*, XXIX, Roma, 1993; MARASA' G., *Le società senza scopo di lucro*, Milano, 1984; ID., *Società speciali e società anomale*, in *Enc. giur.*, XXIX, Roma, 1993; CERULLI IRELLI V., *Ente pubblico: problemi di identificazione e disciplina applicabile*, *Ente pubblico ed enti pubblici*, a cura di, CERULLI IRELLI V. e MORBIDELLI G., Torino, 1994, p. 84 ss.; RENNA M., *Le società per azioni in mano pubblica: il caso delle s.p.a. derivanti dalla trasformazione di enti pubblici economici ed aziende autonome statali*, Torino, 1997; GRAZIANO A., *I nuovi confini dell'ente pubblico e dell'atto amministrativo: il caso degli appalti delle società in mano pubblica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1998, Per i più recenti contributi in tema di società pubbliche si rinvia, fra gli altri, a GOISIS F., *Contributo allo studio delle società in mano pubblica come persone giuridiche*, Milano, 2004; OPPO G., *Pubblico e privato nelle società partecipate*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, 157 ss.; NAPOLITANO G., *Le società pubbliche tra vecchie e nuove tipologie*, in *Rivista delle società*, 2005, 999 ss.; SCOCA F.G., *Il punto sulle c.d. società pubbliche*, in *Diritto dell'econom.*, 2005; G. ROSSI, G. CORSO – P. SAVONA, D. VELO, V. VACCARI, L. TORCHIA, E. CARDI, A. BINDI – G. M. CARUSO, *Società in mano pubblica*.

Basti pensare, con riferimento al momento costitutivo, che le società a partecipazione pubblica possono essere istituite per legge, o in base alla legge, o per contratto sociale o possono nascere dalla trasformazione di enti pubblici preesistenti o anche essere conferitarie *ex lege* di funzioni amministrative, pur mantenendo la natura privatistica.

In relazione al capitale sociale, inoltre, la partecipazione pubblica può essere totalitaria (Ferrovie dello Stato s.p.a., Anas s.p.a., Fintecna s.p.a.), maggioritaria con quote vicine al 100% (Rai s.p.a.), di controllo o minoritaria, nonché diretta o indiretta, attraverso la Cassa depositi e prestiti s.p.a., trasformata a sua volta in società per azioni e aperta al capitale privato delle fondazioni bancarie ed, infine, le azioni possono essere o meno quotate in mercati regolamentati ovvero essere o meno diffuse fra il pubblico in misura rilevante (Enel s.p.a., Eni s.p.a., Poste s.p.a.).

Le società possono poi essere soggette in misura diversa all'indirizzo e al controllo degli enti pubblici partecipanti o delle autorità pubbliche (come Terna S.p.a. e Acquirente unico s.p.a nel mercato dell'energia soggette agli indirizzi del Ministro dello sviluppo economico e dell'Aeeg) e il loro oggetto sociale può esaurirsi nello svolgimento, talvolta obbligatorio, di attività di rilievo pubblicistico, ovvero attenere ad attività commerciali di mercato da svolgere in regime di concorrenza.

Le società pubbliche possono, infatti, svolgere funzioni tipicamente amministrative, nuove o già in precedenza svolte da apparati amministrativi (è il caso di società istituite *ex novo* dalla legge come Sviluppo Italia s.p.a., Patrimonio s.p.a.), attività strumentali all'esercizio di funzioni pubblicistiche (come nel caso di Consip s.p.a., istituita con capitale interamente posseduto dal Ministero dell'economia e finanze, investita del compito di operare come centrale di committenza dell'acquisto di beni e servizi delle amministrazioni centrali e di gestione del sistema informatico dell'amministrazione statale) o attività imprenditoriale in settori strategici dell'economia pubblica, che possono svolgere

Controlli e responsabilità, in *Serv. pubbl. app.*, 2/2006, 185 ss.; PIZZA P., *Società per azioni di diritto singolare: rassegna 1999-2003*, in *Giornale dir. a mm.*, 2004, 4, 372 ss.; ID., *Le società per azioni di diritto singolare tra partecipazioni e nuovi modelli organizzativi*, Milano, 2007; CAMMELLI M., DUGATO M., *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, Torino, 2008; DOMENICHELLI V., a cura di, *La società pubblica tra diritto privato e diritto amministrativo*, Padova, 2008; MASSERA A., *Le società pubbliche*, in *Giornale dir. amm.*, n. 8/2009, 889 ss.

in regime di monopolio o, a seconda del grado di liberalizzazione del settore, in regime di completa o parziale concorrenza (è il caso delle società quali Eni, Enel s.p.a.).

L'abuso o l'uso spesso distorto dello strumento privatistico da parte della pubblica amministrazione, soprattutto per sfuggire ai controlli pubblici e alle regole nazionali sulla contabilità di Stato e comunitarie sull'evidenza pubblica, ha innescato una reazione del legislatore e della giurisprudenza italiana, in particolare quella amministrativa, che hanno esteso alle società in partecipazione pubbliche gli obblighi tipici delle amministrazioni pubbliche, talvolta qualificandole come enti pubblici, talaltra, limitandone significativamente l'operatività funzionale e strutturale, in ragione di un criterio sostanziale della c.d. «natura delle cose».

La giurisprudenza amministrativa si è impegnata, in particolare, a riqualificare in senso pubblicistico, con un orientamento sostanzialista condiviso anche dagli altri giudici nazionali, le società oggetto di una privatizzazione formale, o comunque partecipate dai poteri pubblici, dando prevalenza alla sostanza amministrativa delle funzioni, dell'assetto proprietario o comunque del controllo pubblico sulle stesse, senza, però, distinguere le diverse e variegate realtà societarie.

L'operazione ermeneutica della prevalente giurisprudenza amministrativa è stata, infatti, generalizzata ed indiscriminata, tanto da ritenere le società comunque partecipate da un potere pubblico moduli organizzativi a preminente connotazione pubblicistica, con la conseguente affermazione del principio di neutralità della forma societaria rispetto al fine pubblico e applicazione del regime pubblicistico (in materia di controlli, responsabilità, procedimento e giurisdizione amministrativa) a scapito della disciplina di diritto comune e della giurisdizione ordinaria. Le società pubbliche sono, dunque, considerate, quali enti funzionalizzati o c.d. società di diritto speciale, che, in virtù della sostanza pubblica, operano in una regime pubblicistico speciale (v. § seguente).

La tendenza a svalutare la qualificazione formale della natura – pubblica o privata – del soggetto o dello strumento, per enfatizzare, invece, la rilevanza dell'attività svolta a fini pubblici e le relazioni del soggetto con l'amministrazione pubblica ha trovato conforto nella nota sentenza n. 466 del 1993 della Corte costituzionale, sebbene in tale caso il sostanzialismo del giudice delle leggi sia limitato alla questione del controllo della Corte dei conti sulle società pubbliche

tramite la presenza di un magistrato alle riunioni dei consigli di amministrazione (*infra* § 3.2.)

L'orientamento sostanzialista, rimasto costante nelle pronunce del giudice costituzionale⁴⁴, è stato condiviso dalla Corte di Cassazione, anche in relazione alla questione della responsabilità amministrativa degli amministratori di società pubbliche, ed è stato sviluppato dal giudice amministrativo, il quale ha sempre più allargato le maglie della disciplina pubblicistica applicabile alle forme privatistiche⁴⁵.

Il sostanzialismo giurisprudenziale diventa, dunque, sinonimo di prevalenza della sostanza pubblica sulla forma privata, tanto che lo Stato non rileva come azionista, ma come soggetto pubblico, l'azionariato pubblico non conta come patrimonio della società, ma incide – anche indirettamente – sulla finanza pubblica e il bilancio statale ed, infine, l'interesse pubblico prevale sullo scopo di lucro e l'attività d'impresa, in quanto funzionalizzata, acquista un valenza oggettivante pubblica.

Tali considerazioni presentano numerosi rilievi critici perché, di fronte ad una variegata realtà organizzativa e funzionale di società pubbliche, occorre

⁴⁴ Cfr., fra le altre, Corte cost. 19 dicembre 2003, n. 363, in *Foro it.*, 2004, VI, 1687, nella parte in cui, viene riaffermata la natura di ente pubblico in capo ad Italia Lavoro s.p.a. Da ultimo, l'orientamento è stato ribadito in Corte cost., nn. 29/2006 in *Serv. pubbl. app.*, 2006, 411 ss. che ha dichiarato la legittimità costituzionale della legge di una Regione che prevede l'assunzione per concorso del personale delle società pubbliche di servizi, senza peraltro considerare tale principio obbligatorio per le società delle altre Regioni. Sulle fondamentali pronunce Corte cost. 326/2008, 148/2009 si v. il § 3.2.1.

⁴⁵ La Corte di Cassazione ha sempre ritenuto che la società partecipata assumesse natura pubblicistica in tutti i casi in cui fosse investita dell'esercizio di funzioni pubblicistiche in forza di un provvedimento traslativo (ad esempio una concessione) tale da essere configurata quale organo indiretto della pubblica amministrazione, con la conseguente giurisdizione del giudice amministrativo. In tal senso, Cass. Sez. Un. 29 dicembre 1990, n. 12221; Cass., sez. un., 6 maggio 1995, n. 4989, *Siena parcheggi* in «*Foro italiano*», 1996, I, p. 1363 con nota di E. CANNADA BARTOLI, *Servizi pubblici locali mediante società per azioni* e 6 maggio 1995, n. 4991, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1995, 1056 ss. e con nota di GRECO G., *Appalti di lavori affidati da S.p.a. in mano pubblica: un revirement giurisprudenziale non privo di qualche paradosso*; v. anche Cass., sez. un., 06 maggio 1995, n. 4991, *Soc. Siena parcheggi* in «*Rivista della Corte dei conti*», 1995, 3, p. 178 e Cass. Sez. Un. 2 dicembre 1998, n. 12200.; Sez. Un. 5 febbraio 1999, n. 24. Di contro, il giudice amministrativo ha ritenuto che la natura pubblicistica delle società partecipate non scaturisse dal fenomeno del trasferimento dei compiti pubblici o dalla teoria dell'organo indiretto, bensì dalla primarietà dell'interesse pubblico e dalla funzionalizzazione dell'attività rispetto al conseguimento di interessi collettivi. In tal senso, Cons. St., Sez. VI, 20 maggio 1995, n. 498, con le critiche e le riflessioni di CASSESE S., *Gli enti privatizzati come società di diritto speciale: il Consiglio di Stato scopre il diritto naturale* in *Giorn. dir. amm.*, 1995, 1134 ss., e con commento di POLICE A., *Dai concessionari di opere pubbliche alle società per azioni «di diritto speciale»: problemi di giurisdizione* in *Dir. proc. amm.*, 1996, 147 ss. Si v. anche Cons. St., 21 aprile 1995, n. 353; 18 dicembre 1997, n. 1577; Cons. St., sez. VI, 28 ottobre 1998, n. 1478, *Soc. A & I Della Morte c. Soc. Interporto toscano Vespucci*, in «*Foro italiano*», 1999, III, p. 178 e Cons. St., 31 ottobre 2000, n. 5894.

verificare – caso per caso – se la figura soggettiva privata costituisca uno strumento dell'amministrazione per lo svolgimento di compiti istituzionali o se operi al di fuori dell'ambito, non solo organizzativo, ma anche funzionale dell'amministrazione.

Il giudice amministrativo dovrebbe, quindi, essere neutrale di fronte alla forma privata e alla sostanza pubblica, quando strutturalmente o funzionalmente legate tra loro, e guardare prima alla norma, quando esistente, alla sua *ratio*, da interpretare sistematicamente e teleologicamente, ed, infine, al contesto in cui si svolge l'attività, perché quando viene esercitata in regime di libera concorrenza e in competizione con altri operatori, a parità di condizioni giuridiche, con metodo economico e rischio d'impresa, dovrebbe prevalere la sostanza privatistica, nonostante la presenza dei pubblici poteri nella compagine sociale.

3.1. L'interazione tra forma e sostanza nel regime giuridico applicabile alle società pubbliche

Il fenomeno delle società pubbliche rappresenta uno dei maggiori campi applicativi in cui è possibile analizzare la fusione o, talvolta la sovrapposizione, fra regole, principi e istituti tipici del diritto pubblico e del diritto privato, consentendo così di verificare che la caratteristica propria del diritto amministrativo è oggi "l'embricazione", la concorrenza e la contaminazione fra pubblico e privato⁴⁶.

Il problema che si pone di fronte a tale complessa commistione consiste principalmente nell'individuare, di volta in volta, il regime giuridico applicabile ad un soggetto o ad un'attività, formalmente regolata dal diritto privato (schema

⁴⁶ Sull'evoluzione del rapporto tra diritto pubblico e diritto privato ed il superamento della contrapposizione, CASSESE S., *Le basi del diritto amministrativo*, Milano, 1995; EISEMANN C., *Droit public, droit privé*, in «Revue de droit public», 1952, p. 203 ss.; GALGANO F., "Pubblico" e "privato" nella qualificazione della persona giuridica, in «Rivista trimestrale di diritto pubblico», 1966, p. 279 ss.; GIANNINI M. S., *Diritto pubblico e privato nel diritto dell'economia*, in *Scritti in onore a M. S. Giannini*, Vol. V, 1963-1969; CERULLI IRELLI V., *Verso la contrazione dell'area pubblica: l'amministrazione tra diritto amministrativo e diritto comune*, in *Dallo Stato monoclasse alla globalizzazione*, a cura di CASSESE S., GUARINO G., Milano, 2000; NAPOLITANO G., *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2003; OPPO G., *Diritto privato e interessi pubblici*, in «Rivista di diritto civile», 1994, p. 25 ss.; PUGLIATTI S., *Diritto pubblico e diritto privato*, in «Enciclopedia del diritto», vol. XIII, Milano, Giuffrè, 1964, p. 720 ss.; TORCHIA L., *Privatizzazioni e azione amministrativa*, in *Pubblica amministrazione e privatizzazioni dopo gli anni '90. Un primo bilancio*, a cura di CAMMELLI M. e G. SCIULLO, *Quaderni della Spisa*, Rimini, 2004.

societario e attività d'impresa), ma sostanzialmente di rilievo pubblicistico (patrimonio, controllo o interesse pubblico). Non basta, infatti, la mera qualificazione, anche da parte del legislatore, di un soggetto o di un'attività come «privato» o «pubblica» per determinare se siano applicabili le norme costituzionali sull'imparzialità e sul buon andamento, piuttosto che i principi di autonomia privata e libera iniziativa economica oppure le norme sul procedimento amministrativo o anche le norme di contabilità pubblica, piuttosto che le regole del codice civile.

L'ordinamento presenta, infatti, numerosi casi di soggetti pubblici o sostanzialmente pubblici che sono sottoposti o applicano anche regole di diritto privato (si pensi agli enti pubblici economici o alle società a totale partecipazione pubblica) e di soggetti privati che sono sottoposti o applicano regole di diritto pubblico, come ad esempio avviene, in via generale, per tutti i «soggetti privati preposti all'esercizio di attività amministrative», che secondo l'articolo 1, comma 1 *ter*, della legge n. 241/1990 devono assicurare il rispetto dei criteri di economicità, di efficacia, di imparzialità di pubblicità e di trasparenza e dei principi dell'ordinamento comunitario, al pari di qualsiasi amministrazione pubblica⁴⁷.

La realtà delle società pubbliche è ancora più complessa in virtù di molteplici fattori. Si è già visto nel paragrafo precedente che il fenomeno si declina in numerose e diverse formule organizzative e funzionali, ciascuna potenzialmente oggetto di un regime giuridico differenziato. L'assenza di un quadro normativo chiaro e la presenza, invece, di singole disposizioni settoriali di deroga al codice civile, spesso incerte e contraddittorie, complica significativamente la soluzione del problema delle regole applicabili alle società pubbliche o a ciascuna tipologia delle stesse.

Il modello delle società pubbliche risponde, inoltre, sia ad una logica di funzionalizzazione all'interesse pubblico, sia ad una logica di autonomia nello svolgimento dell'attività imprenditoriale e richiede che siano soddisfatte

⁴⁷ DEL GATTO S., *La privatizzazione degli enti pubblici non economici e il mutato rapporto pubblico-privato anche alla luce della riforma dell'art. 1 della legge n. 241/1990*, in *Servizi pubblici e appalti*, 2006, p. 35 ss.

contemporaneamente l'esigenza di buon andamento dell'azione amministrativa e, in termini di politica economica, di garanzia di un mercato concorrenziale⁴⁸.

Tutti questi elementi rendono chiaro che la disciplina delle società pubbliche, oltre ad essere attualmente disorganica, è anche composta da regole del codice civile e da regole derogatorie pubblicistiche, che si combinano tra loro in modo differente a seconda della fattispecie societaria e delle diverse esigenze o logiche di fondo, che in un determinato momento storico si vogliono far prevalere.

Il tradizionale rapporto di specialità tra modello codicistico e regole pubblicistiche, inteso come rapporto di *genus* e *species*, è stato stravolto, inoltre, dal legislatore e dal giudice nazionale, i quali hanno trascurato e continuano a dequotare la fattispecie generale di riferimento (il c.c.), a favore della regola speciale e derogatoria, considerata auto-sufficiente, la cui specialità è stata spesso estesa, fino a diventare regola generale⁴⁹.

Le deroghe legislative e giurisprudenziali alla disciplina comune sono legate, in particolare, ad una sostanza ritenuta quasi sempre pubblicistica e sono giustificate dall'esigenza di tutelare particolari interessi pubblici, di rango superiore, i quali verrebbero compromessi dalla sola applicazione della disciplina privatistica⁵⁰.

⁴⁸ Sulle questioni che caratterizzano negativamente il tema delle società pubbliche e che devono essere risolte per raggiungere l'obiettivo di combinare al meglio il perseguimento degli obiettivi pubblici con l'efficiente gestione societaria si v. CHITI M.P., *Le carenze della disciplina delle società pubbliche e le linee direttrici per un riordino*, in *Giornale dir. amm.*, n.10/2009, 1115 ss. il quale individua, tra le carenze: il disordine regolativi; il prevalente approccio unitario ad una categoria di soggetti giuridici che non è omogenea; l'inattuazione delle più innovative riforme tentate ed, infine, una giurisprudenza erratica e talora contraddittoria

⁴⁹ Sul carattere relativo dell'attributo della specialità v. IRTI N., *L'età della decodificazione*, Milano, Giuffrè, 1999, pp. 53 ss.; MORBIDELLI G., *Verso un diritto amministrativo meno speciale*, in *Dir. pubblico*, 1997. Sul carattere delle specialità nelle società pubbliche e sulla necessità di una legge di riordino "tagli-specialità" si v. CLARICH M., *Società di mercato e quasi-amministrazioni*, relazione al convegno su *Le società pubbliche tra Stato e mercato: alcune proposte di razionalizzazione della disciplina*, 13 maggio 2009, in www.giustizia-amministrativa.it. Sulla specialità delle norme sulle società pubbliche quale mezzo per recuperare la "fuga" delle amministrazioni dal diritto pubblico, come fu per gli enti pubblici rispetto agli apparati ministeriali, ma anche quali strumenti anomali di governo societario si v. FONDERICO G., *Privatizzazioni, Patrimonio s.p.a. e società pubbliche* in *Giornale dir. amm.*, n. 11/2009, 1166 ss. *it*

⁵⁰ Sulla tutela degli interessi in relazione alla scelta tra pubblico e privato si v. ROSSI G., *Diritto pubblico e diritto privato nell'attività della pubblica amministrazione: alla ricerca della tutela degli interessi*, in «Diritto pubblico», 1998, p. 661 ss. MARZUOLI C., *Le privatizzazioni fra pubblico come soggetto e pubblico come regola*, in *Dir. pubbl.*, 1995, p. 412; ID., *Tutela del cittadino e "privatizzazione" dell'amministrazione*, in *Cittadino e amministrazione nel diritto comparato*, a cura di ROZO ACUNA E., Napoli, 2000; F. DE LEONARDIS, *Soggettività privata e azione amministrativa. Cura dell'interesse generale e autonomia privata ne nuovi modelli di amministrazione*, Padova, Cedam, 2000.

La tutela della concorrenza all'interno del mercato interno ha ad esempio giustificato il legislatore europeo e nazionale ad estendere alle società pubbliche regole pubblicistiche speciali. E' questo il caso delle numerose direttive comunitarie, in materia di contratti pubblici, che hanno imposto alle società private o formalmente tali, aventi i requisiti dell'organismo di diritto pubblico, l'obbligo di ricorrere alle procedure ad evidenza pubblica, in deroga al principio civilistico di libertà e autonomia nella scelta del contraente. Sempre con la finalità di tutelare la concorrenza, il legislatore ha giustificato limiti significativi all'operatività delle società pubbliche (quali ad esempio art. 23 *bis* d.l. 112/2008 e 13 decreto bersani), mentre con la disciplina delle società *in house* si è cercato di determinare le condizioni in presenza delle quali l'amministrazione pubblica può procedere ad affidamenti diretti, senza ricorrere al mercato.

Le problematiche legate alle società *in house*, società miste e società "strumentali" saranno analizzate nello specifico nei paragrafi seguenti, rappresentando, peraltro, esempi in cui il legislatore è tornato sui suoi passi per ridurre i vincoli pubblicistici derogatori, attenuando, di conseguenza, il grado di specialità della disciplina delle società pubbliche.

Ci sono casi, inoltre, in cui l'applicazione di un regime pubblicistico derogatorio stabilito è stato ridotto, non tanto per volontà dello stesso legislatore, ma perché censurato dalla giurisprudenza europea. Nelle leggi di privatizzazione di enti pubblici economici, il legislatore nazionale ha spesso riconosciuto all'azionista pubblico, poteri e prerogative speciali rispetto gli ordinari poteri previsti dal codice civile (la c.d. *golden share*), quali ad esempio i poteri di nomina e di veto all'acquisizione di partecipazione rilevanti, limiti al possesso azionario, tetti al diritto di voto⁵¹.

L'attribuzione di tali poteri e di diritti speciali all'azionista pubblico attribuiscono all'autorità pubblica italiana (il Mef), ad avviso della Corte di giustizia, un *potere discrezionale sproporzionato*, in contrasto con l'art. 63 del Trattato (ex art. 56 del Trattato Ce) in materia di libera circolazione dei capitali. Il giudice europeo ha, inoltre, confermato l'illegittimità della *golden share* anche alla luce del carattere impreciso ed indeterminato dei criteri previsti per l'esercizio

⁵¹ Cfr. art. 2 del d.l. 31 maggio 1994 n. 332, convertito con la l. 30 luglio 1994 n. 474 e modificato dalla l. 24 dicembre 2003 n. 350.

dei poteri speciali per cui l'ambito applicativo dell'istituto derogatorio è stato sostanzialmente svuotato di contenuti ad opera della giurisprudenza europea⁵².

La Corte di giustizia ha, quindi, limitato l'applicazione alle società pubbliche di una norma (l'art. 2449 c.c.) che prevede un controllo pubblico non proporzionato rispetto alla partecipazione nel capitale sociale, in quanto ritenuta contraria ai principi del Trattato perché lesiva della libertà di circolazione dei capitali e sproporzionata rispetto alla finalità di assoggettare le società pubbliche alla medesima disciplina di quelle private.

La linea di confine tra regime privatistico e pubblicistico è, dunque, particolarmente difficile da tracciare, considerando anche le molteplici disposizioni, spesso contenute in leggi settoriali, che si susseguono nel tempo secondo una logica di riforme e controriforme, purtroppo senza alcun carattere di sistematicità. Il legislatore ha di recente esteso l'ambito applicativo dello statuto pubblicistico, prevedendo espressamente che le norme sul procedimento amministrativo si applicano alle *società con totale o prevalente capitale pubblico, limitatamente all'esercizio delle funzioni amministrative* e che le società a totale partecipazione pubblica debbano applicare le regole concorsuali per il reclutamento del personale, assumendo quale presupposto, dunque, la loro natura di semi-amministrazioni⁵³.

Il quadro complesso e multiforme delle società pubbliche, in cui il legislatore tendenzialmente allarga l'area del pubblico, è complicato dall'opera della giurisprudenza, anch'essa impegnata ad estendere il regime pubblicistico derogatorio. Come si vedrà in dettaglio nei prossimi paragrafi, il giudice della suprema Corte di Cassazione ed il giudice contabile hanno esteso il controllo della Corte dei conti e l'istituto della responsabilità amministrativa agli amministratori delle società pubbliche, partendo dalla fondamentale sentenza del

⁵² Corte di giustizia, 6 dicembre 2007, C- 463/04 e 464/04 e Corte di giustizia, 26 marzo 2009, C-326/07. In senso conforme, Cass., SS.UU., 15 aprile 2005, n. 7799. Sul tema della golden share si v. F. MERUSI, *La Corte di giustizia condanna la golden share all'italiana e il ritardo del legislatore*, in *Dir. pubbl. comp. e eur.*, 2000, 1236-38; SPATTINI G.C., *Poteri pubblici dopo la privatizzazione. Saggio di diritto amministrativo dell'economia*, Torino, 2006; ID., «Vere» e «false» «golden shares» nella giurisprudenza comunitaria. La «deriva sostanzialista» della Corte di Giustizia, ovvero il «formalismo» del principio della «natura della cosa»: il caso *Volkswagen*, e altro; ID., *La «golden share» “all italiana” finalmente “presa sul serio” dalla Corte di Giustizia? La nuova (e forse perplessa) condanna della “Grundnorm” delle privatizzazioni “sostanziali”* in www.giustamm.it

⁵³ Sul primo punto si v. l'art. 10 e 71 legge n. 69 del 2009 che modifica l'art. 29 della legge n. 241 del 1990 e, in tema di reclutamento, si v. anche l'art. 18, d.l. 25 giugno 2008, n. 112.

giudice costituzionale, secondo il quale le società per azioni, derivanti dalla privatizzazione formale hanno mantenuto una «*natura differenziata e speciale*» e «*connotazioni proprie della loro originaria natura pubblicistica*» (Corte cost., n. 466/93)⁵⁴. In seguito a questa pronuncia, confermata dal giudice costituzionale in altre occasioni, l'estensione di discipline pubblicistiche anche a soggetti privati ad opera della giurisprudenza è divenuta più frequente e, soprattutto, ha riguardato porzioni sempre più ampie dello statuto pubblicistico, ben al di là del controllo di gestione, cui si riferiva il giudice delle leggi.

Seguendo questa tendenza, la giurisprudenza amministrativa ha, inoltre, affermato che le società per azioni partecipano della natura pubblica dell'azionista di controllo e del patrimonio, che giustifica l'applicazione di norme pubblicistiche derogatorie alla disciplina del codice civile. Queste società per azioni, partecipate, in varia misura dallo Stato o costituite per legge sono, pertanto, ad avviso della giurisprudenza dominante, in realtà enti pubblici sotto forma di s.p.a. ai quali di conseguenza si applica, integralmente e a prescindere dalla espressa qualificazione in termini privatistici che ne dà il legislatore, la disciplina diretta agli apparati amministrativi, al fine di assicurare l'orientamento a fini pubblici (*ex multis* Cons. St., n. 4711/2002; Cons. St., n. 1206/2001; Cons. St., n. 550/2007)⁵⁵.

⁵⁴ Corte cost., 28 dicembre 1993, n. 466, con note di CERRI A., *La "mano pubblica" e la gestione in forma privata di attività economiche. Problemi processuali e sostanziali di un interessante conflitto* e di PINELLI C., *Prudenza e giurisprudenza in un'interpretazione adeguatrice* in *Giur. cost.*, 1993. In precedenza, invece, in senso difforme, Corte cost. 7 aprile 1988, n. 396, in cui si è stabilita la natura sostanzialmente privata di soggetti successivamente pubblicizzati dalla legge. In argomento si v. FERRARA L., *Enti pubblici ed enti privati dopo il caso I.P.A.B.: verso una rivalutazione del criterio sostanziale di distinzione?*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1990; Corte cost. 5 febbraio 1992, n. 35 con note di GARZONA N., *Strumentalità pubblicistica e disciplina di diritto privato nel regime di una società finanziaria regionale* e di CIRENEI M.T., *Le società per azioni a partecipazione regionale tra legislatore comunitario e legislatori nazionali nella sentenza della Corte costituzionale n. 35 del 1992: verso la formazione di un diritto societario regionale?*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1993, II; DUGATO M., *Potestà legislativa regionale e disciplina civilistica delle società*, in *Dir. amm.*, 1995, p. 415 ss. In senso conforme alla sentenza Cheli, si v. *ex multis*, Corte cost. 17 maggio 2001, n. 139; Corte cost. 19 dicembre 2003, n. 363 e Corte cost., 1 febbraio 2006, n. 29, secondo cui "una società, per essere a capitale interamente pubblico, ancorché formalmente privata, può essere assimilata, in relazione al regime giuridico, ad enti pubblici".

⁵⁵ Le decisioni più risalenti che si esprimono nel senso del riconoscimento della natura pubblicistica delle società per azioni a partecipazione pubblica sono Cons. St., 19 gennaio 1938 n. 33, caso Agip, (*contra* Cass. sez. un. 7 marzo 1940, n. 18), con commento di PASQUINI G., e Cons. St., 25 maggio 1979, n. 384, con commento di PATRONI GRIFFI A., in *Le grandi decisioni del Consiglio di Stato*, a cura di, PASQUINI G. e SANDULLI A., Milano, 2001, p. 235 ss. Si v., anche Cons. St., n. 498/95 (*contra* Cass., SS.UU. n. 4989/95, fautrice della tesi privatistica delle società per azioni a partecipazioni pubblica); Cons. St. n. 1478/1998; n. 1885/2000; n. 1303/2002; n. 2855/2002; n. 7264/2003; n. 7800/2004; n. 308/2006. In dottrina, sui diversi orientamenti giurisprudenziali del giudice amministrativo, favorevoli o contrari alla tesi pubblicistica delle società pubbliche si v. in particolare, MALTONI A., *Enti riqualificati in senso pubblicistico dalla giurisprudenza ed enti equiparati alla p.a. sul piano funzionale. I privati esercenti attività*

Il giudice amministrativo ha, inoltre, utilizzato la nozione comunitaria di organismo di diritto pubblico per giustificare una sostanza pubblicistica di un ente privato, formalmente o anche sostanzialmente tale, ai fini dell'applicazione, non solo dell'evidenza pubblica, ma anche e soprattutto dell'intero regime pubblicistico, come ben testimoniato dall'estensione dell'istituto dell'accesso. L'ambito applicativo del diritto di accesso è stato esteso in via pretoria anche a prescindere dalla qualificazione di organismo di diritto pubblico, arrivando a prevederlo nei confronti di ogni tipo di attività della p. a., compresi gli atti di diritto privato, in quanto ogni attività dell'amministrazione è vincolata all'interesse collettivo ed, inoltre, nei confronti di soggetti formalmente privati, quando svolgono un'attività di pubblico interesse, ancorché con procedure e atti di diritto privato (Cons. St., Ad. pl. n. 4 e 5/1999)⁵⁶.

Il giudice amministrativo ha esteso, inoltre, il diritto di accesso ben al di là della disposizione che attualmente lo prevede in capo ai gestori privati di servizi

amministrative dopo la riforma della l. n. 241/90, in Servizi pubbl. e appalti, 2006, 333 ss.; PIZZA P., Le società per azioni di diritto singolare tra partecipazioni pubbliche e nuovi modelli organizzativi, Milano, 2007, 379 ss. Sui rilievi critici di merito e di metodo dell'opera sostanzialista della giurisprudenza che dalle deroghe al regime civilistico trae la natura pubblica del soggetto privato si v. NAPOLITANO G., Soggetti privati "enti pubblici"?, in Dir. amm., 2003, pp. 801 ss.; ID., Regole e mercato nei servizi pubblici, Bologna, 2005, pp 57-76; ID., Il giudice amministrativo di fronte alla privatizzazione, in Regole, concorrenza e mercato, 2003, n. 3, pp. 543-544. L'Autore individua, inoltre molteplici cause dell'orientamento sostanzialista. "La reazione pubblicizzante, infatti, è funzionale all'espansione della giurisdizione amministrativa" e risulta, quindi, necessaria per mantenere un importante potere decisionale sia nell'ambito della giurisdizione esclusiva che di legittimità. "Un'altra causa risiede nella complessità e nell'ambiguità delle discipline sostanziali" a fronte del fenomeno delle privatizzazioni e dell'avvento del diritto comunitario. Secondo il giudice amministrativo, l'applicazione delle tradizionali categorie pubblicistiche agli istituti civilistici, mira a tutelare ancor più efficacemente gli interessi pubblici e privati, minacciati da una meccanica applicazione delle regole privatistiche. Infine, l'orientamento del giudice amministrativo si deve rapportare anche alla propria formazione culturale e all'esigenza di valorizzare le proprie competenze, ad esempio postulando l'esistenza di "uno statuto unitario dell'attività amministrativa, a prescindere dall'uso di strumenti pubblicistici o privatistici". In senso contrario, si v. ROSSI G., Gli enti pubblici in forma societaria, in Servizi pubblici e appalti, 2004, p. 221 ss. Si v. anche CERULLI IRELLI V., Ente pubblico: problemi d'identificazione e disciplina applicabile secondo cui è necessario accertare l'eventuale pubblicità di un ente per determinare l'ambito di applicazione soggettiva delle norme dirette alle amministrazioni e agli enti pubblici.

⁵⁶ L'Adunanza plenaria si esprime in senso conforme a Cons. St., n. 82/97, non accogliendo, dunque, né l'orientamento restrittivo, secondo cui il diritto di accesso è configurabile solo a fronte di un'attività amministrativa di diritto pubblico della pubblica amministrazione (Cons. St., n. 412/1995), né quello intermedio, in base al quale il diritto di accesso ha ad oggetto l'attività amministrativa in senso ampio, anche quando realizzata attraverso strumenti privatistici, ma non è esercitabile quando l'attività privatistica è disancorata dall'interesse pubblico che l'ente è chiamato a curare (Cons. St., n. 14/98). In senso conforme all'Adunanza plenaria si v. *ex multis*, Cons. st., n. 5625/09 e per un *excursus* sui diversi indirizzi, Cons. St., n.9829/2001, con commento di DEL GATTO S., *Accesso agli atti delle società privatizzate e imparzialità della pubblica amministrazione (ovvero sull'ostensibilità degli atti dell'ente Poste S.p.a)*, in *Foro Amministrativo - C.d.S.*, 2002, p. 1041.

pubblici (art. 22 l. n. 241/1990 e s.m.i.). Il giudice amministrativo ha, infatti, riconosciuto il diritto di accesso non solo in relazione all' *attività di pubblico interesse disciplinata dal diritto nazionale o comunitario* del gestore privato, ma anche nei confronti della loro attività di diritto privato che, pur non costituendo direttamente gestione del servizio stesso, sia collegata a quest'ultima da un nesso di strumentalità derivante anche sul versante soggettivo, dalla intensa conformazione pubblicistica⁵⁷.

Tale orientamento sostanzialista del giudice e del legislatore, decisamente propenso a guardare solo ad estendere il regime derogatorio, si dovrà, però, conformare alla fondamentale e, di certo, più equilibrata distinzione tracciata dal giudice costituzionale in tema di società pubbliche (sentenza n. 326/2008 su cui *infra* § 3.2.1.). Si deve distinguere, infatti, tra società anomale o di diritto speciale, che esercitano una funzione amministrativa o svolgono un'attività strumentale alla stessa, in cui il ricorso al modello privatistico della società per azioni non cambia effettivamente la sostanza pubblica del soggetto, per cui la disciplina può, in base alle scelte del legislatore, che non incontra, qui, particolari limiti, e alle esigenze sottese all'istituzione di queste società, derogare in varia misura alle disposizioni codicistiche in materia di s.p.a.

Nel caso, invece, di società "di mercato" ovvero società, variamente collegate al potere pubblico, che svolgono attività d'impresa in regime di concorrenza – per lo più le società per azioni derivanti dal processo di privatizzazione degli enti pubblici economici – la disciplina applicabile deve essere quella comune alle società private, regolate dal diritto civile, a prescindere dalla qualificazione pubblicistica propria dell'azionista.

⁵⁷ In tal senso, di recente, Cons. St., n. 5987/09 secondo cui i dipendenti di poste s.p.a. anche se cessati dal rapporto di lavoro hanno diritto ad accedere agli atti relativi all'organizzazione interna della società, a nulla rilevando che l'attività di poste si svolga in parte in regime di concorrenza. La gestione del rapporto di lavoro con i propri dipendenti è da ritenere strumentale al servizio gestito da poste ed incidente potenzialmente sulla qualità del servizio, il cui rilievo pubblicistico va valutato tenendo conto non solo della dimensione oggettiva, ma anche di quella propriamente soggettiva di Poste italiane. Nello stesso senso, in precedenza, si v. Cons. St., n. 1303/2002, n. 2618/2002, n. 2855/2002, Cons. St., n. 4739/2008 sulla società SIAE, Cons. St., n. 5569/2007, il quale ritiene attività strumentale alla gestione del servizio pubblico, e quindi soggetta all'accesso, l'attività di organizzazione del personale anche con riferimento ai dipendenti che non operano a contatto con gli utenti (nel caso in esame si trattava di dipendenti di Trenitalia S.p.a. con mansioni di addetti di macchina). Da condividere la tesi contraria di NAPOLITANO G., *Regole e mercato nei servizi pubblici*, cit., secondo il quale "l'applicazione del diritto di accesso sarebbe da negare in relazione alle vicende connesse allo svolgimento dei rapporti contrattuali, tanto più ove relativi soltanto all'esercizio dell'attività commerciale, dato che i privati, in tali ipotesi, non si presentano come amministrati e possono adeguatamente tutelare i propri interessi in base agli strumenti di diritto comune e alle eventuali norme di specie", p. 70

In questa direzione sembra muoversi la più recente, ma ancora timida, giurisprudenza amministrativa che, da una parte, ribadisce la prevalenza, ai fini della qualificazione di un soggetto come pubblico o privato, del criterio della sostanza sulla forma, a fronte di una privatizzazione meramente formale dell'ente pubblico economico, ma poi rileva che la partecipazione pubblica al capitale sociale, la previsione statutaria che rimette agli enti pubblici soci la designazione degli amministratori, nonché le finalità di interesse pubblico desunte dall'oggetto sociale non costituiscono "indici di riconoscibilità" della natura pubblica, tali da consentire l'applicazione della normativa prevista per le pubbliche amministrazioni⁵⁸.

L'interazione sempre più stretta fra diritto privato e diritto pubblico e fra forma e sostanza nel diritto applicabile alle società pubbliche richiede, dunque, un continuo affinamento degli strumenti di analisi e di interpretazione da parte di tutti i soggetti coinvolti (legislatore, giudice, dottrina e pubblica amministrazione). Per individuare la disciplina applicabile è necessario concentrarsi sui criteri di coesistenza fra pubblico e privato, senza inseguire le variazioni delle qualificazioni formali del legislatore o gli orientamenti volti a riconoscere sempre una "sostanza pubblicistica" dei giudici nazionali. Il legislatore dovrebbe, in definitiva, procedere ad un riordino della disciplina sulle società pubbliche, allargando lo statuto pubblicistico solo alle ipotesi in cui deve prevalere l'interesse pubblico.

Dal canto suo, il giudice amministrativo dovrebbe essere più cauto nella qualificazione pan-pubblicistica delle società pubbliche e nell'applicazione generalizzata delle regole di diritto pubblico. Sarebbe, invece, auspicabile un'accorta opera di decostruzione delle fattispecie concrete per verificare, caso per caso, l'intreccio tra pubblico e privato, e poi ricostruire il regime applicabile, che ben può essere misto, in base alla *ratio* della disciplina di riferimento e agli effetti e alle conseguenze sul

⁵⁸ Si v. in tal senso Tar Lazio, n. 2779/2008 che si è pronunciato a favore della natura privatistica della società Fiera di Genova S.p.A., in virtù della prevalenza sui tratti pubblicistici del regime concorrenziale in cui si svolge l'attività fieristica e la previsione legislativa secondo cui tale società è di diritto privato e si svolge in forma libera.

piano della realtà giuridica, avendo riguardo soprattutto al sistema d'interessi e tutele⁵⁹.

3.2. Il controllo sulle società pubbliche e la questione della responsabilità degli amministratori: il differente “sostanzialismo” dei giudici nazionali

Il ricorso al modulo organizzativo societario per svolgere attività d'interesse generale o attività d'impresa, ma con un apporto finanziario pubblico, ha determinato il problema di stabilire il regime dei controlli e della responsabilità applicabile ai nuovi soggetti, talvolta solo formalmente, talaltra, invece, sostanzialmente privati.

Le questioni più problematiche, che hanno dato vita ad oscillanti orientamenti giurisprudenziali di tipo sostanzialista, sono essenzialmente due e riguardano la configurabilità del controllo della Corte dei conti sulla gestione degli enti pubblici economici o delle società per azioni in mano pubblica e la tipologia di responsabilità (amministrativa, civile e contabile) da applicare agli amministratori o ai dipendenti di una società pubblica per i danni direttamente o indirettamente arrecati alla società stessa o alla pubblica amministrazione, a causa di una scorretta e/o inefficiente gestione dell'attività⁶⁰.

Questa ultima questione ha dato adito, in particolare, a soluzioni controverse sia in dottrina che in giurisprudenza, riconducibili alle differenti tesi della applicabilità della responsabilità amministrativa o, al contrario della responsabilità civile, o,

⁵⁹ Si ritiene, dunque, di condividere la tesi di TORCHIA L., *Privatizzazioni e azione amministrativa*, in *Pubblica amministrazione e privatizzazioni dopo gli anni '90. Un primo bilancio*, a cura di CAMMELLI M., SCIULLO G., in Quaderni della Spisa, Rimini, 2004, secondo la quale, “il diritto amministrativo risulta sempre più spesso la risultante della commistione fra regole di diritto pubblico e regole di diritto privato, che devono essere ricostruite nella specificità del loro intreccio in relazione alle diverse fattispecie, di modo che, al contrario di quanto ci si poteva attendere, l'effetto delle privatizzazioni non è l'arretramento del diritto amministrativo, ma piuttosto la sua riconfigurazione nel diritto positivo”

⁶⁰ Sulla prima questione il riferimento è, in particolare, al controllo di gestione, ex art. 12 della legge n. 259/1958, relativo alla gestione finanziaria degli enti ai quali lo Stato contribuisce in via ordinaria e che implica l'invio alla Corte dei conti dei bilanci e dei consuntivi, la presenza di un magistrato della Corte dei conti durante le sedute degli organi di amministrazione ed il referto della Corte dei conti alle Camere sui risultati raggiunti oltre alla possibilità di formulare rilievi ai Ministri competenti. Per un approfondimento dell'argomento si v. PEREZ R., *I controlli sugli enti pubblici economici privatizzati*, in *Le trasformazioni del diritto amministrativo*, a cura di AMOROSINO S., Milano, 1995; RAMAJOLI M., *Il controllo della Corte dei conti sugli enti pubblici economici trasformati in società per azioni*, in *Dir. amm.*, 1995. In tema di responsabilità si v. TORCHIA L., *La responsabilità*, in CASSESE S., a cura di, *Trattato di diritto amministrativo, Diritto amministrativo generale*, tomo II, Milano, 2003, pp. 1649-1713.

ancora, della cumulabilità delle due azioni, esercitate rispettivamente dalla Procura della Corte dei conti o dai soci, con rilevanti conseguenze in termini di giurisdizione competente⁶¹.

L'analisi di tali problematiche è riconducibile, in definitiva, all'estensione della giurisdizione e delle prerogative della Corte dei conti, messe in discussione proprio dai processi di privatizzazione di enti pubblici economici e di conferimento di funzioni pubbliche a soggetti privati. L'assenza di un quadro legislativo chiaro e completo in materia rende fondamentale l'esame della ricca giurisprudenza del giudice costituzionale, della Suprema Corte e del giudice contabile, che hanno sviluppato differenti correnti sostanzialiste, da analizzare nel dettaglio per coglierne i contenuti, le implicazioni teoriche e pratiche e le profonde criticità.

Nella nota sentenza Cheli (n. 466/1993), il giudice costituzionale ha esteso alle società per azioni privatizzate, partecipate da un azionista pubblico, il

⁶¹ Per un approfondimento sul tema della responsabilità applicabile agli amministratori e ai dipendenti di enti pubblici economici e di società pubbliche si v. in dottrina TORCHIA L., *Responsabilità civile e responsabilità amministrativa per le società in partecipazione pubblica: una pericolosa sovrapposizione*, in *Servizi pubblici e appalti*, n. 2, 2006; ID., *La responsabilità amministrativa per le società in partecipazione pubblica*, in *Giornale dir. amm. n.*, 7/2009, p. 791 ss.; ID. diretto da, *La responsabilità degli amministratori di società a partecipazione pubblica*, paper pubblicato in www.astrid.it; ANDREANI A., *Saggio sulla responsabilità patrimoniale degli amministratori degli enti pubblici economici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1989, 16 ss.; POLICE A., *La disciplina attuale della responsabilità amministrativa*, in SCOCA F.G., a cura di, *La responsabilità amministrativa e il suo processo*, Padova, 1997, 61 ss.; A. PAJNO A., *Il rapporto con le altre giurisdizioni: concorso o esclusività della giurisdizione di responsabilità amministrativa?*, IBBA C., *Azione ordinaria di responsabilità e azione di responsabilità amministrativa in materia di società in mano pubblica. Il rilievo della disciplina privatistica*, CAPUTI JAMBRENGHI V., *Azione ordinaria di responsabilità ed azione di responsabilità amministrativa in materia di società in mano pubblica. L'esigenza di tutela degli interessi pubblici in Responsabilità amministrativa e giurisdizione contabile (ad un decennio dalla riforma)*, Milano, 2006; SORACE D., *La responsabilità amministrativa di fronte all'evoluzione della pubblica amministrazione: compatibilità, adattabilità o esaurimento del ruolo*, in *Dir. amm.*, 2006, 249 ss.; URSI, *Riflessioni sulla governance delle società in mano pubblica*, in *Dir. Amm.* 2004, 771 e ss.; ATELLI, *La giurisdizione della Corte dei conti sulle società a partecipazione pubblica nell'età della fuga verso il diritto privato*, e MIELE T., *L'evoluzione in senso oggettivo della giurisdizione contabile: il criterio della natura oggettivamente pubblica delle risorse gestite*, in *Giurisdizione della Corte dei conti e responsabilità amministrativo-contabile a dieci anni dalle riforme*, Napoli 2005; RISTUCCIA M., *Responsabilità amministrativa e giurisdizione della Corte dei conti nel bilancio di un decennio di riforme* e PAJNO A., *Il rapporto con le altre giurisdizioni; concorso o esclusività della giurisdizione di responsabilità amministrativa*, relazioni al 51 Convegno di Varenna, 15-17 settembre 2005; ANTONIOLI M., *Società a partecipazione pubblica e giurisdizione contabile*, Milano, 2008; IELO D., IACOVELLI D., *La giurisdizione della Corte dei conti sulle società pubbliche*, in *Amministrare*, n. 1-2/2008; BERTI G., *Cenni sulla responsabilità pubblica tra controllo amministrativo e giurisdizione della Corte dei conti*, in *Rivista della Corte dei conti*, 2005, V, 6, p. 340 ss.; DELLA CANANEA G., *Responsabilità degli amministratori delle società pubbliche e regole di concorrenza*, in *Rivista di diritto societario*, 2007, n. 4, 49 ss.; NOVELLI P., VENTURINI L., *La responsabilità amministrativa di fronte all'evoluzione delle pubbliche amministrazioni e al diritto delle società*, Milano, 2008, 729 ss.

controllo della Corte dei conti, previsto dall'art. 12 della l. 259/58 per gli enti pubblici, in quanto queste società hanno mantenuto una "natura differenziata e speciale" e "connotazioni proprie della loro originaria natura pubblicistica"⁶².

La Corte assimila le società per azioni agli "enti pubblici" in virtù di una serie di argomenti che sono ripresi dalla giurisprudenza successiva, anche del giudice amministrativo, ed estesi ben al di là dei fini del solo controllo di gestione da parte della Corte dei conti. La Corte costituzionale dà rilievo, in particolare, alla "sostanziale" imputabilità del capitale azionario delle società al patrimonio pubblico, con la conseguente permanenza nella disponibilità dello Stato, alla dizione "enti cui lo Stato contribuisce in via ordinaria" di cui all'art. 100 della Carta fondamentale che non distingue fra enti pubblici ed enti privati ed, infine, all'incidenza della gestione delle società in mano pubblica sui bilanci pubblici, che dà rilevanza contabile all'attività d'impresa che si svolge nelle forme del diritto privato.

Tali considerazioni consentono al giudice delle leggi di applicare alle società in mano pubbliche un regime giuridico "speciale", la cui specialità coincide con regole di diritto pubblico, supplete limitate nel caso di specie al controllo pubblico di gestione. Il processo di privatizzazione delle partecipazioni statali, inaugurato dal legislatore, viene, dunque, abbinato a "norme speciali di diritto pubblico" e la natura di società per azioni è considerata solo una veste formale, o un mero modulo organizzativo, neutro quanto a finalità perseguite, compatibile con il controllo della Corte dei conti, in quanto strettamente legato alla posizione dello Stato quale azionista unico o di maggioranza.

Soltanto quando la dismissione delle quote azionarie assuma connotati sostanziali, tali da determinare l'uscita delle società derivate dalla sfera della finanza pubblica, il controllo pubblico della Corte dei Conti, tramite la presenza di un magistrato alle riunioni dei consigli di amministrazione, potrà cessare a favore, invece, di controlli e garanzie previsti dal codice civile in materia di s.p.a., più idonei alla nuova natura privatistica ed alla forma di società per azioni prescelta. Il giudice costituzionale ha, dunque, affermato il permanere del carattere pubblico degli enti trasformati in società per azioni e l'approccio

⁶² La decisione della Corte interviene in un conflitto di attribuzione sollevato dalla Corte dei conti nei confronti del Governo, per la mancata attivazione del controllo della Corte dei conti sulle società per azioni succedute all'Iri, all'Eni, all'Ina e all'Enel per effetto del d.l. n. 333/1992

“sostanzialista” ha consentito l’estensione della giurisdizione contabile su tali soggetti fin quando vi permanesse una partecipazione finanziaria pubblica maggioritaria.

Tale orientamento, inaugurato dal giudice costituzionale e confermato anche in più recenti pronunce dello stesso⁶³, ha aperto la strada agli altri giudici nazionali, i quali si sono impegnati, con sempre maggiore frequenza ed intensità, ad estendere le discipline pubblicistiche applicabili ai nuovi soggetti privati o privatizzati. La Cassazione e il giudice contabile hanno sfoderato, in particolare, un sostanzialismo, talvolta estremo, volto ad affermare la responsabilità degli amministratori di enti pubblici economici e società pubbliche e a estendere i limiti esterni della giurisdizione contabile.

La *ratio* di un tale approccio di fondo, comune ai giudici nazionali, si deve identificare all’intento di evitare che attraverso privatizzazioni solo formali o esternalizzazioni di attività amministrative si possano eludere i vincoli e le responsabilità derivanti dallo statuto pubblicistico e si realizzi un sostanziale svuotamento o almeno un grave indebolimento della giurisdizione contabile in punto di responsabilità per danno erariale.

La giurisprudenza più risalente delle Sezioni Unite della Cassazione, in realtà, aveva riconosciuto la giurisdizione della Corte dei conti per l’accertamento della responsabilità degli amministratori e dipendenti solo con riferimento agli enti pubblici non economici⁶⁴, mentre l’aveva esclusa in relazione alle società “partecipate” dallo Stato e all’attività imprenditoriale degli enti pubblici economici⁶⁵.

⁶³ Cfr., fra le altre, Corte cost. 19 dicembre 2003, n. 363, in *Foro it.*, 2004, VI, 1687, nella parte in cui, viene riaffermata la natura di ente pubblico in capo ad Italia Lavoro s.p.a. Da ultimo, l’orientamento è stato ribadito in Corte cost., n. 29/2006, in *Serv. pubbl. app.*, 2006, 411 ss. che ha dichiarato la legittimità costituzionale della legge di una Regione che prevede l’assunzione per concorso del personale delle società pubbliche di servizi, senza peraltro considerare tale principio obbligatorio per le società delle altre Regioni. Si v., inoltre, Corte cost., 24 ottobre 2001, n. 340 in www.giurcost.org.

⁶⁴ Cfr. Cass., SS.UU., n. 363 del 1969, che aveva ancorato la giurisdizione contabile all’immediata efficacia precettiva dell’art. 103, secondo comma, Cost., nonché alla compresenza di due elementi, qualificanti la nozione di contabilità pubblica. Uno soggettivo, attinente alla natura pubblica del soggetto – ente od amministrazione – al quale l’agente sia legato da un rapporto di impiego o di servizio; l’altro oggettivo, che riflette la qualificazione pubblica del denaro o del bene oggetto della gestione nell’ambito della quale si è verificato l’evento, fonte di responsabilità.

⁶⁵ Cfr. ordinanza della Cass. SS. UU., n. 1282 del 1982 e SS.UU., n. 11436 e 11560 del 1992, in base a cui occorrono due presupposti ulteriori rispetto alla natura pubblica dell’ente per configurare la giurisdizione contabile: a) che la gestione della risorsa monetaria sia assoggettata nei vari momenti della destinazione – dell’impegno, dell’erogazione e della contabilizzazione - ai vincoli previsti per la spesa del denaro pubblico; b) che l’evento dannoso sia collegato causalmente con

Successivamente alla sentenza c.d. Cheli e all'entrata in vigore della l. n. 20/1994, che nulla prevede in riferimento alle società pubbliche e al regime giuridico applicabile in termini di responsabilità e giurisdizione⁶⁶, la Suprema Corte ha progressivamente affermato la giurisdizione contabile e la responsabilità amministrativa degli amministratori e dipendenti di enti pubblici economici, anche per fatti relativi alla gestione dell'impresa secondo le regole del diritto privato (in tal senso, Cass. SS.UU. n. 19667/2003 e Cass. SS.UU. n. 15458/2007).

Risulta, dunque, irrilevante il fatto che gli enti pubblici economici o enti ad essi equiparati (quale un consorzio di sviluppo industriale secondo Cass. SS.UU. n. 10973/2005) perseguano le proprie finalità istituzionali mediante un'attività disciplinata in tutto o in parte dal diritto privato, contando, invece, soltanto la natura sostanzialmente pubblica del soggetto, dei fini o delle risorse.

Il filone sostanzialista della Suprema Corte si è ulteriormente sviluppato in una pluralità di direzioni, assoggettando a responsabilità amministrativa e a giurisdizione contabile per danno erariale gli organi direttivi di società per azioni partecipate da enti pubblici in misura maggioritaria (Cass. SS.UU. n. 3899/2004), l'attività gestionale svolta da amministratori di un'azienda municipalizzata (Cass. SS.UU. ordinanza n. 3351/2004) o di federazioni sportive (Cass. SS.UU. n. 14103/2006) o soggetti privati destinatari di fondi pubblici, di provenienza regionale, statale o comunitaria o che comunque impieghino risorse pubbliche (Cass. SS.UU. ordinanza n. 4511/2006).

In riferimento alle società in mano pubblica, è opportuno precisare che manca nella giurisprudenza della Cassazione (a differenza della giurisprudenza della Corte dei conti), una affermazione esplicita ed univoca della giurisdizione contabile sui danni provocati da amministratori o dipendenti al patrimonio sociale della s.p.a. di appartenenza. La giurisprudenza civile sulle società pubbliche si è formata, infatti, su fattispecie nelle quali è l'impresa pubblica o meglio la s.p.a. a partecipazione pubblica in quanto tale a venire in discussione e ad essere

l'inosservanza, da parte dell'autore della condotta, degli obblighi di servizio su di lui gravanti. Al venir meno di uno solo di tali requisiti consegue il difetto di giurisdizione del giudice contabile a vantaggio della competenza del giudice ordinario (in questo caso si trattava di amministratori dell'ente Ferrovie dello stato).

⁶⁶ Secondo S. CASSESE, allora Ministro della Funzione pubblica e che ebbe un ruolo fondamentale nella predisposizione ed approvazione della legge n. 20/94, la mancata conversione del d.l. n. 47/1995, che all'art. 1, c. 4, prevedeva la giurisdizione della Corte dei conti per la responsabilità degli amministratori delle s.p.a. in partecipazione pubblica si spiega con il fatto che il governo, resosi <conto dell'enormità della disposizione ha, poi, fatto marcia indietro>.

considerata quale soggetto danneggiante e, nel concorso con altri presupposti, essere chiamata al risarcimento secondo le regole pubblicistiche. Non risultano, invece, pronunce che affrontino il problema della responsabilità degli amministratori di una s.p.a., per quanto in mano pubblica, nei confronti della s.p.a. medesima, mentre vi sono sentenze relative alla responsabilità degli amministratori nei confronti direttamente della pubblica amministrazione che partecipa alla società.

La Corte di Cassazione fa leva, in particolare, su un'interpretazione estesa di rapporto di servizio tra la società in mano pubblica o gli amministratori della stessa e l'ente territoriale di riferimento, ravvisabile ogni qual volta si instauri una relazione anche non organica ma funzionale, caratterizzata dall'inserimento del soggetto esterno nell'*iter* procedimentale dell'ente pubblico come compartecipe dell'attività e ai fini pubblici di quest'ultimo. Ciò che rileva, dunque, ai fini dell'estensione della giurisdizione contabile, è un danno ad una pubblica amministrazione, prodotto da soggetti, anche non organicamente inseriti nella stessa, a nulla rilevando, invece, la natura privatistica dell'ente affidatario.

Il parametro di riferimento per l'individuazione della giurisdizione contabile e per il collegamento con la pubblica amministrazione danneggiata è stato, inoltre, ulteriormente ampliato, spostandosi dal rapporto di servizio con il soggetto danneggiante alla natura pubblica del patrimonio e del soggetto danneggiato, oltre che degli scopi perseguiti.

Viene completamente neutralizzata la rilevanza del diritto privato, in quanto si prescinde dalla natura giuridica del soggetto danneggiante (persona fisica o giuridica, pubblica o privata) e dal quadro di riferimento - pubblico o privato - nel quale si colloca la condotta produttiva del danno erariale, essendo irrilevante l'esercizio di un'attività disciplinata in tutto o in parte dal diritto privato o comunque svolta in un mercato concorrenziale o liberalizzato (*ex multis*, Cass. SS.UU. n. 22513/2006, n. 10973 del 2005 e n. 4511/2006). Si risponde, inoltre, di danno erariale a fronte di violazioni di norme di natura pubblicistica quanto privatistica. È considerato irrilevante, altresì, il titolo in base al quale la gestione del pubblico denaro è svolta, potendo consistere in un rapporto di pubblico impiego o di servizio, ma anche in una concessione amministrativa o in un contratto di diritto privato (*ex multis*, Cass. SS.UU. n. 14101/2006).

Alla luce dell'analisi della ricca giurisprudenza della Cassazione, è possibile verificare come il processo legislativo di privatizzazione di soggetti pubblici e di esternalizzazione delle funzioni pubbliche non ha comportato una contestuale applicazione delle regole privatistiche sui controlli e le responsabilità, né è andato a favore di un ampliamento della giurisdizione del giudice ordinario. L'approccio giurisprudenziale sostanzialista ha, al contrario, esteso l'ambito applicativo della responsabilità amministrativa e la sfera di competenza della Corte dei conti, ricorrendo ad un processo di oggettivizzazione dell'attività e dell'organizzazione, considerata amministrativa anche quando le finalità istituzionali di tipo pubblicistico sono perseguite da soggetti privati o privatizzati, mediante un'attività d'impresa disciplinata in tutto o in parte dal diritto privato. Il criterio eminentemente soggettivo, in base al quale la giurisdizione contabile si fonda sulla condizione giuridica pubblica dell'agente, è stato sostituito da un criterio oggettivo che fa leva sulla natura pubblica delle funzioni espletate e delle risorse finanziarie a tal fine adoperate.

Il sostanzialismo di fondo della Cassazione, è condiviso anche dalla giurisprudenza della Corte dei conti che si distingue, però, per estremismo nei contenuti e nell'ambito soggettivo di applicazione del regime pubblicistico dei controlli e delle responsabilità⁶⁷.

La Corte dei conti estende la propria giurisdizione anche su amministratori e dipendenti di società private con una partecipazione pubblica anche minoritaria,

⁶⁷ si v. Corte conti, sez. riunite, n. 2/1995, con commento di PEREZ R., *Quali sono le pubbliche amministrazioni sottoposte al controllo della Corte dei conti?*, in *Giornale dir. amm.*, n. 7/1995. Sull'affermazione della giurisdizione contabile per l'accertamento della responsabilità amministrativa di amministratori e dipendenti di società in mano pubblica si v. Corte dei conti – Sez. giur. Regione Lombardia, 22 febbraio 2006, n. 114/06 - Pres. G. Nicoletti – Est. L. Caso (caso EnelPower); Corte dei conti - Sez. giur. Regione Friuli Venezia-Giulia, 30 giugno 2005, n. 467; Id., 3 febbraio 2006, n. 32; Id., 8 luglio 2006, n. 349; Id., 4 agosto 2006, nn. 417 e 418; Corte dei conti, Sez. giur. Regione Trentino Alto-Adige 18 luglio 2006, n. 58 (caso Autostrade del Brennero); Corte dei conti, Sez. giur. Regione Lombardia, 14 luglio 2006, n. 446 (Est. Rossano) (caso Poste Italiane S.p.a.), o su amministratori e dipendenti di società partecipate da enti pubblici (cfr. Corte dei conti - Sez. giur. regione Marche, 4 luglio 2001, n. 28; Corte dei conti – Sez. giur. Regione Umbria, n. 354/2006 - Pres. L. Principato – Est. F. Longavita (caso SEDIT-Srl - Società di Elaborazione Dati Informatici). Corte Conti , sez. giurisd. Marche , 12 luglio 2005, n. 492; Corte Conti , sez. giurisd. Sicilia , 27.4. 2005, n. 1049 (nella specie "arte Vita s.p.a."), anche se operante in regime di diritto civile per effetto di un contratto di servizio stipulato con la P.A. (nella specie, assessorato regionale ai beni culturali), Corte Conti , sez. II, 23 maggio 2005, n. 182; Corte dei conti – Sez. giur. Trentino, n. 58/2006. Per alcune considerazioni generali sulla nutrita giurisprudenza del giudice contabile si v. MIELE T., *Lo stato della giurisprudenza in materia di responsabilità amministrativa e contabile nei confronti degli amministratori, dipendenti ed agenti degli enti economici e delle società pubbliche*, in *Atti del Convegno su Responsabilità per danno erariale nella p.a. e nelle società a partecipazione pubblica*, Roma, 5-6 marzo 2008.

ma con *golden share* (quali le società Enel ed Eni), e che, per profili strutturali o funzionali, si inseriscono o sembrano inserirsi nella gestione di risorse pubbliche, pur svolgendo attività che non costituiscono propriamente servizio pubblico (ad esempio, attività liberalizzata di produzione di energia elettrica).

Il criterio di rilevanza usato è particolarmente esteso e funzionale al controllo contabile. Basta, infatti, che si tratti di un'impresa anche privata che utilizzi risorse pubbliche e che sia soggetta ad una influenza sulla gestione, anche indiretta, da parte di una pubblica amministrazione. La Corte dei conti ha ad esempio esteso la propria giurisdizione agli amministratori di holding esercitante il controllo sulla concessionaria, richiamando peraltro il novellato codice civile in tema di società (art. 2497 ss.), che codifica gli stretti vincoli che legano tra loro società appartenenti a uno stesso gruppo (sez. giur. Regione Lombardia, 24 ottobre 2003, n. 1198).

E' evidente che il criterio sostanzialista della Corte dei conti strumentalizza il diritto privato societario al fine di estendere il regime pubblicistico. La medesima operazione logica riguarda anche il diritto comunitario che, tramite la nozione di organismo di diritto pubblico, fornirebbe una copertura all'ampliamento della giurisdizione contabile⁶⁸.

Ad avviso della Corte dei conti, una società per azioni partecipata dallo Stato (ad esempio Enel s.p.a.) può definirsi organismo di diritto pubblico, secondo la definizione datane in ambito comunitario e nazionale, ai fini del conseguente assoggettamento alla giurisdizione di responsabilità della Corte dei conti dei suoi dipendenti in quanto il requisito della "partecipazione pubblica maggioritaria" deve intendersi riferito non solo al caso di possesso in mano pubblica di una quota azionaria superiore al 50%, ma anche alle ipotesi di possesso del c.d. pacchetto di controllo. La natura di organismo di diritto pubblico è, peraltro, condivisa dalle società controllate (ad esempio Enelpower ed Enelproduzione) che svolgono un'attività strettamente funzionalizzata ai bisogni della capogruppo, con la conseguenza di ritenere sussistente la giurisdizione della Corte dei conti anche nei

⁶⁸ in tal senso, v. Corte conti, sez. riun., 21 marzo 1983, n. 330, in «Cons. St.», 1983, II, p. 533; Corte dei conti, sez. giur. Reg. Lombardia, 17 febbraio 2000, n. 296, in «Rivista della Corte dei conti», 2000, II, 2, p. 95.

confronti dei dipendenti di queste ultime per la violazione di obblighi scaturenti in capo agli stessi dall'utilizzazione di risorse pubbliche⁶⁹.

La giurisdizione della Corte dei conti si fonda, dunque, sull'esistenza di un danno a risorse finanziarie pubbliche, a prescindere dalla utilizzazione di tali risorse con gli strumenti del diritto pubblico (*iure autoritatis*) o del diritto privato (*iure privatorum*) e dal fatto che il danno sia arrecato alla società in mano pubblica e, in seconda battuta, alla pubblica amministrazione⁷⁰.

La giurisdizione contabile prescinde, infatti, dalla veste formale, societaria o meno, dell'ente danneggiato, stante, sul piano normativo nazionale e comunitario, la *nozione sostanziale di Pubblica amministrazione, che prescinde dagli aspetti formali caratterizzanti l'organizzazione dell'ente* (C. Conti reg. Veneto, sez. giurisd., 09 febbraio 2006, n. 67). Gli schemi societari spesso nascondono la natura pubblicistica del soggetto e dell'attività, da valutare, quindi, in concreto, sulla base di un criterio funzionale e sostanzialistico per evitare che vengano meno i sistemi di tutela e di garanzia forniti dal diritto pubblico.

L'opera di ampliamento della sfera giurisdizionale soggettiva della stessa Corte dei conti si è realizzata anche attraverso una particolare interpretazione del concetto di rapporto di servizio ed è stata affermata nei confronti dei soggetti legati all'amministrazione pubblica da un rapporto funzionale, anche temporaneo, come ad esempio, i componenti dei Consigli regionali, o i medici e dipendenti del

⁶⁹ *ex multis*, Corte conti reg. Lombardia, sez. giurisd., 09 febbraio 2005, n. 32 e Corte conti reg. Lombardia, sez. giurisd., ordinanza 21.3. 2005, n. 84 e soprattutto Corte Conti reg. Lombardia, sez. giurisd., 22 febbraio 2006, n. 114, secondo cui “sulla base del vigente quadro normativo (art. 12 l. n. 259 del 1958), della evoluzione degli indirizzi della Cassazione in materia di giurisdizione contabile e della nozione nazionale e comunitaria di organismo di diritto pubblico, sussiste la giurisdizione della Corte dei conti sulle controversie di responsabilità tese all'accertamento di eventuali illeciti erariali commessi da amministratori e dipendenti da società per azioni partecipate da Enti pubblici ovvero da società controllate dalle medesime”. si v., inoltre, Corte conti, reg. Lombardia, sez. giurisdizionale, n. 712 del 2006 e Corte dei conti – Sez. giur. Lombardia, n. 414/2007, che riconosce un danno erariale, da disservizio e all'immagine, cagionato da due dipendenti di società per azioni (ENIPOWER S.p.A. e SNAMPROGETTI S.p.A.) partecipate in modo totalitario da ENI S.p.A., a sua volta partecipata al 30% (all'epoca dei fatti) dal Ministero dell'Economia e delle Finanze, in occasione dell'espletamento di gare pubbliche e di esecuzione dei relativi contratti, connotati da percezione di tangenti da parte di dipendenti di tali s.p.a. per favorire talune imprese, sia in fase di aggiudicazione che di svolgimento del rapporto contrattuale. A seguito di tale sentenza, la Corte dei conti – sez. giur. Lombardia, n. 448/2007 precisa che sussiste la giurisdizione contabile sui dipendenti di Enipower, in quanto in quanto il Mef esercita su tale società un'influenza dominante indiretta tramite Eni s.p.a.

⁷⁰ Corte dei conti, regione Sardegna, – sentenza 16 maggio 2008 n. 1181 Sussiste la giurisdizione della Corte dei conti nei confronti del consulente di una società privata utilizzatrice di fondi pubblici quando questi si è ingerito, in via di fatto, nella gestione dei medesimi fondi pubblici, adoperandosi per un'illecita utilizzazione del fondo di dotazione destinato ad operazioni speculative che ne hanno posto a rischio l'integrità

servizio sanitario nazionale, o nei confronti dei soggetti che abbiano espletato attività medica in rapporto di convenzionamento esterno con la Asl, o dei medici operanti negli enti mutualistici, o dei medici componenti delle Commissioni mediche incaricate di accertare il grado di invalidità degli aspiranti al relativo assegno mensile a carico del Ministero dell'Interno, o nei confronti del progettista libero professionista, o del direttore dei lavori, o, infine, nei confronti del commissario “*ad acta*” nominato dal giudice amministrativo in sede di giudizio ottemperanza la Corte dei conti.

Per concludere la panoramica del sostanzialismo dei giudici nazionali in tema di controlli pubblici sulle società in mano pubblica, è necessario evidenziare l’apporto marginale del giudice amministrativo, in virtù dell’assenza di giurisdizione sul tema della responsabilità amministrativa. Pur senza pronunce specifiche sul punto, è bene ricordare che la tendenza sostanzialista della giurisprudenza amministrativa si può ricondurre nello stesso percorso tracciato dalla Corte costituzionale, dalla Suprema corte e dal giudice contabile, in virtù del medesimo presupposto, ovvero che le società per azioni partecipano della natura pubblica dell’azionista di controllo e la natura pubblica del soggetto e del patrimonio si trasferiscono alla società e giustificano l’applicazione di norme pubblicistiche derogatorie alla disciplina del codice civile. Queste società per azioni, partecipate, in varia misura, dallo Stato sono, pertanto, ad avviso della giurisprudenza dominante, in realtà enti pubblici sotto forma di s.p.a. ai quali di conseguenza si applica, integralmente e a prescindere dalla espressa qualificazione in termini privatistici che ne dà il legislatore, la disciplina diretta agli apparati amministrativi (Cons. St. n. 4711/02 cit.; Cons. St., n. 1206/01 cit.; Cons. St., n. 550/07).

Il minimo comune denominatore della giurisprudenza sostanzialista analizzata risulta, dunque, la prevalenza della “sostanza” pubblica sulla “forma” privata, in termini organizzativi e funzionali, e della disciplina pubblicistica su quella privatistica, in quanto ritenuta più adeguata ad assicurare il perseguimento e la tutela di determinati interessi d’interesse generale.

E’ evidente che l’approccio sostanzialistico è unidirezionale, ovvero favorevole solo all’estensione del regime pubblicistico, mediante una strumentalizzazione e sterilizzazione del diritto privato. Si attribuisce valore sostanziale agli elementi pubblicistici, quali la natura del soggetto proprietario o

l'origine delle risorse confluite nel capitale sociale o, ancora, qualsiasi legame, sia pure assai indiretto, con il patrimonio o anche solo il bilancio statale. Nessuna "sostanza" viene, invece, riconosciuta agli elementi che militerebbero per una affermazione del regime privatistico, quali la natura dell'attività e la rilevanza del modello adottato⁷¹.

Un ulteriore profilo critico consiste nel fatto che le disposizioni in materia di controlli pubblici e responsabilità amministrativa si sommano, ma non si sostituiscono, alle disposizioni codicistiche in materia, determinando, dunque, una deroga (non legislativa) alla giurisdizione generale dell'autorità giudiziaria ordinaria e l'applicazione del processo contabile, con le sue speciali caratteristiche.

L'estensione in via pretoria della giurisdizione contabile e della responsabilità amministrativa anche per nuove fattispecie di danno (danno all'immagine, danni immateriali ecc.) non milita, infatti, a favore della tesi dell'esclusività dei controlli pubblici, i quali si aggiungono, pur rimanendone separati, ai meccanismi di controllo e responsabilità previsti dal codice civile. Secondo la Corte di cassazione e la Corte dei conti non vi sono ostacoli all'ammissibilità di un cumulo fra azione sociale di responsabilità di cui all'art. 2393 c.c e azione erariale, in quanto quest'ultima sarebbe finalizzata ad accertare la lesione inferta all'efficienza, all'imparzialità ed al buon andamento dall'azione amministrativa. I soci che, però, intendano far valere la responsabilità degli amministratori non sono legittimati ad esperire innanzi alla Corte dei conti le azioni di responsabilità sociale⁷².

L'ibridazione tra pubblico e privato, tipica del diritto amministrativo, si trasforma, dunque, in una pericolosa sovrapposizione tra l'istituto della

⁷¹ Sul carattere arbitrario del sostanzialismo giurisprudenziale si v. TORCHIA L., *Responsabilità civile e responsabilità amministrativa per le società in partecipazione pubblica: una pericolosa sovrapposizione*, in *Serv. pubbl. app.*, 2006, 223 ss secondo la quale "se si seguisse un approccio sostanzialista meno unilaterale, la "sostanza" delle cose potrebbe trovarsi nella qualità di azionista, nella funzione del capitale sociale rispetto alla società, nelle azioni a difesa del patrimonio, indipendentemente dalla qualifica pubblica o privata. Si potrebbe allora misurare l'idoneità delle azioni e dei rimedi disponibili in base agli effetti che sono in grado di produrre, utilizzando il diritto pubblico e il diritto privato non come universi di credenza, ma come insiemi di strumenti e rimedi, ai quali si può ricorrere in alternativa, o che possono essere coordinati in relazione alla medesima fattispecie, ma non sovrapposti e cumulati, pena la distorsione degli istituti e la produzione di effetti indesiderati. E indesiderata dovrebbe essere la mortificazione dell'attività d'impresa (pubblica o privata) ad opera della giurisdizione contabile".

⁷² Corte conti, Sez. III d'appello sent n. 10 del 18 gennaio 2002, Sez. I d'appello sent n. 331 del 14 novembre 2000 e n. 16 del 22 gennaio 2002; Corte Conti, sez. I, 03 novembre 2005, n. 356 e da ultimo Sez. I n. 103 del 25 febbraio 2008 e sez. Lombardia n. 135 del 2008.

responsabilità amministrativa degli amministratori di una società per azioni partecipata dal soggetto pubblico e quello della responsabilità civile e della relativa giurisdizione, ordinaria e contabile⁷³.

Nasce, perciò, un paradosso per le società pubbliche o in mano pubblica, in quanto gli amministratori delle stesse possono essere chiamati a rispondere due volte per i danni alla società o alla pubblica amministrazione, a seguito dell'azione di responsabilità deliberata dall'assemblea, oppure dell'iniziativa della procura della Corte dei Conti, in violazione del principio di legalità, in quanto non esiste alcuna espressa norma nazionale o comunitaria in tal senso, del principio di neutralità (o equiordinazione), previsto dall'articolo 295 del Trattato Ce (ora art 345 Tfeue) ed, infine del principio della capacità di diritto privato dell'ente pubblico.

Sarebbe più ragionevole, invece, evitare di considerare tutte le società a controllo pubblico, anche a partecipazione minoritaria, in termini di impresa organo, in cui il modello societario costituisce semplicemente uno strumento. Si dovrebbe verificare, invece, con uno scrutinio sostanzialista meno unilaterale, la finalità effettivamente perseguita dalla società, l'attività e il regime cui è sottoposta. L'assoggettamento degli amministratori delle società pubbliche alla giurisdizione della Corte dei conti andrebbe, dunque, acclarato caso per caso.

3.2.1. Le novità legislative e giurisprudenziali in tema di responsabilità amministrativa degli amministratori di società in mano pubblica

Nel contesto giurisprudenziale descritto nel § precedente, improntato al riconoscimento sostanziale e generalizzato della giurisdizione della Corte dei conti sulle società partecipate e sulla responsabilità amministrativa dei relativi amministratori e dipendenti, s'innestano alcuni interventi del legislatore nazionale, ancora poco esaustivi e chiarificatori ai fini del dibattito, e un decisivo *revirement* della Suprema Corte di Cassazione.

⁷³ Sul tema delle differenti funzioni e strutture della responsabilità civile e amministrativa e le difficoltà di conciliazione e coordinamento sul piano sostanziale e processuale si v. TORCHIA L., *La responsabilità amministrativa per le società in partecipazione pubblica*, in *Giornale dir. amm.*, n. 7/2009, CORPACI A., *L'azione pubblica nel giudizio di responsabilità amministrativa*, in *Diritto pubblico*, 2005, 787, ss.; BRANCASI A., *L'ordinamento contabile*, Torino, 2005.

Oltre alla riforma del diritto societario, favorevole all'unitarietà della responsabilità degli amministratori di società regolate dal codice civile, senza distinzioni tra soggetti pubblici e privati, e all'art. 1, co. 1-*bis*, l. n. 241/1990, che imporrebbe la sottoposizione al diritto comune delle società partecipate da enti pubblici, si deve analizzare l'art. 16 *bis* del d.l. n. 248/2007, convertito in l. n. 31/2008 (decreto c.d. "milleproroghe")⁷⁴.

Tale disposizione ha risolto per il futuro – salvo l'esito positivo di questioni di costituzionalità già ipotizzate su di esso – il problema dei rapporti della giurisdizione della Corte dei conti con quella del Giudice ordinario relativamente alle società quotate e partecipate in modo minoritario dalla mano pubblica (attualmente in Italia, Enel, Eni, Finmeccanica e Terna), optando per la giurisdizione esclusiva di quest'ultimo giudice.

Le maggiori critiche, tuttavia, si appuntano sull'assenza di qualunque soluzione legislativa per le altre numerose "società pubbliche", per le quali tale norma potrebbe fungere da *interpositio legislatoris*, correlata al concreto operare dell'art. 103, comma 2, Cost., per configurare la giurisdizione contabile⁷⁵.

A fronte di indicazioni legislative che si prestano a molteplici e contraddittorie interpretazioni, la parola ultima è rimessa nuovamente al giudice nazionale, in particolare al Giudice della giurisdizione, che di recente si è espresso con alcune pronunce particolarmente interessanti e significative, che fanno chiarezza su molti aspetti problematici, anche se in parte la Corte rimane legata

⁷⁴ In base al quale "per le società con azioni quotate in mercati regolamentati, con partecipazione anche indiretta dello Stato o di altre amministrazioni o di enti pubblici, inferiore al 50%, nonché per le loro controllate, la responsabilità degli amministratori e dei dipendenti è regolata dalle norme del diritto civile e le relative controversie sono devolute esclusivamente alla giurisdizione del giudice ordinario", comma 1.

⁷⁵ Per i rilievi critici alla norma in quanto disposizione esplicita, di portata limitata, che potrebbe far ritenere sussistente una contraria disposizione implicita, di portata generale si v. SANDULLI M.A., *L'art. 16 bis del decreto milleproroghe sulla responsabilità degli amministratori e dipendenti delle società pubbliche: restrizione o ampliamento della giurisdizione della Corte dei Conti?* in www.federalismi.it n. 5/2008; DI GASPARE G., *La giurisdizione della Corte dei conti nell'art. 16 bis della legge n. 31/08 sulla responsabilità amministrativa e contabile degli amministratori e dirigenti d'impresa con capitale pubblico operanti nei servizi di pubblica utilità*, in www.amministrazioneincammino.it, 2008; SCOCA S., *Verso la responsabilità amministrativa di amministratori e dipendenti di società a partecipazione pubblica?* in www.giustamm.it; SCHLITZER E.F., *Il regime giuridico della responsabilità degli amministratori e dipendenti delle s.p.a. a partecipazione pubblica e l'art. 16 bis del c.d. mille proroghe (d.l. 31/12/2007, n. 248, convertito in legge 20/02/2008, n. 31)*, in *Giust.amm.it*, n. 5-2008; CAIA G., *La giurisdizione della Corte dei conti nel sistema amministrativo e della contabilità pubblica*, in *Giust.amm.it*, n. 6-2008; PERIN M., *S.p.A. pubbliche: controllo o impunità? Soluzioni del decreto mille proroghe e novità giurisprudenziali*.

alla tradizione sostanzialista inaugurata nel 2003 e al criterio del rapporto di servizio.

La Suprema Corte ha ritenuto, in particolare, soggetta alla giurisdizione contabile di responsabilità l'attività svolta da una società - privata o pubblica - in virtù di concessione amministrativa, in quanto qualificabile come esercizio di una funzione amministrativa. La concessione amministrativa consente, inoltre, di configurare un rapporto di servizio che determina, altresì, l'inserimento funzionale e temporaneo della società stessa nell'apparato organizzativo della P.A.⁷⁶. In altra recente sentenza, la Corte di Cassazione ha ritenuto esistente un rapporto di servizio a anche a prescindere da una concessione amministrativa, ovvero quando un soggetto, estraneo alla p.a., viene investito, anche di fatto, dello svolgimento in modo continuativo di una determinata attività in favore della pubblica amministrazione, non rilevando, quindi, né la natura privatistica dell'ente, né dello strumento contrattuale con il quale sia costituito o attuato il rapporto⁷⁷.

Le novità giurisprudenziali maggiori sono contenute in due sentenze della Cassazione che, pronunciandosi a Sezioni Unite, ha ridefinito i limiti esterni della giurisdizione contabile e si è orientata in senso contrario al cumulo del regime pubblicistico e privatistico della responsabilità degli amministratori delle società partecipate, ponendo un freno decisivo alla tendenza contraria ed espansiva degli ultimi anni⁷⁸.

In una prima pronuncia, la Cassazione ha limitato, infatti, la responsabilità per danno erariale innanzi alla Corte dei Conti dei manager pubblici, i quali rispondono per i danni causati alla società solo sulla base del diritto comune. Non

⁷⁶ Corte Cass., SS.UU., ordinanza 4 dicembre 2009 n. 25495 secondo cui “sussiste la giurisdizione della Corte dei conti in ordine all'azione di responsabilità promossa del Procuratore Generale della Corte dei Conti nei confronti di una società privata concessionaria ex art. 14 bis del D.P.R. n. 640 del 1972 dell'Amministrazione autonoma dei monopoli di Stato (A.A.M.S.) del servizio pubblico di attivazione e conduzione operativa della rete per la gestione telematica del gioco lecito con vincite in denaro mediante apparecchi di cui all'art. 110, comma 6°, del T.U.L.P.S., per avere la concessionaria violato gli obblighi di servizio previsti dalla legge e dalla convenzione e cagionato l'inefficace funzionamento del servizio pubblico - in particolare provocando il ritardo nell'avviamento della rete telematica, nella sua attivazione e nel suo completamento, ed omettendo di mantenere il previsto livello del servizio; e per avere causato quindi lo sperpero delle molteplici risorse finanziarie pubbliche impiegate a vario titolo ed a vario modo nella prevenzione e nel contrasto del gioco illegale”.

⁷⁷ Si v. Cass., SS.UU., 3 luglio 2009, n. 15599.

⁷⁸ Cass. Sez. Un., 19 dicembre 2009 n. 26806, avente ad oggetto la società Enel power S.p.a., facente parte di un gruppo societario, la cui capogruppo è qualificabile come impresa pubblica e Cass. Sez. Un., 22 dicembre 2009 n. 27092, relativa alla R.ai S.p.a. Per un primo commento a tali sentenze, si v. CLARICH M., *Responsabilità limitata per i manager pubblici*, in *Il Sole24 Ore*, 9 gennaio 2010, p. 33.

sussiste, dunque, la giurisdizione del giudice contabile nelle controversie aventi ad oggetto i danni cagionati da amministratori e dipendenti al patrimonio di una società partecipata da un ente pubblico, in quanto in detta ipotesi non è configurabile alcun rapporto di servizio tra l'ente pubblico partecipante e l'amministratore (o componente di un organo di controllo) della società partecipata, il cui patrimonio sia stato leso dall'atto di *mala gestio*, né un danno qualificabile come danno erariale, inteso come pregiudizio direttamente arrecato al patrimonio dello Stato o di altro ente pubblico che della società sia socio, in ragione dell'autonomia patrimoniale della società di capitali rispetto a quella dei singoli soci.

E' evidente che l'esclusione della responsabilità amministrativa degli amministratori ed il loro assoggettamento alla sola azione civilistica di responsabilità presuppone che le società partecipate non perdono, in virtù della titolarità della partecipazione azionaria pubblica, la loro natura di persone giuridiche di diritto privato e non gli viene applicato uno "statuto speciale" in punto di responsabilità.

Il rilievo dell'apporto pubblico non viene, tuttavia, sottovalutato, in quanto è stata ravvisata la giurisdizione della Corte dei conti e la responsabilità amministrativa per i danni riferibili al socio pubblico (per esempio il danno all'immagine) derivanti da atti illegittimi posti in essere dagli organi della società partecipata.

Possono rispondere, inoltre, per danno erariale davanti al giudice contabile, in luogo degli amministratori delle società, i funzionari o rappresentanti politici pubblici che hanno la disponibilità delle azioni e dei diritti di voto nelle società pubbliche e che, in presenza di un danno alla società, non hanno promosso l'azione sociale di responsabilità di diritto comune nei confronti degli amministratori, con danno alla società ed indirettamente all'ente pubblico partecipante. L'estensione della responsabilità amministrativa e della giurisdizione contabile non viene, dunque, compressa, ma cambia soltanto l'ambito applicativo soggettivo, limitato, in particolare, ai soggetti pubblici responsabili della vigilanza sull'operato degli amministratori di società nelle quali lo Stato o altri enti pubblici hanno immesso denaro proveniente dall'erario⁷⁹.

⁷⁹ Tale indirizzo lo si ritrova, peraltro, già in Cassazione, Sezioni Unite, n. 13702 del 22 luglio 2004, in cui è stata ritenuta sussistente la giurisdizione della Corte dei conti sull'azione esercitata

In caso di atti di *mala gestio* degli amministratori di società a partecipazione pubblica, ai fini dell'individuazione della giurisdizione della Corte dei Conti ovvero del giudice ordinario, assume rilievo decisivo la distinzione tra la responsabilità in cui gli organi sociali possono incorrere nei confronti della società (prevista e disciplinata, per le società azionarie, dagli artt. 2393 e segg. e, per le società a responsabilità limitata, dal primo, terzo, quarto e quinto comma dell'art. 2476 c.c.) e la responsabilità che essi possono assumere direttamente nei confronti di singoli soci o terzi (prevista e disciplinata, per le società azionarie, dall'art. 2395 e, per le società a responsabilità limitata, dal sesto comma del citato art. 2476). Solo in quest'ultimo caso, ovvero quando l'ente pubblico sia stato direttamente danneggiato dall'azione illegittima, è configurabile l'azione del procuratore contabile.

Nella seconda pronuncia menzionata (Sez. Un., n. 27092/2009), la Suprema Corte conferma la nuova regola della responsabilità civile e della giurisdizione del giudice ordinario in caso di cattiva gestione degli amministratori che arrechi un danno alla società partecipata. D'altro canto, però, la Corte afferma la giurisdizione del giudice contabile in caso di singole società pubbliche il cui statuto è soggetto a regole legali *sui generis*, ovvero le società disciplinate da leggi speciali contenenti tali e tante deroghe al diritto comune da renderle assimilabili ad un'amministrazione pubblica (come ad esempio, la Rai che ha natura sostanziale di ente pubblico economico nonostante l'abito formale di società per azioni)⁸⁰.

dal procuratore regionale contabile nei confronti di alcuni sindaci di un comune, responsabili di avere omesso di esercitare l'azione sociale di responsabilità ex art. 2393 c.c. nei confronti degli amministratori di una società interamente posseduta dal comune. si v. altresì Cass., SS.UU., ordinanza 27 febbraio 2008 n. 5083 in cui si stabilisce la responsabilità amministrativa e la giurisdizione contabile nei confronti di un dirigente politico regionale, per aver dato indirizzi incompatibili con il perseguimento di un risultato positivo di esercizio e per non aver attivato i controlli e le iniziative necessarie per evitare perdite di esercizio

⁸⁰ I peculiari caratteri del regime della Rai sono, ad avviso della Cassazione, la partecipazione pubblica quasi totalitaria; la designazione, direttamente dalla legge, quale concessionaria dell'essenziale servizio pubblico radiotelevisivo, svolto nell'interesse generale della collettività nazionale per assicurare il pluralismo, la democraticità e l'imparzialità dell'informazione; la sottoposizione a penetranti poteri di vigilanza di una Commissione parlamentare; l'essere destinataria, per coprire i costi di servizio, di un canone di abbonamento; l'essere compresa tra gli enti a cui lo Stato contribuisce in via ordinaria, sottoposta pertanto al controllo della Corte dei conti; l'obbligo di utilizzare le procedure di evidenza pubblica nell'affidamento di appalti, in quanto organismo di diritto pubblico. Nello stesso senso si v. anche Cass. 23 aprile 2008 n., 10443. A seguito della pronuncia della Cassazione sul necessario controllo pubblico per le società pubbliche come la Rai, la Corte dei conti, con delibera n. 1/2010 della Sezione centrale di controllo sugli enti ha chiesto al Governo di sedere al tavolo del Consiglio di amministrazione e degli organi di revisione della Rai, per controllare più da vicino l'attività e la gestione della Tv di

L'applicazione delle responsabilità amministrativa e la giurisdizione contabile divengono, dunque, l'eccezione, essendo riferibili solo a specifiche società, connotate da una pluralità di indici di pubblicità sostanziale. In tali casi, l'ordinaria azione civilistica di responsabilità (peraltro con il vincolo di una previa deliberazione conforme della Commissione di vigilanza) convive con l'azione di responsabilità amministrativa davanti al giudice contabile, senza alcun rischio di duplicazione del risarcimento poiché la giurisdizione civile e quella contabile sono reciprocamente indipendenti nei loro profili istituzionali ed il rapporto tra le due azioni si pone in termini di alternatività e non di esclusività.

Nonostante tale decisivo e ragionevole *revirement* giurisprudenziale, che potrebbe e dovrebbe influenzare le successive pronunce del giudice contabile e del giudice amministrativo, sarebbe comunque necessario che il legislatore intervenga in modo organico sulla disciplina delle società pubbliche, anche in punto di responsabilità per scongiurare futuribili orientamenti oscillanti e contraddittori.

3.3. Società *in house* e società miste fra poteri pubblici e regole di mercato. I profili organizzativi e funzionali fra giudice europeo e giudice nazionale

Gli enti pubblici territoriali sono tendenzialmente liberi di scegliere il modello organizzativo e gestionale per svolgere attività d'interesse generale, potendo a tal fine costituire (o partecipare a) società di diritto privato, con un capitale interamente pubblico o misto, ovvero con una partecipazione privata, anche minoritaria, al capitale sociale. Nel caso di partecipazione totalitaria si ha una scissione netta tra "forma" privata e "sostanza" pubblica (anche se, in base all'attività svolta, la sostanza potrebbe essere privata), mentre nella seconda ipotesi si è di fronte ad una collaborazione tra pubblico e privato, in veste societaria.

Dal punto di vista funzionale, le pubbliche amministrazioni possono affidare ad un soggetto esterno (privato, formalmente privato o pubblico-privato) funzioni amministrative esternalizzate, attività di produzione di beni e servizi,

Stato. Sugli indici pubblicistici della Rai, nella dottrina, si v. NIGRO M., *Sulla natura giuridica della Rai-radiotelevisione italiana*, in *Scritti Giuridici*, Vol. II

strumentali o meno all'esercizio di funzioni pubbliche, o attività di servizio pubblico, in regime di concorrenza o, in casi eccezionali, di monopolio, purché ne sia garantita l'universalità ed i livelli essenziali delle prestazioni⁸¹.

Le scelte organizzative e funzionali descritte sono, tuttavia, legittime solo se rispettose delle norme e dei principi europei (come già visto ad esempio in tema di aiuti di Stato, *golden share*, Sieg) e, per quel che interessa in questo paragrafo, della disciplina europea sugli appalti pubblici, recepita nell'ordinamento nazionale con il codice dei contratti pubblici (d.lgs. n.163/2006 e s.m.i).

Il diritto comunitario impone, in primo luogo, alle pubbliche amministrazioni il rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità e massima concorrenza tra operatori di diversi Stati membri nell'affidamento di un contratto pubblico di lavori, servizi o forniture ed in parte anche di una concessione. La regola generale, ormai diffusa anche in ambito nazionale, è che l'affidamento di un appalto ad una società esterna alla p.a. avvenga mediante una procedura ad evidenza pubblica, mentre l'ipotesi di un affidamento diretto o senza gara (c.d. *in house providing*) ha portata eccezionale, in quanto deroga al principio di libera concorrenza nel mercato interno.

L'ordinamento comunitario non impone, dunque, di rivolgersi necessariamente al mercato per l'approvvigionamento di beni, servizi e forniture, ben potendo la p.a. optare per il modello dell'*in house providing*, contrapposto a quello dell'*outsourcing*, o *contracting out*, purché la scelta avvenga nel rispetto dei principi di legalità, proporzionalità e razionalità economica. L'*in house* costituisce, in definitiva, un istituto di matrice giurisprudenziale, volto ad armonizzare il principio di tutela della concorrenza con lo spazio di auto-organizzazione della p.a.

Le società destinatarie di un affidamento diretto, le c.d. società *in house*, devono avere precise caratteristiche sostanziali e rispondere a rigorose condizioni, delineate dalla Corte di giustizia europea ed oggi diffusamente utilizzate anche dal

⁸¹ Sulla distinzione funzionale tra attività amministrativa in forma privatistica e attività d'impresa svolta da enti pubblici e il differente regime giuridico si v. Corte cost. n. 326/2008, meglio analizzata nel § successivo in relazione all'art. 13 del decreto Bersani.

giudice amministrativo: il c.d. “controllo analogo a quello sui servizi interni” e lo svolgimento della c.d. “prevalente attività con l’ente affidante”⁸².

Il controllo analogo si presume in caso di partecipazione pubblica totalitaria dell’ente pubblico affidante, ma deve combinarsi con altri elementi che denotino una dipendenza sostanziale ed un controllo strutturale fra amministrazione partecipante e società partecipata. Un oggetto sociale troppo ampio, vago ed eterogeneo, un patto parasociale che vincoli il diritto di voto del socio pubblico, l’apertura a capitali esterni, l’espansione territoriale dell’attività in Italia ed all’estero, i poteri di ampia delega al consiglio di amministrazione escluderebbero, ad esempio, l’*in house* perché l’ente affidante deve poter decidere in modo determinante gli indirizzi strategici e le decisioni più importanti dell’ente *in house*⁸³.

Il controllo analogo deve, quindi, esprimere una relazione assai più intensa di quella che connota l’organismo di diritto pubblico. La dipendenza strutturale

⁸² Si v. in proposito Corte di Giustizia, 9 settembre 1999, C-108/98 (*Risan s.r.l.*); Corte di Giustizia, 18 novembre 1999, C-107/98 (*Teckal s.r.l.*) con commento di GRECO G., *Gli affidamenti in house di servizi e forniture, le concessioni di pubblico servizio e il principio della gara*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.* 2000, 1461 ss; Corte di Giustizia, 14 novembre 2002, C-310/01 (*Diddi*); Corte di Giustizia, 11 gennaio 2005, C-26/03 (*Stadt Halle*); Corte di Giustizia, 13 ottobre 2005, C-458/03 (*Parking Brixen*); Corte di Giustizia, 22 luglio 2005, C- 231 /03 *Coname c. Comune di Cingia de’ Botti* ; Corte di Giustizia, 11 maggio 2006, C-340/04 (*Carbotermo*); Corte di Giustizia, 19 aprile 2007, C-295/05 (*Tragsa*) con commento di CARANTA R., *Dodo, rondine o fenice: quale futuro per l’in house?* in *Urb. e app.* 2007, 1486 ss. Sulle società *in house*, la differenza con l’organismo di diritto pubblico, e le problematiche delle società miste, si rinvia a CASALINI D., *L’organismo di diritto pubblico e l’organizzazione in house*, Napoli, 2003; ID., *Appalti pubblici e organizzazioni in house: un caso spagnolo* (nota a C. giust. Ce, Sez. VI, 16 ottobre 2003, causa C-283/00), in *Foro amm.*; ALBERTI C., *Appalti in house, concessioni in house ed esternalizzazione*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2001, 495 ss.; SCOTTI E., *Le società miste tra in house providing e partenariato pubblico e privato: osservazioni a margine di una recente pronuncia della Corte di Giustizia* (nota a C. giust. Ce, Sez. I, 11 gennaio 2005, in causa C n. 26/03), in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2005, 666 ss.; ID., *Organizzazione pubblica e mercato: società miste, in house providing e partenariato pubblico privato*, in *Dir. amm.*, 2005, 915 ss.; VARONE S., *Note in tema di affidamenti in house e diritto comunitario*, in *Foro Amm.-Cons. Stato*, 2004, 2416 ss; PIPERATA G., *L’affidamento in house nella giurisprudenza del giudice comunitario*, in *Giornale dir. amm.*, 2006, 141 ss.; URSI R., *La Corte di Giustizia stabilisce i requisiti del controllo sulle società in house*, in *Foro it.*, 2006, IV, 79 ss; ID., *Le c.d. società in house in Scritti in onore di Vincenzo Spagnolo Vigorita*, Napoli, 2007; AICARDI N., *Società miste ed evidenza pubblica “a monte”*, in *Studi in onore di Leopoldo Mazza*, II, Padova, 2007, 219 ss.; CLARICH M., *Le società miste a capitale pubblico e privato tra affidamenti “in house” e concorrenza per il mercato*, in «Corriere giuridico», 2007, p. 893 ss.; GALETTA D.U., *Forme di gestione dei servizi pubblici locali ed in house providing nella recente giurisprudenza comunitaria in Riv it dir pubbl comunit*, 2007, p. 17 ss.

⁸³ Sul carattere del controllo analogo si v. di recente Corte di giustizia Ce, 13 novembre 2008, C-324/07, *Coditel Brabant SA*; Corte di giustizia Ce, 19 aprile 2007, C-295/05, *Asemfo*. Corte di giustizia Ce, 11 maggio 2006 C- 340/04, *Carbotermo*; Cons. Stato, sezione V, 29 dicembre 2009, n. 8979; Cons. Stato, sezione V, 28 settembre 2009, n. 5808; Cons. Stato, sez. V, 26 agosto 2009 n. 5082; Cons. Stato, sezione V, sentenza 9 marzo 2009, n. 1365 Cons. Stato, sez. V, 30 aprile 2009, n. 2675; Tar Friuli Venezia Giulia, 15 luglio 2005 n. 634; Tar Veneto Venezia, sez. I, 16 dicembre 2006 n. 4057.

non basta, essendo necessario, come richiesto dalla giurisprudenza comunitaria, che la società *in house*, sul piano funzionale, realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente pubblico o con gli enti pubblici che la controllano.

Le società che rispondono alle condizioni dell'*in house* vengono, in particolare, assimilate agli organi interni delle pubbliche amministrazioni, perché l'ente partecipante ha nei confronti della società gli stessi poteri di indirizzo e di controllo, ossia la stessa influenza, che ha sulle strutture organizzative interne (rapporto c.d. di immedesimazione organica) e la società è tenuta ad operare prevalentemente, ma forse oggi anche esclusivamente (v. § successivo sull'art. 13 decreto Bersani), in favore dell'ente pubblico partecipante. Dal punto di vista funzionale, le società *in house* sono esentate, a monte dalle regole di gara, ma sono soggette, a valle, all'evidenza pubblica europea.

I connotati privatistici e la separata personalità giuridica del soggetto affidatario rispetto all'ente affidante appaiono, dunque, elementi puramente formali, rilevando, invece, solo l'assenza di autonomia sostanziale tra i due enti, che giustifica una deroga all'obbligo europeo dell'evidenza pubblica e, quindi, al principio della libera concorrenza. Il ricorso allo strumento della società *in house*, deve essere, dunque, un'ipotesi residuale, che sia la giurisprudenza, europea e nazionale, che il legislatore nazionale (come si vedrà nel prossimo paragrafo) hanno inteso limitare per non distorcere eccessivamente la concorrenza e le regole del mercato⁸⁴.

Un problema particolarmente dibattuto, che ha dato impulso ad orientamenti giurisprudenziali contrastanti a fronte di un'assenza di coordinate europee univoche, riguarda le società miste, in quanto ci si è chiesti se un affidamento diretto sia configurabile solo in caso di partecipazione pubblica totalitaria al capitale sociale o se, invece, sia ammissibile anche a fronte una partecipazione privata, anche minoritaria⁸⁵.

La Corte di giustizia ha in un primo momento ritenuto che qualsiasi investimento di capitale privato in un'impresa, anche solo potenziale, obbedisce a

⁸⁴ Sulle limitazioni della società *in house* nell'esercizio dell'attività sul mercato e per la qualificazione come impresa dimezzata si v. CAVALLO PERIN R., CANALINI D., *L'in house providing: un'impresa dimezzata*, in *Dir. amm.*, 2006, 51 ss.

⁸⁵ Secondo GUERRERA F., *Lo statuto della nuova società "a partecipazione mista" pubblico – privata*, in www.giustamm.it con la locuzione società mista si fa riferimento ai casi in cui la partecipazione dell'ente pubblico è funzionale a un programma di collaborazione con l'impresa privata, cioè serve a "organizzare" in forma societaria l'esternalizzazione o l'affidamento di un servizio, rispettivamente, da fornire alla P.A. o da erogare al pubblico.

considerazioni proprie degli interessi privati e persegue obiettivi di natura differente rispetto a quelli dell'amministrazione pubblica, impedendo, dunque, la realizzazione del controllo analogo a quello che l'amministrazione esercita sui propri servizi⁸⁶. Si è andata, tuttavia, affermando una tesi contraria, più recente, secondo cui è conforme al diritto comunitario l'affidamento diretto di un servizio a una società mista pubblico-privata, a condizione che il socio privato sia selezionato mediante una procedura di evidenza pubblica⁸⁷.

Tale ultima tesi è in linea, peraltro, con gli orientamenti delle istituzioni europee, secondo cui la società mista rientra nella categoria del paternariato pubblico-privato, di tipo istituzionale, e costituisce uno strumento con il quale le pubbliche amministrazioni nazionali possono legittimamente organizzare e gestire servizi o compiti pubblici, purché il socio privato venga scelto tramite gara, siano rispettati i principi dei Trattati, in particolare, quello di non discriminazione, e sia definito sia l'oggetto che la durata dell'affidamento⁸⁸.

L'*in house* è, dunque, ammissibile con riferimento alle società miste, purché la società sia costituita specificamente al fine della fornitura del servizio, con oggetto sociale esclusivo, ed il socio privato sia selezionato mediante una procedura ad evidenza pubblica nel rispetto dei principi di libera concorrenza, trasparenza e parità di trattamento imposti dalle norme europee.

In riferimento alle società miste, si pone, inoltre, il problema di capire se, ai fini della tutela della concorrenza, sia necessaria soltanto una procedura ad

⁸⁶ *ex multis*, Corte di Giustizia, 11 gennaio 2005, C-26/03 (*Stadt Halle*); Corte di Giustizia, 13 ottobre 2005, C-458/03 (*Parking Brixen*); Corte di Giustizia, 21 luglio 2005, C-231/03 (*Corame*), e anche Cons. St., 13 luglio 2006, n. 4440. Esprime perplessità sul contenuto della sentenza europea CLARIZIA A., *Il privato inquina: gli affidamenti in house solo a società a totale partecipazione pubblica*, in www.giustamm.it

⁸⁷ *ex multis*, Corte di giustizia, 17 luglio 2008, C-371/05 e Corte di giustizia, 15 ottobre 2009, C-196/08 (*Acocet s.p.a.*). In senso conforme, nella giurisprudenza amministrativa nazionale, si v. Cons. St., parere n. 456/2007; Cons. St., 3 aprile 2007, n. 1514, 13 luglio 2006, n. 4440; 30 agosto 2006, n. 5072; Cons. St., 22 dicembre 2005, n. 7435; Cons. St. ad. plen. n.1/2008 e Cons. St., n. 1555/2009

⁸⁸ Cfr. Commissione europea, *Libro verde relativo ai paternariati pubblico-privati ed il diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni*, 30 aprile 2004, COM (2004)327; Comunicazione della Commissione sui "Paternariati pubblico-privati ed il diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni" COM(2007)6661 del 5 febbraio 2008 e Parlamento europeo, *Risoluzione sui paternariati pubblico-privati il diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni* (2006/2043(INI) del 26 ottobre 2006. Per un'analisi dell'istituto del paternariato europeo si v., CHITI M.P., a cura di, *Il paternariato pubblico-privato. Profili di diritto amministrativo e di scienza della'mministrazione*, Bologna, 2005; MASSERA A., *Il paternariato pubblico-privato e il diritto europeo degli appalti* e SANDULLI M.A., *Il paternariato pubblico-privato e il diritto europeo degli appalti e concessioni*, entrambi in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2005.

evidenza pubblica per la selezione del socio privato o se, invece, serve anche una selezione competitiva per l'aggiudicazione del contratto o della concessione. La seconda opzione garantirebbe la massima concorrenzialità nella gestione di un'attività d'interesse pubblico, ma rischierebbe di disincentivare gli enti privati e le autorità pubbliche dalla costituzione di partenariati pubblico-privati istituzionalizzati, come rilevato anche dal Consiglio di Stato, sia per la durata delle gare, sia per l'incertezza giuridica legata all'aggiudicazione al socio privato previamente selezionato.

3.3.1. Il mercato dei servizi pubblici locali

Nell'ordinamento nazionale l'istituto dell'*in house* e la problematica delle società miste ha trovato applicazione principalmente in materia di forme di gestione dei servizi pubblici locali, in particolare, a rilevanza economica (113 d.l.gs. 267/2002 o Tuel)⁸⁹. Tale disposizione ha subito numerose variazioni, oscillando tra formule più favorevoli al mercato ed alla concorrenza e formule tendenzialmente più chiuse volte a privilegiare gli affidamenti diretti a scapito dei principi comunitari in materia di non discriminazione e libera concorrenza⁹⁰. Da

⁸⁹ Sulle società miste e la problematica dell'*in house* si v. CLARICH M., *Le società miste a capitale pubblico-privato tra affidamenti in house e concorrenza per il mercato*, in *Corr. giur.*, 2007, 893, ss.; DUGATO M., *La disciplina dei servizi pubblici locali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, 12 ss.; URSI R., *Le società per la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica tra outsourcing e in house providing*, in *Dir. amm.*, 2005, 179 ss.; PERFETTI L.R., *L'affidamento diretto dei servizi pubblici locali a società partecipate dai Comuni tra amministrazione indiretta e privilegi extra legem* (nota a Cons. Stato, Sez. V, 19 febbraio 2004, n. 679), in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2004, 1161 ss.; ID., *Miti e realtà nella disciplina dei servizi pubblici locali*, in *Dir. amm.*, 2006, 387 ss.; BERTONAZZI L. e VILLATA R., *Servizi di interesse economico generale*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo* (diretto da M.P. CHITI e G. GRECO), *Parte speciale*, t. IV, Milano, 2007, spec. 1872 ss.; *Cons. Stato*, 2003, 3544 ss.; PARISIO V., *Servizi pubblici, giudice amministrativo e in house providing*, *ivi*, II, 395 ss.; GUZZO G., *Società miste e affidamenti in house nella più recente evoluzione legislativa e giurisprudenziale*, Milano, 2009; DE NICTOLIS R., CAMERIERO L., *Le società pubbliche in house e miste*, Milano, 2009

⁹⁰ Nell'ultima versione, frutto delle modifiche intervenute nel 2001 con l'art. 35 della l. 28 dicembre 2001 n. 448, e nel 2003 con la l. 24 novembre 2003 n. 326, immediatamente precedente alle modifiche intervenute nel 2009, l'art. 113, contrariamente alla originaria formulazione – basata sull'obbligo del ricorso all'esternalizzazione dei servizi pubblici locali e, dunque, al metodo competitivo – prevedeva un massiccio ricorso all'affidamento diretto seppur, almeno formalmente, entro i limiti fissati dalla Corte di giustizia. Nella versione richiamata, infatti, la norma ricorreva al modello dell'*in house providing* sia per la gestione delle reti, sia per la gestione del servizio. Con riguardo alle modalità di gestione del servizio, in particolare, erano state previste tre forme di affidamento della gestione dei servizi pubblici locali: l'affidamento diretto a società a capitale misto pubblico privato nelle quali il socio privato venga scelto attraverso l'espletamento di gare con procedura ad evidenza pubblica; l'affidamento diretto a società a capitale interamente pubblico a condizione che l'ente o gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitino sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzi la parte

una parte, infatti, vi è l'autonomia degli Stati membri nell'organizzare e disciplinare i servizi pubblici di rilevanza economica, dall'altro, vi è l'esigenza di armonizzare tale organizzazione e disciplina con i principi comunitari. Il disordine, i ripensamenti legislativi e le diverse esigenze in gioco hanno influenzato anche la giurisprudenza amministrativa che si è pronunciata in modo discordante, sia sulla distinzione tra società *in house* e società mista ai fini dell'affidamento diretto, sia sulla necessità di una doppia gara o meno per la scelta del socio e per l'aggiudicazione di un appalto o di una concessione⁹¹.

La confusione sul tema non è stata, peraltro, dissolta nemmeno dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato che, da una parte, si pronuncia a favore degli affidamenti diretti solo per le società *in house* a totale partecipazione pubblica, dall'altra, rinuncia a ricercare una soluzione univoca e un modello definito per le società miste, per evitare di dar luogo ad interpretazioni *praeter legem* che potrebbero in seguito non trovare l'avallo della Corte di giustizia (Cons. St., Adunanza plenaria n. 1/2008)⁹².

più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano; l'affidamento del servizio a società di capitali individuate a seguito di procedura ad evidenza pubblica. La norma ammetteva pertanto due ipotesi di affidamento diretto e solo in un'ipotesi faceva riferimento alla modalità di affidamento a società di capitali individuate a seguito di gara secondo i principi del diritto comunitario.

⁹¹ Sulla necessità di una sola gara, per la scelta del socio privato, si v. Cons. St., 19 febbraio 1998, n. 192; n. 2835/2001; n. 4586/2001; n. 917/2002; Consiglio di Stato, sez. V, 1 luglio 2005, n. 3672. In senso difforme e, quindi, a favore della tesi della doppia gara, si v., Consiglio di Giustizia amministrativa della Regione Sicilia, 27 ottobre 2006, n. 589. Di grande rilievo risulta Cons. Stato, sez. II, parere 18 aprile 2007, n. 456 - ripreso anche da Cons. St., 23 settembre 2008, n. 4063 - secondo il quale l'affidamento diretto di un servizio pubblico ad una società mista che sia costituita appositamente per l'erogazione di uno o più servizi determinati è possibile quando la società non costituisca in sostanza la «beneficiaria di un affidamento diretto» ma la «modalità organizzativa con la quale l'amministrazione controlla l'affidamento disposto, con gara, al «socio operativo» della società». Inoltre, laddove vi siano giustificate ragioni per non ricorrere integralmente all'esternalizzazione, sempre secondo il parere del Consiglio di Stato, l'affidamento diretto è legittimo solo nel caso in cui «vi sia una sostanziale equiparazione tra gara per l'affidamento del servizio pubblico e gara per la scelta del socio, in cui quest'ultimo si configuri come un «socio industriale o socio operativo» il quale concorre materialmente allo svolgimento del servizio pubblico o di fasi dello stesso; il che vuol dire effettuazione di una gara che con la scelta del socio definisca anche l'affidamento del servizio operativo». Ad ulteriore garanzia, è poi, richiesto «che si preveda un rinnovo della procedura di selezione alla scadenza del periodo di affidamento evitando così che il socio diventi 'socio stabile' della società mista». Per le tesi secondo cui è necessario il requisito della totalitarività della partecipazione pubblica per l'utilizzo legittimo dell'*in house* si v. Cons. St., n. 591/2009, mentre per l'adesione alla prevalenza della logica funzionale su quella proprietaria nella configurazione del controllo analogo, si v. Cons. St., n. 1365/2009. Per una lettura dei diversi interventi in materia si rinvia a VOLPE C., *In house providing, Corte di Giustizia, Consiglio di Stato e legislatore nazionale. Un caso di convergenze parallele?*, in *Urb. e app.*, 12/2008, pp. 1401-1418.

⁹² per un primo commento alla sentenza si v. *Le società pubbliche al vaglio dell'Adunanza plenaria*, con commento di CARANTA R., *Ancora in salita la strada per le società miste e*

La norma del Tuel sui servizi pubblici locali a rilevanza economica (art. 113) è stata di recente modificata dall'art. 23 *bis* del d.l. 25 giugno 2008, n. 112, convertito nella l. 6 agosto 2008, n. 133, con cui il legislatore è intervenuto limitando sostanzialmente l'uso dell'esternalizzazione a società *in house* o comunque partecipate dall'ente pubblico nella gestione di servizi locali⁹³.

Il metodo competitivo rappresenta, dunque, la forma ordinaria di affidamento della gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, in accordo, peraltro, con le norme, i principi generali e la giurisprudenza europea, che mirano a favorire la più ampia diffusione dei principi di concorrenza, di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi di tutti gli operatori economici interessati alla gestione di servizi di interesse generale in ambito locale, purché sia garantito il diritto di tutti gli utenti alla universalità ed accessibilità dei servizi pubblici stessi.

L'art. 23*bis* prevede, altresì, che l'affidamento *in house* sia ammissibile in deroga al regola dell'evidenza pubblica, solo in presenza di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali, e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, che non permettono un efficace ed utile ricorso al mercato. In questo caso, è necessario, tuttavia, che l'ente affidante il servizio dia adeguata pubblicità alla scelta, motivandola in base ad un'analisi del mercato e contestualmente trasmetta una relazione contenente gli esiti della predetta verifica all'Agcm e alle autorità di regolazione del settore, ove costituite, per l'espressione di un parere. L'ente deve in sostanza dimostrare la sussistenza delle peculiarità del contesto socio-economicoambientale a cui è destinato il servizio pubblico e, quindi, delle ragioni che non permettono un efficace ed utile ricorso al mercato per l'affidamento della gestione del servizio pubblico, anche con riferimento alla valutazione in termini di efficacia, efficienza ed economicità dell'azione amministrativa che deve emergere da un'attività di comparazione che deve risultare da una consultazione del mercato⁹⁴.

PIPERATA G., *Modelli societari e compiti pubblici: un connubio all'insegna dell'incertezza*, in *Giornale diritto amministrativo*, n. 11/2008, p. 1120 ss.

⁹³ Sui servizi pubblici locali VARONE S., *Servizi pubblici locali e concorrenza*, Torino, 2004; sulla riforma dei servizi pubblici locali introdotta con l'art. 23-bis, l. 133/2008 si v. DE NICTOLIS R., *La riforma dei servizi pubblici locali*, in *Urb. e app*, 10/2008, pp. 1109-1116.

⁹⁴ Cfr., in tal senso, i pareri dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato del 5 febbraio 2009 pubblicato sul bollettino n. 9/2009 e del 12 marzo 2009 pubblicato sul bollettino n. 15/2009.

Il legislatore ha, inoltre, imposto ai soggetti titolari della gestione di servizi pubblici locali, affidati senza gara, e ai soggetti cui è affidata la gestione delle reti il divieto di acquisire la gestione di servizi ulteriori o in ambiti territoriali diversi, di svolgere servizi o attività per altri enti pubblici o privati, direttamente o tramite loro controllanti o altre società che siano da essi controllate o partecipate ed, infine, di partecipare alle gare (23 bis, comma 9)⁹⁵. Lo scopo del divieto è evitare che soggetti particolarmente qualificati, già titolari di affidamenti diretti e di un rapporto privilegiato con l'ente di riferimento, grazie alla stretta contiguità di questo rapporto possano lucrare, nelle loro vesti di enti strumentali, ulteriori rendite di posizione in altri mercati o servizi pubblici locali a danno della concorrenza⁹⁶.

Sulla questione specifica delle società miste, il legislatore è tornato nuovamente sulla norma prevedendo anche forme di affidamento *in house* a condizione che la selezione del socio avvenga mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, e con la precisazione che queste abbiano ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio e l'attribuzione dei compiti operativi connessi alla gestione del servizio e che al socio sia attribuita una partecipazione non inferiore al quaranta per cento⁹⁷.

3.3.2. La portata dell'art. 13 del decreto Bersani alla luce della giurisprudenza nazionale. I punti fermi del giudice costituzionale

Il frequente ricorso e l'uso talvolta distorto da parte delle pubbliche amministrazioni, soprattutto regionali e locali, del modulo organizzativo

⁹⁵ Va peraltro, fatta menzione anche delle disposizioni, sempre contenute nell'art. 23bis, che prevedono l'emanazione di uno o più regolamenti, ai sensi dell'art. 17, comma 2, della Legge 23 agosto 1988, n. 400, al fine di prevedere, tra l'altro, l'assoggettamento dei soggetti affidatari diretti di servizi pubblici locali al Patto di stabilità interno, nonché l'osservanza, da parte delle società *in house* e delle società a partecipazione mista pubblica e privata di procedure ad evidenza pubblica per l'acquisto di beni e servizi. Infine, l'art. 18 del d.l. 112/2008 prevede in capo alle società che gestiscono servizi pubblici locali con proprietà pubblica totalitaria, l'applicabilità dei principi concorsuali per il reclutamento del personale.

⁹⁶ In tal senso parere dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici, parere n. 3/2009, secondo cui due condizioni rendono inapplicabile il divieto. In chiave soggettiva, la disposizione non riguarda società non affidatarie *in house*, per cui gli enti locali non esercitano poteri d'influenza determinante su obiettivi strategici e decisioni societarie. Il parere esclude che il divieto riguardi società con partecipazione indiretta, in quanto prive di elementi attestanti rapporti di relazione necessaria con le amministrazioni comunali. Sotto il profilo oggettivo, il riferimento ai servizi pubblici locali di rilevanza economica determina che le attività non rientranti in tale novero non siano assoggettate al divieto.

⁹⁷ Cfr. d. l. 25.09.09 n. 135, art. 15., convertito con modifiche con l. n. 166/2009.

societario, a partecipazione interamente pubblica o a capitale misto pubblico – privato, ha spinto il legislatore nazionale ad introdurre alcuni limiti di operatività nel caso in cui le società partecipate dagli enti locali svolgano funzioni amministrative o si occupino di produzione di beni o erogazione di servizi, strumentali all'esercizio delle funzioni stesse (art. 13 decreto Bersani)⁹⁸.

La disciplina è in linea con i più recenti orientamenti comunitari volti a limitare l'*in house providing*, ma tende ad evitare anche il fenomeno della c.d. *cross subsidization*, in base al quale le società pubbliche si muovono al di fuori degli ambiti territoriali di appartenenza, acquisendo commesse da enti pubblici diversi da quelli controllanti od affidanti i contratti *in house*, avvalendosi dei vantaggi derivanti dal rapporto privilegiato stabilito con l'amministrazione controllante, distorsivo della libera concorrenza.

Il legislatore italiano impone, in particolare, alle società pubbliche, *in house* e miste, un oggetto sociale esclusivo e un rapporto diretto e di esclusività con gli enti territoriali costituenti o affidanti, introducendo di fatto l'obbligo di operare *intra moenia* e, quindi, un divieto di ricorrere alla procedura ad evidenza pubblica⁹⁹ o partecipare alle gare di altri soggetti pubblici o privati e detenere partecipazioni in altre società o enti¹⁰⁰.

⁹⁸ L'art. 13 del d.l. 223/2006 convertito con modifiche nella legge n. 2248 del 2006 stabilisce al primo comma che "al fine di evitare alterazioni o distorsioni della concorrenza e del mercato e di assicurare la parità degli operatori, le società a capitale interamente pubblico o misto – costituite dalle amministrazioni pubbliche regionali e locali per la produzione di beni e servizi strumentali all'attività di tali enti, nonché, nei casi consentiti dalla legge, per lo svolgimento esternalizzato di funzioni amministrative di loro competenza – devono operare esclusivamente con gli enti costituenti ed affidanti, non possono svolgere prestazioni a favore di altri soggetti pubblici o privati, né in affidamento diretto né con gara, e non possono partecipare ad altre società o enti". A norma del comma 2, "le predette società sono ad oggetto sociale esclusivo e non possono agire in violazione delle regole di cui al comma 1". Una norma analoga è stata inserita, con riferimento ai servizi pubblici locali, nell'art. 23 bis, comma 9, l. n. 133/2008

⁹⁹ secondo Cons. St., 25 agosto 2008, n. 4080, "con l'entrata in vigore dell'[art. 13, d.l. n. 223 del 2006](#), è precluso alle società miste di partecipare a gare d'appalto indette da altre amministrazioni. La norma, attuando l'art. 41 Cost. in relazione ai principi comunitari sulla tutela della concorrenza, sul divieto di aiuti di Stato e sul principio di sussidiarietà, esprime un precetto di ordine pubblico economico che si impone inderogabilmente a tutte le stazioni appaltanti".

¹⁰⁰ Per un'analisi dell'art. 13 e della relativa giurisprudenza si v. MUGOLINO M., *L'art. 13 del decreto Bersani: quale futuro per il modello società mista?* in *Urb e app.*, 2007, 1515; VIGNETI A., *Sulla nozione di società partecipate dalle amministrazioni pubbliche regionali e locali. Le prime sentenze sull'art. 13 d.l. Bersani* in [www.astrid.it](#); ROSTAGNO S., *Verso la discriminazione delle società a partecipazione pubblica ovvero della deriva dell'interpretazione dell'art. 13 del d.l. Bersani lontano ai principi del Trattato UE e dai modelli comunitari di collaborazione tra pubblico e privato*, in [www.giustamm.it](#). RICCIUTO V., *Liberalizzazione del mercato e imprese pubbliche: il nuovo quadro normativo nella prospettiva del diritto privato e* MENSI M., *Le società strumentali: alcune riflessioni sull'art. 13 della legge Bersani*, entrambi in *Una nuova pubblica amministrazione: aspetti problematici e prospettive di riforma dell'attività contrattuale*, a cura di FRANCHINI C., TEDESCHINI F., Torino, 2009 Per una critica alla norma

La disposizione, che mira a ridurre in concreto i costi degli apparati pubblici regionali e locali ingenerati dalla costituzione di (o dalla partecipazione a) società per azioni¹⁰¹, impone, dunque, una deroga alle norme sulle procedure di evidenza pubblica, a condizioni diverse e più rigorose rispetto ai requisiti di matrice comunitaria dell'*in house providing* (strumentalità ed esclusività dell'attività v. controllo analogo e prevalenza dell'attività)¹⁰².

Il legislatore ha previsto, inoltre, limitazioni al modello delle società pubbliche ad un tempo più rigide e più estese rispetto alla disposizione del decreto Bersani. Si prevedono, infatti, limitazioni alla costituzione e al mantenimento di partecipazioni azionarie in società pubbliche, che non siano "strettamente necessarie" all'esercizio di funzioni pubbliche, estendendole, non solo alle amministrazioni locali, ma alle amministrazioni di cui all'art. 1 d. lgs. n. 165/2001¹⁰³.

Le disposizioni citate impongono, dunque, vincoli significativi alla capacità di azione e all'autonomia imprenditoriale della p.a., quando intenda servirsi di un soggetto esterno e formalmente distinto per produrre beni e servizi necessari per lo svolgimento delle sue funzioni e, nei casi consentiti dalla legge, per l'esercizio esternalizzata delle funzioni amministrative. Ne consegue, dunque, un'importante contenimento del modello delle società pubbliche nel mercato per l'esercizio delle funzioni pubbliche o lo svolgimento di servizi pubblici.

in esame si v. PAGANI I., *Società pubbliche e mercato: quale equilibrio, alla luce dell'art. 13 del Decreto Bersani*, in *Urb. e app.*, 2008, p. 1173 ss.

¹⁰¹ cfr. Cons. St., sez. III, parere, 25 settembre 2007 n. 332

¹⁰² Per un'ampia ricostruzione dei rapporti sussistenti tra il fenomeno dell'*in house providing* ed il modulo organizzativo della società mista, si veda Cons. St., Sez. II, Parere 18 aprile 2007, n. 456, in www.giustamm.it

¹⁰³ V. art. 3, commi 27 e ss., l. n. 244 del 2007 - legge finanziaria 2008 in forza del quale "al fine di tutelare la concorrenza e il mercato, le amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, non possono costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e di servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, né assumere o mantenere direttamente o indirettamente partecipazioni, anche di minoranza, in tali società. È sempre ammessa la costituzione di società che producono servizi di interesse generale e l'assunzione di partecipazioni in tali società da parte delle amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, nell'ambito dei rispettivi livelli di competenza". Sulla norma si è espressa anche la Corte dei Conti, Sezione regionale per il Veneto che, con la delibera n. 5/2009, ha avuto modo di precisare che l'articolo 3, commi 27 - 32 della Finanziaria 2008, ribadisce e rafforza il principio generale secondo cui la da parte degli enti locali, a prescindere dalla qualificazione privatistica di tali soggetti, richiede come presupposto la "funzionalizzazione" dell'attività di carattere imprenditoriale alla cura di interessi generali giuridicamente organizzati in funzioni o servizi pubblici, attribuiti ad una pubblica amministrazione.

Le censure d'incostituzionalità per disparità di trattamento tra gli operatori economici, limitazione della libera iniziativa economica *ex art. 41 Cost.* dell'imprenditore pubblico e per violazione del principio comunitario di concorrenza, sono state, invece, superate dal giudice delle leggi, il quale ha stabilito alcuni importanti punti fermi in tema di società pubbliche, che hanno condizionato e influenzeranno anche le future pronunce del giudice amministrativo (Corte cost. n. 326/2008 e, in senso conforme, n. 148/2009)¹⁰⁴.

La questione delle limitazioni all'attività di società partecipate dalle Regioni e dagli enti locali non rientra, innanzitutto, nella materia dell'organizzazione amministrativa, di competenza legislativa regionale, in quanto l'art. 13 non regola una forma di svolgimento dell'attività amministrativa. La Corte sottrae, dunque, la disciplina delle forme organizzative privatistiche alla competenza del legislatore regionale, il quale potrebbe acuire, con la frammentazione delle discipline, i gravi problemi di confusione e disordine che già esistono per il modello delle società pubbliche, che necessita, invece, di un equilibrato, uniforme ed organico quadro legislativo nazionale¹⁰⁵.

La norma rientra, invece, nella materia "ordinamento civile", di competenza esclusiva statale, in quanto mira a definire il regime giuridico di soggetti di diritto privato e a tracciare il confine tra l'attività amministrativa, in forma privatistica, e attività d'impresa di enti pubblici¹⁰⁶. *L'una e l'altra attività possono essere svolte attraverso società di capitali, ma le condizioni di svolgimento sono diverse.* Nel primo caso vi è, infatti, attività amministrativa, di

¹⁰⁴ in senso conforme a Corte cost., 1 agosto 2008, n. 326, Pres. Bile, Est. Cassese, v. Corte cost., 20 dicembre 2007, n. 438; Corte cost., 23 novembre 2007, n. 401; Corte cost., 1 febbraio 2006, n. 29; Tar Piemonte, 24 ottobre 2008, n. 2676; Cons. St., 25 agosto 2008, n. 4080; Tar Lazio, 21 marzo 2008, n. 2514; 14 aprile 2008, n. 3109; 14 maggio 2008, n. 4064; 5 giugno 2007, n. 5192; Tar Veneto, 31 marzo 2008, n. 788. In senso difforme, invece, si v. Cons. St., 5 marzo 2008, n. 496 e Autorità per la vigilanza sui Lavori Pubblici, delib. 9 maggio 2007, n. 135; Tar Lombardia, 31 gennaio 2007 n. 140. Per un commento alla sentenza si rinvia a URSI R., *La Corte costituzionale traccia i confini dell'art. 13 del decreto Bersani*, in *Giornale dir. amm.*, n.1/2009, 11 ss.

¹⁰⁵ In senso favorevole alla competenza legislativa regionale in materia di società pubbliche, in quanto fenomeno organizzativo rientrante nell'area pubblicistica e nella materia dell'organizzazione amministrativa, si v. RENNA M., *La regolazione amministrativa dei beni a destinazione pubblica*, Milano, 2004, 182 ss.

¹⁰⁶ Già nelle sentenze nn. 159 e 51 del 2008, nn. 438 e 401 del 2007 e n. 29 del 2006, la Corte costituzionale ha precisato che la potestà legislativa dello Stato comprende gli aspetti che ineriscono a rapporti di natura privatistica, per i quali sussista un'esigenza di uniformità a livello nazionale, che essa non è esclusa dalla presenza di aspetti di specialità rispetto alle previsioni codicistiche; che comprende la disciplina delle persone giuridiche di diritto privato e che in essa sono inclusi istituti caratterizzati da elementi di matrice pubblicistica, ma che conservano natura privatistica.

natura finale o strumentale, posta in essere da società di capitali che operano per conto di una pubblica amministrazione e solo in tale contesto risulta applicabile l'art. 13 del decreto Bersani¹⁰⁷.

Nel caso, invece, in cui le società partecipate offrano servizi al pubblico (consumatori o utenti) sul mercato, in regime di concorrenza, o operino nel campo dei servizi pubblici locali, è esclusa l'applicazione dell'art. 13 del decreto Bersani, in quanto tali società mirano al soddisfacimento diretto ed immediato di esigenze generali della collettività e non al perseguimento esclusivo di fini istituzionali e strumentali dell'ente di riferimento¹⁰⁸.

Tale distinzione è fondamentale perché è necessario tenere separate le due sfere di attività, anche mediante una separazione societaria strutturale, per evitare che un soggetto che svolge attività amministrativa eserciti allo stesso tempo attività d'impresa, beneficiando dei privilegi dei quali esso può godere in quanto pubblica amministrazione, con una distorsione della concorrenza nel mercato. L'art. 13 del decreto Bersani, rientrando anche nella materia trasversale "tutela della concorrenza", di competenza esclusiva statale, non limita la libertà di iniziativa economica degli enti territoriali, ma impone loro di esercitarla distintamente dalle proprie funzioni amministrative, rimediando ad una frequente commistione di attività, potenzialmente distorsiva della concorrenza¹⁰⁹.

¹⁰⁷ Le società strumentali possono esercitare anche attività di natura imprenditoriale, ma ciò che rileva, ad avviso della giurisprudenza amministrativa, è che siano state costituite per tutelare in via primaria l'interesse e la funzione pubblica dell'amministrazione di riferimento, per la cui soddisfazione è anche possibile che venga sacrificato l'interesse privato imprenditoriale" (Tar Lazio, II, 5 giugno 2007, n. 5192, confermata da C. Stato, IV, 5 marzo 2009, n. 946).

¹⁰⁸ Ciò è confermato anche da Cons. st., 16 gennaio 2009, n. 215. Le società del secondo tipo sono state ricondotte dalla giurisprudenza amministrativa a moduli paritetici ove il ruolo degli enti territoriali non si differenzia da quello dell'azionista di una società per azioni (Tar Valle D'Aosta, I, 20 febbraio 2009, n. 8; 23 aprile 2009, n. 35). si v. anche Cons. st., 16 gennaio 2009, n. 215

¹⁰⁹ La disposizione è, infatti, funzionale a limitare gli effetti distorsivi della libera concorrenza conseguenti alla partecipazione agli appalti pubblici di società di capitali *in house* o miste, costituite o partecipate da un soggetto pubblico locale per l'espletamento di determinati servizi strumentali allo stesso ente costituente o partecipante. Queste società, infatti, poiché operano in un mercato protetto e godono del flusso di capitali pubblico, possono formulare offerte estremamente competitive e, di fatto, eliminare la concorrenza delle altre imprese private anche attraverso la pratica c.d. di "*cross subsidization*" che ingenera effettivi distorsivi per l'assetto del mercato e per la libera concorrenza [Cons. St., n. 456/07 cit.; cfr. anche Tar Lazio, Roma, sez. II, 5 giugno 2007 n. 5192 secondo il quale "*l'esigenza sottesa alla norma è di "evitare che una società che, in partenza ha un mercato protetto, e, dunque, sia privilegiata ricevendo direttamente commesse da un ente pubblico, sia nel contempo libera di competere, per una parte della propria attività, con altri concorrenti che non usufruiscono della medesima posizione di vantaggio"*; Tar Lombardia, sez. II, 31 gennaio 2007, n. 140 per il quale la disposizione mira a tutelare soprattutto "*la libertà di iniziativa economica che risulterebbe gravemente turbata dalla presenza (o dalla operatività) sul mercato di soggetti che proprio per la presenza (diretta o mediata) della mano pubblica finiscono*

Secondo l'interpretazione fornita dalla Corte costituzionale, in definitiva, la disposizione, che ha lo scopo dichiarato di tutelare la concorrenza, contiene misure che limitano solo le società partecipate che svolgono funzioni amministrative o attività strumentali alla p.a.¹¹⁰. Tali limitazioni sono, peraltro, proporzionali e ragionevoli, in quanto mirano ad assicurare la parità degli operatori economici nella competizione di mercato, che potrebbe essere alterata dall'accesso di soggetti con posizioni di privilegio in determinati mercati. Il divieto di detenere partecipazioni in altre società o enti è, inoltre, complementare, in quanto volto ad evitare che le società in questione svolgano indirettamente, attraverso proprie partecipazioni o articolazioni, le attività loro precluse. La norma appare proporzionata, infine, se interpretata nel senso che non vieta qualsiasi partecipazione o adesione a qualunque ente, ma esclude solo di detenere partecipazioni in società o enti che operino in settori preclusi alle società stesse¹¹¹.

Le Regioni e gli enti locali possono, dunque, esternalizzare le funzioni amministrative o le attività ad esse strumentali e scegliere il modello organizzativo societario per il loro esercizio, con partecipazione azionaria totalitaria o mista, ma in tali casi, la forma ed il regime privatistico subiscono una deroga "speciale" ad opera del legislatore statale che impone alcune limitazioni funzionali, legittime in quanto volte a tutelare la libera concorrenza.

Nel caso, in cui, invece, gli enti territoriali scelgono la forma societaria, anche a partecipazione pubblica totalitaria, per svolgere attività d'impresa in concorrenza, non operano le limitazioni del decreto Bersani, in ossequio al principio di parità di competizione e del principio comunitario di neutralità rispetto al regime proprietario.

I criteri ermeneutici della Corte costituzionale analizzati svolgono, dunque, un'importante funzione di ordine e di orientamento soprattutto per il giudice amministrativo, il quale, quindi, non dovrebbe più trarre dalla mera partecipazione

in sostanza con l'eludere il rischio di impresa"; si v. anche Aut. Vig. Contr. Pubbl., delib. 9 maggio 2007, n. 135].

¹¹⁰ Nello stesso senso, in giurisprudenza amministrativa si v. Cons. St., 14 gennaio 2009 n. 101 e 16 gennaio 2009, n. 215, con commento di CASALINI D., *Oltre la tutela della concorrenza: le forme giuridiche nazionali di esercizio dell'impresa pubblica* in *Giornale dir. amm.*, n. 9/2009, p. 969 ss.

¹¹¹ In base a Cons. St., Ad. plenaria, 3 marzo 2008, n. 1, si deve aggiungere che l'oggetto sociale esclusivo, di cui all'art. 13, co. 1 e 2, del decreto Bersani, non va inteso come divieto delle società così dette *multiutilities*, ma è volto a rafforzare la regola dell'esclusività evitando che dopo l'affidamento la società possa andare a fare altro. si v. anche Cons. St., sez. III, 25 settembre 2007, n. 322 e sez. II, 18 aprile 2007, n. 456.

pubblica (totalitaria, maggioritaria o minoritaria) la conseguenza dell'automatica e generalizzata applicazione del regime pubblicistico. Il giudice amministrativo dovrebbe, invece, analizzare i profili funzionali e distinguere fra l'attività amministrativa svolta in forma privatistica dall'attività d'impresa svolta in regime di concorrenza dalle società pubbliche, per poi applicare il regime di diritto privato, con le deroghe e i limiti previsti dal legislatore statale, da considerare di stretta interpretazione¹¹².

I vincoli previsti dall'art. 13 per le società strumentali in mano pubblica regionale e locale sono stati di recente attenuati dal legislatore anche per far fronte ad un problema di "tutela" del socio privato, le cui esigenze potrebbero venire frustrate dai limiti introdotti dalla norma, validi anche per le società miste. Da un lato, il legislatore prevede che le società pubbliche strumentali possano detenere partecipazioni di ogni tipo in soggetti con sede al di fuori del territorio nazionale e, dall'altro, stabilisce che le tali società non debbano più operare *esclusivamente* per gli enti costituenti o affidanti¹¹³.

Un ulteriore problema, riguarda l'applicazione dell'art. 13 del decreto Bersani ad una società partecipata indirettamente dagli enti locali o c.d. "società di terza generazione, di terzo grado o terzo livello" ed esiste in proposito, in assenza di una soluzione legislativa, un contrasto giurisprudenziale.

Un primo orientamento considera, in particolare, che il divieto introdotto dall'art. 13 sia rivolto in via generale a tutte le società costituite o comunque

¹¹² in tal senso v. Cons. St., V, 7 luglio 2009, n. 4346, il quale ha chiarito che il carattere eccezionale della disposizione in argomento richiede una stretta interpretazione, che ne fa escludere l'applicazione oltre i casi in essa previsti.

¹¹³ Il comma 1 dell'art 13 decreto Bersani, di recente modificato dall'articolo 18, comma 4-septies, legge n. 2 del 2009, poi dall'art. 48 della legge n. 99 del 2009, prevede che "*Al fine di evitare alterazioni o distorsioni della concorrenza e del mercato e di assicurare la parità degli operatori nel territorio nazionale, le società, a capitale interamente pubblico o misto, costituite o partecipate dalle amministrazioni pubbliche regionali e locali per la produzione di beni e servizi strumentali all'attività di tali enti in funzione della loro attività, con esclusione dei servizi pubblici locali e dei servizi di committenza o delle centrali di committenza apprestati a livello regionale a supporto di enti senza scopo di lucro e di amministrazioni aggiudicatrici di cui all'articolo 3, comma 25, del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, nonché, nei casi consentiti dalla legge, per lo svolgimento esternalizzato di funzioni amministrative di loro competenza, devono operare con gli enti costituenti o partecipanti o affidanti, non possono svolgere prestazioni a favore di altri soggetti pubblici o privati, né in affidamento diretto né con gara, e non possono partecipare ad altre società o enti aventi sede nel territorio nazionale. Le società che svolgono l'attività di intermediazione finanziaria prevista dal testo unico di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, sono escluse dal divieto di partecipazione ad altre società o enti*".

partecipate, anche in via indiretta o mediata, da amministrazioni locali al fine di prevenire distorsioni della concorrenza¹¹⁴.

L'opposto orientamento, invece, ritiene che le società partecipate indirettamente dagli enti locali non si dovrebbero ricomprendere nell'ambito applicativo dell'art. 13 anche perché tale la disposizione non ha fatto riferimento alle figure del controllo e del collegamento societario ex art. 2359 c.c.¹¹⁵.

3.4. Le S.O.A. e l'esercizio privato di pubbliche funzioni. La lettura pubblicistica del giudice amministrativo

Le S.O.A. - società organismi di attestazione – istituite dalla legge quadro in materia di lavori pubblici e oggi disciplinate dal codice dei contratti pubblici, sono società di diritto privato, aventi scopo di lucro, che devono svolgere in via esclusiva un'attività di attestazione dei requisiti legali di capacità tecnica e finanziaria, necessaria per consentire agli operatori economici privati di partecipare alle gare pubbliche e ottenere l'affidamento di lavori e forniture¹¹⁶.

Con il nuovo sistema "unico" di qualificazione basato sull'attività delle SOA, appositamente autorizzata e controllata dall'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, il legislatore ha voluto superare il precedente sistema basato sull'Albo nazionale costruttori, in coerenza con l'esigenza di responsabilizzare e valorizzare l'azione di soggetti diversi dallo Stato, oltre che di semplificare ed accelerare le procedure amministrative¹¹⁷.

L'analisi delle S.O.A. consente di verificare la complessa convivenza tra il paradigma pubblicistico e quello privatistico, nell'ambito di un'ipotesi diversa da quelle approfondite sin ora - le società pubbliche o in mano pubblica - e

¹¹⁴ Tar Lombardia, n. 140/2007; Tar Sicilia, Palermo, I, 29 aprile 2009, n. 785 e Tar Puglia, Lecce, I, 06 maggio 2009, n. 908. Cons. St., 5 marzo 2008, n. 946. In senso conforme si v. anche il parere n. 3/2009 dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici.

¹¹⁵ In tal senso v. Tar Liguria, Genova, II, 9 gennaio 2009, n. 39; Tar Molise, I, 18 luglio 2007, n. 628; Tar Lazio, III-ter, 6 novembre 2009, n. 10891 e da ultimo, Tar Lazio, n. 36/2010 relativa a Centostazioni s.p.a., società mista, con capitale maggioritariamente posseduto da Ferrovie dello Stato ed indirettamente partecipata da enti locali.

¹¹⁶ Sulle SOA si v. la legge Merloni n. 109/1994 e s.m.i.; il D.P.R. n. 34/2004 e attualmente il codice dei contratti pubblici, il d.lgs. n. 163/2006 e s.m.i.

¹¹⁷ In tal senso v. T.A.R. Lazio, Roma, 12 marzo 2003, n. 1868 e T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 05 dicembre 2005, n. 12931.

riconducibile, invece, all'esercizio privato di funzioni e/o servizi pubblici, così come sostenuto dalla giurisprudenza amministrativa dominante¹¹⁸.

Le S.O.A. sono, infatti, soggetti formalmente e sostanzialmente privati, dal punto di vista organizzativo e strutturale, ma dal punto di vista funzionale sono state spesso equiparate dal giudice amministrativo ad una pubblica amministrazione, in virtù dell'esercizio di un'attività d'interesse generale, collegata sotto diversi profili al potere pubblico, ed in virtù dei significativi elementi derogatori che il legislatore prevede rispetto al modello codicistico. E' opportuno, quindi, analizzare le divergenze dalla disciplina comune ed i contenuti del sostanzialismo pubblicistico giurisprudenziale per verificare se è giustificato ricondurre il fenomeno delle S.O.A. all'esercizio privato di funzioni pubbliche o se, invece, tale operazione ermeneutica rischia di far perdere effettività alla privatizzazione del sistema di qualificazione, vanificando la *ratio* del legislatore e la valenza intrinsecamente privatistica di tale modello societario.

Numerose considerazioni potrebbero militare a favore della tesi che le S.O.A. costituiscano una tipologia delle società di diritto privato speciale o singolare. Il primo elemento di rilievo riguarda le deroghe che il legislatore prevede alla disciplina comune. La legge configura espressamente le S.O.A. come soggetti di diritto privato che si devono necessariamente costituire nella forma delle S.p.A., la cui denominazione sociale deve comprendere la locuzione "organismi di attestazione". Le disposizioni normative impongono, inoltre, limiti all'autonomia statutaria in riferimento alla sede legale, che deve essere nel territorio della Repubblica, al valore del capitale minimo, all'oggetto sociale che deve essere esclusivo e riguardare, quindi, solo lo svolgimento dell'attività di attestazione e di effettuazione dei connessi controlli tecnici sull'organizzazione

¹¹⁸ Sul fenomeno dell'esercizio privato di funzioni pubbliche si v. ZANOBINI G., *L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, a cura di V.E. ORLANDO, II, Milano, 1935, p. 233 ss.; ID., *L'esercizio privato delle pubbliche funzioni e l'organizzazione degli enti pubblici* (1920), ora in ID., *Scritti vari di diritto pubblico*, Milano, 1955, p. 87 ss.; M.S. GIANNINI, *Esercizio privato di pubbliche attività*, in *Enc. dir.*, XV, Milano, 1966, p. 686; F. SATTA, *Esercizio privato di funzioni e servizi pubblici*, in *Enc. giur.*, XIII, Roma, 1989; A. AZZENA, *Esercizio privato di pubbliche funzioni e di pubblici servizi*, in *D. disc. pubbl.*, VI, Torino, Utet, 1991; DE LEONARDIS F., *Il concetto di organo indiretto: verso nuove ipotesi di applicazione dell'esercizio privato di funzioni pubbliche*, in *Dir. amm.*, 1995, p. 347; PROTTO M., *Morte e reincarnazione dell'organo indiretto*, in *Giur. it.*, 2000, p. 175 ss.; MALTONI A., *Il conferimento di potestà pubbliche ai privati*, in *Sistema del diritto amministrativo italiano*, diretto da SCOCA F.G., ROVERSI MONACO F.A., MORBIDELLI G., Torino, 2005; ID., *Enti riqualificati in senso pubblicistico dalla giurisprudenza ed enti equiparati alla p.a. sul piano funzionale. I privati esercenti attività amministrative dopo la riforma della l. n. 241/1990*, in *Servizi pubblici e appalti*, 2006, 333 ss.

aziendale e sulla produzione delle imprese di costruzione, nonché sulla loro capacità operativa ed economico-finanziaria.

Particolari disposizioni, anche di natura regolamentare, sono dettate in relazione alla struttura organizzativa, ai requisiti tecnici, ai limiti relativi alle partecipazioni azionarie, al fine di garantire la posizione di terzietà e di indipendenza delle S.O.A., rispetto le amministrazioni aggiudicatrici e le imprese di mercato, nell'attività di rilascio delle obbligatorie attestazioni di qualificazione.

Un secondo ordine di considerazioni riguarda il peculiare rapporto tra le S.O.A. e il potere pubblico. Le SOA, pur non avendo un rapporto giuridico stabilizzato in un atto formale di concessione con l'amministrazione preposta alla cura del settore degli appalti pubblici, hanno un legame con un'autorità pubblica indipendente. L'attività di attestazione è sottoposta, infatti, all'autorizzazione preventiva e alla vigilanza periodica dell'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici di servizi, lavori e forniture, che può revocare l'autorizzazione quando ne ricorrano i presupposti di legge.

Gli elementi sin ora analizzati sembrerebbero, dunque, connotare in senso pubblicistico la struttura societaria delle SOA, conformata dalla legge e legata al potere pubblico anche dal punto di vista funzionale.

Non bisogna, tuttavia, trascurare che il rapporto con le imprese richiedenti l'attestazione di qualità è di tipo sinallagmatico (nel sistema previgente, invece, si basava su un atto amministrativo collegato all'iscrizione all'Albo), in quanto gli operatori economici devono stipulare un apposito contratto con le S.O.A., il cui oggetto è, appunto, l'attestazione dei requisiti per partecipare ad una gara pubblica dietro pagamento di un congruo corrispettivo quale controprestazione. Le SOA operano, inoltre, in concorrenza fra loro, sebbene la concorrenza non si possa svolgere a scapito dei requisiti di qualificazione

Ad una prima analisi, sembrerebbe, dunque, di poter rilevare che il fenomeno delle SOA è caratterizzato da una stretta commistione tra pubblico e privato, ma la legge non stabilisce una prevalenza o una sovrapposizione di un paradigma sull'altro. L'embricazione dovrebbe comportare, dunque, l'applicazione del regime pubblicistico e la giurisdizione amministrativa nel rapporto tra Autorità pubblica e Società, mentre la disciplina comune e la giurisdizione ordinaria nel rapporto ormai privatizzato tra SOA e imprese di mercato.

La giurisprudenza amministrativa prevalente ha, invece, valorizzato gli elementi pubblicistici della fattispecie per estendere all'attività di attestazione delle SOA sul mercato la giurisdizione amministrativa e i poteri di controllo dell'Autorità indipendente, trascurando, invece, i profili più spiccatamente privatistici riconosciuti dalla legge, quali lo scopo di lucro, lo svolgimento dell'attività in regime concorrenziale e la valenza commerciale dell'attività di attestazione che, nella sostanza invece, consiste in un adempimento contrattuale fornito dietro corrispettivo.

Nonostante l'assenza di un'espressa qualificazione pubblicistica delle funzioni di attestazioni e di una concessione amministrativa per lo svolgimento della relativa attività, il giudice amministrativo ha fatto ricorso, in particolare, alla figura dell'esercizio privato di funzioni pubbliche, con il corollario dell'applicazione non solo dei principi generali dell'attività amministrativa, in base all'art. 1, comma 1 *ter* della l. n. 241/1990 come modificata nel 2005, ma del regime pubblicistico e della giurisdizione amministrativa¹¹⁹.

Il presupposto della lettura pubblicistica è l'esistenza di una funzione pubblica conferita *ex lege* e di un'attività oggettivamente amministrativa che dà sostanza all'intera fattispecie societaria, in quanto le SOA svolgerebbero ad un tempo un *munus* pubblico, per quanto attiene all'emissione dell'attestazione che si relaziona agli appalti pubblici, e un servizio pubblico, per quanto attiene all'assistenza tecnica all'impresa richiedente¹²⁰. La ricostruzione della natura sostanzialmente amministrativa dell'attività prende le mosse dalla natura funzionale ed oggettivamente pubblica dell'interesse alla certezza, alla *par*

¹¹⁹ Si v. Cons. St., 2 marzo 2004, n. 991 e 993; Cons. St. n. 1178/2005; Cons. St. n. 5843/2004; Cons. St. 14 aprile 2004, Cons. St. n. 2124 e 2125; Tar Sicilia n. 2234/2002; Tar Lazio n. 1868/2003; Tar Lazio 12 maggio 2004, n. 4341; Tar Campania, n. 4716/2006. CANCRINI A., *La privatizzazione del sistema della qualificazione e le SOA*, in *Riv. trim. app.*, 2000, 459 ss.; FOA' S., *Nuovi munera pubblici e principio d'imparzialità. Il caso delle società organismi di attestazione in materia di lavori pubblici*, in www.giustamm.it; GIAMPAOLINO L., *Le Soa e le loro responsabilità*, in *Contr. Stato e enti pubbl.*, 2001; CACACE S., *Soa: una riforma incompiuta*, in www.giustizia-amministrativa.it; BIRILLO G. P., *La tutela giurisdizionale nei confronti degli atti dell'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici emanati nell'esercizio dei poteri di vigilanza sul sistema di qualificazione delle imprese*, in *Riv. trim. appalti*, n. 4/2000, 743 ss.; MALTONI A., *Il conferimento di funzioni pubbliche a privati*, cit. p. 344 ss.

¹²⁰ nello steso senso della giurisprudenza amministrativa si v., *ex multis*, le determinazioni n. 23/2000 del 7 aprile 2000 e n. 41 del 27 luglio 2000, in cui l'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici definisce le SOA quali società per azioni di diritto speciale rispetto al modello societario del codice civile poiché i requisiti indispensabili ai fini dell'autorizzazione sono veri elementi tipologici della società e devono essere attestati nell'atto costitutivo e nello statuto. Inoltre, sussista la necessità che l'autonomia organizzativa e operativa delle SOA si conformi alle esigenze derivanti dal rilievo pubblicistico delle funzioni e dei compiti ad esse attribuiti.

condicio e alla trasparenza nei contratti pubblici, garantito grazie all'attestazione che le S.O.A. fanno della capacità economica e tecnica delle imprese aspiranti alla partecipazione alle gare pubbliche. L'attività di certificazione è circondata, inoltre, di garanzie e controlli pubblici, a cui sono subordinati gli elementi di diritto privato.

Nell'impostazione sostanzialista del giudice, la valenza privatistica del contratto fra SOA e impresa non viene, infatti, semplicemente trascurata, ma propriamente dequotata, nel senso che si dà prevalenza agli elementi legali predeterminati (le tariffe devono rispondere alle condizioni stabilite dall'Autorità) e al fatto che *sfocia nell'atto di attestazione della SOA, unilaterale, vincolato e a contenuto pubblicistico.*

La diversa natura giuridica (pubblica o privata) del soggetto che esercita l'attività di certificazione non incide, dunque, sulla natura giuridica dell'attività esercitata che, in passato come oggi, costituisce *una funzione pubblica di certificazione, volta a ingenerare pubblica fiducia nel contenuto dell'atto.*

Stabilito un valore generale e prevalente per gli elementi pubblicistici, il giudice si spinge anche oltre fino a estendere i poteri dell'Autorità pubblica di vigilanza sull'attività delle SOA e fino a ravvisare poteri amministrativi, nella specie di annullamento dell'attestazione viziata, anche in carenza di una espressa norma attributiva in tal senso. Il giudice amministrativo ricostruisce, in particolare, il potere di annullamento degli attestati, ricavandolo in via logica e sistematica dai poteri autorizzatori e di controllo attribuiti alla Autorità di Vigilanza, peraltro, considerati talmente penetranti da essere vincolanti per il contenuto dell'attestazione stessa.

L'annullamento dell'attestazione viziata è considerato, peraltro, un rimedio indispensabile nelle ipotesi di inerzia della SOA, perché, in mancanza, si consentirebbe ad imprese che hanno ottenuto l'attestazione sulla base di presupposti erronei (o falsi), di continuare a partecipare alle gare di appalto *sine die*, frustrando la *ratio* posta a base dell'istituzione del controllo pubblico sugli organismi di qualificazione, data dalla necessità di assicurare il virtuoso andamento del mercato, mediante la limitazione del perimetro delle imprese ammesse a partecipare alle procedure in virtù delle relative referenze oggetto di certificazione. La revoca dell'autorizzazione all'esercizio dell'attività nei confronti della SOA inadempiente, espressamente prevista per legge, non è

considerata, invece un rimedio efficace, perché quando una SOA cessa la sua attività, le attestazioni da essa rilasciate devono essere trasferite ad altra SOA.

Il giudice amministrativo sembra ricostruire la fattispecie delle SOA, stravolgendo non solo il dato normativo, ma anche la *ratio* del legislatore di privatizzare il sistema di qualificazione, rileggendo, invece, in chiave marcatamente pubblicistica l'intero fenomeno delle SOA. Il giudice ha, infatti, stabilito in via pretoria che la creazione di un sistema efficiente ed efficace di qualificazione non è basato tanto sull'attività degli organismi di diritto privato, quanto sul controllo pubblico della pubblica funzione di certificazione. Le attestazioni sono considerate, infatti, atti pubblici di certificazione; l'Autorità esercita un controllo sia sulle SOA che sulle attestazioni che esse rilasciano; l'Autorità può indicare in modo vincolante il contenuto delle attestazioni¹²¹; l'Autorità può escludere dal mercato le SOA inadempienti; l'Autorità vigila sull'intero sistema di qualificazione, e dunque ne garantisce l'efficienza e l'efficacia, a tutela della concorrenza e della pubblica fiducia, per cui da tale complesso di poteri attribuiti all'Autorità si evince anche quello, strettamente strumentale, di intervento diretto sulle attestazioni, mediante annullamento delle stesse.

Nell'ottica di mantenere le garanzie pubblicistiche legate alla funzione amministrativa, la rilettura pubblicistica a partire dal dato funzionale e dalle deroghe legislative alla disciplina comune comporta l'estensione del regime pubblicistico e della tutela giurisdizionale amministrativa anche al rapporto tra SOA e imprese, che, invece, dovrebbe rimanere governato dal diritto privato, a pena di svuotare di significato il processo di privatizzazione del sistema unico di qualificazione.

¹²¹ In senso contrario, T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 26 luglio 2005, n. 10385, secondo cui con l'autorizzazione l'Autorità di vigilanza non deve emanare criteri o direttive concernenti il sistema della qualificazione delle imprese, dovendo, invece, solo vigilare sull'attività e sulla compagine sociale delle SOA

CAPITOLO III

IL SOSTANZIALISMO DELLA GIURISPRUDENZA AMMINISTRATIVA E L'ATTIVITÀ DELLE PUBBLICHE AMMINISTRAZIONI

SEZIONE I

IL SOSTANZIALISMO E I PRINCIPI GENERALI DELL'ATTIVITÀ AMMINISTRATIVA

1. I principi generali del diritto amministrativo ed il ruolo del giudice amministrativo

Il giudice amministrativo ha il compito di verificare la legittimità dell'azione amministrativa alla luce del rispetto della regola di diritto (*rule of law*). Il parametro di riferimento non è più, infatti, soltanto la legge che promana dal Parlamento nazionale, ma anche la Costituzione ed principi ultrastatali, in particolare europei, stabiliti dai Trattati o ricavati dalle fonti derivate o dalla giurisprudenza europea, che entrano nell'ordinamento nazionale *ex art. 117 Cost.* primo comma.

Il giudice amministrativo non si limita, però, ad applicare tali parametri alle fattispecie concrete per la soluzione dei singoli casi, in quanto ha contribuito e contribuisce tuttora a fornire un'interpretazione costituzionalmente orientata degli stessi nonché a enucleare in via pretoria principi e istituti fondamentali del diritto amministrativo, spesso poi positivizzati dal legislatore. Si pensi a titolo meramente esemplificativo all'obbligo di motivazione, al dovere di imparzialità, all'eccesso di potere, elaborati ben prima che di essi fosse data enunciazione legislativa, o ancora ai principi di proporzionalità e ragionevolezza¹²².

Al giudice amministrativo si deve, inoltre, il riconoscimento di esigenze giuridiche e sociali profonde, solo in parte formalizzate in leggi o che il legislatore

¹²² Su cui v. Cons. St. n. 132/1992 e Cons. St. n. 3/1993, con i commenti, rispettivamente, di SANDULLI A., *Il principio di proporzionalità dell'azione amministrativa* e di COGLIANI S., *Il principio di ragionevolezza dell'azione amministrativa*, in *Le grandi decisioni del Consiglio di Stato*, Milano, 2001, 585 ss.

ha spesso trascurato, e l'adattamento delle regole e degli istituti del diritto amministrativo a tali esigenze. Il giudice ha cercato, in particolare, di rispondere ad una domanda di tutela sostanziale dei privati sempre più significativa, dando una lettura sostanziale e concreta del principio di legalità e degli altri istituti posti alla sua attenzione, in modo funzionale all'effettiva garanzia dei diritti e dei beni della vita dei privati e, contemporaneamente, alla soddisfazione degli interessi pubblici coinvolti.

Il giudice amministrativo ha saputo cogliere con tempestività, infine, i cambiamenti dell'ordinamento giuridico anche provenienti dalla dimensione ultrastatale, ma spesso ha reagito con un atteggiamento sostanzialista, volto, da una parte, ad estendere le regole e le garanzie pubblicistiche e, dall'altra, a dequotare le garanzie formali. Tale atteggiamento è spesso coerente con le esigenze pratiche contenute nei principi di matrice europea dell'effettività della tutela e dell'effetto utile, ma sembra tendere talvolta ad una generalizzazione troppo assolutizzante, che trascura l'importanza di un'analisi individuale delle singole fattispecie, in cui si potrebbero meglio attagliare le regole privatistiche o le garanzie formali. Il giudice amministrativo è chiamato, dunque, ad un bilanciamento concreto tra i diversi valori e le esigenze in gioco, ma l'analisi di ciascuna fattispecie richiede un particolare equilibrio e prudenza nella ricostruzione della regola da applicare e nella valutazione del contesto e delle circostanze di specie.

1.1. L'influenza del diritto ultrastatale sui principi generali e sull'approccio del giudice amministrativo al diritto sostanziale

Il processo d'integrazione europea ha prodotto un'interpenetrazione fra fonti nazionali e fonti comunitarie, un'apertura verticale ed orizzontale tra gli apparati amministrativi, una circolazione di principi ed istituti giuridici ed anche un dialogo sempre più rilevante fra le diverse giurisdizioni, come avviene tra il giudice amministrativo nazionale e la Corte di giustizia europea.

Lo stesso fenomeno, sia pure con caratteristiche attenuate e con gradi diversi di intensità a seconda dei settori, si sta verificando nei rapporti fra diritto nazionale e diritto globale, con una moltiplicazione di sedi di decisione e di sedi

di controllo che influiscono sulla determinazione della regola alla quale di volta in volta l'amministrazione e il giudice nazionale devono attenersi.

L'appartenenza ai sistemi giuridici ultrastatali ed, in particolare, all'ordinamento sovranazionale ha delle significative ricadute sui principi generali del diritto amministrativo nazionale. Il principio di legalità assume, innanzitutto, una dimensione europea e globale che l'amministrazione ed il giudice amministrativo nazionale devono tenere necessariamente in considerazione per trarre la regola di diritto applicabile al caso concreto e per poter interagire con le amministrazioni e i giudici di altri ordinamenti¹²³.

Anche se il principio di legalità non è espressamente enunciato in ambito europeo, la sua applicazione è considerata ormai pacifica, dato che all'art. 6 del TUE si afferma che l'Unione si fonda sui principi di democrazia e dello Stato di diritto, che sono «comuni agli Stati membri». Il richiamo allo «Stato di diritto» nel Trattato e alla «comunità di diritto» nella giurisprudenza europea rendono, inoltre, necessario ampliare il concetto nazionale di legalità.

Il principio di legalità si deve identificare, infatti, con il principio più ampio del rispetto della “regola di diritto” (*rule of law* o *regle de droit*), in cui si ricomprendono non solo le fonti legislative nazionali, ma anche quelle europee, primarie (Trattati) e secondarie (direttive e regolamenti), nonché i principi generali del diritto, di cui fanno parte i diritti fondamentali e i principi comuni delle tradizioni costituzionali degli Stati membri.

In questa prospettiva, i trattati istitutivi e la normativa derivata, alle quali devono aggiungersi le convenzioni internazionali, quali la CEDU¹²⁴, costituiscono, dunque, parametri di riferimento per le pubbliche amministrazioni e parametri di legittimità alla cui stregua il giudice amministrativo vaglia l'azione amministrativa nazionale.

¹²³ Sulla legalità comunitaria, ADINOLFI A., *Il principio di legalità nel diritto comunitario*, in *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia*, cit., p. 87 ss. Sulla legalità globale, CASSESE S., *Il diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo Stato*, Torino, Einaudi, 2009; ID., *I tribunali di Babele. I giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale*, Roma, Donzelli, 2009; MACCHIA M., *Le tendenze della legalità nella dimensione internazionale*, in *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia*, cit., p. 639 ss.

¹²⁴ MIRATE S., *Giustizia amministrativa e convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Napoli, 2007; DE LISE P., *Corte europea dei diritti dell'uomo e giudice amministrativo*, in *Foro amm.-TAR*, 2009, 2. sentenza della Corte costituzionale, 348 e 349/2007; 129/2008 e Cassazione SS.UU. nn. 1338-1341/2004. Sull'impatto del diritto europeo sul processo amministrativo si rinvia a SANDULLI M.A. *I principi costituzionali e comunitari in materia di giurisdizione amministrativa*, in www.federalismi.it, n. 17/2009.

I giudici e le pubbliche amministrazioni nazionali sono chiamati, inoltre, ad assicurare il primato della legalità europea, dovendo disapplicare le regole nazionali contrastanti. Il pieno rispetto della legalità comunitaria può, quindi, incrinare e comprimere la regola della legalità nazionale ed il giudice amministrativo ha il compito di garantire, in definitiva, l'uniformità del sistema, dovendo peraltro assicurare la piena tutela delle situazioni giuridiche soggettive attribuite direttamente ai cittadini nazionali dalle norme europee.

Il diritto europeo ha influenzato, dunque, l'estensione e il contenuto del principio di legalità nazionale, ampliando, inoltre, i parametri di legittimità per il giudice amministrativo, divenuto garante del primato della legalità sovranazionale.

Il diritto europeo ha, inoltre, arricchito il novero dei principi generali rilevanti per il diritto amministrativo nazionale, vincolanti nel nostro ordinamento per il tramite dell'art. 117 Cost. e dell'art. 1 l. n. 241/1990, come modificato dalla l. n. 15/2005 e successivamente dalla l. n. 69/2009. Si pensi ai principi di matrice europea, normativa o giurisprudenziale, della ragionevolezza, proporzionalità, non arbitrarietà, legittimo affidamento, non discriminazione in base alla nazionalità¹²⁵. Tali principi sono ormai divenuti canoni fondamentali e garanzie ulteriori che il giudice amministrativo deve assicurare nella valutazione della legittimità dell'azione amministrativa in rapporto alla sfera giuridica dei privati.

Il diritto europeo ha, inoltre, completato il sistema di garanzie puntando sul principio della azionabilità delle pretese di fronte ad un giudice nazionale e sull'effettività della tutela giurisdizionale¹²⁶. In base a tali principi, che trovano riscontro nell'art. 24 e 113 della Costituzione, il giudice ordinario e il giudice amministrativo speciale sono chiamati ad assicurare un sistema di giustizia capace di garantire la tutela piena ed effettiva degli interessi legittimi e diritti soggettivi, distinzione, peraltro, sconosciuta dall'ordinamento europeo.

¹²⁵ DELLA CANANEA G., *Diritto amministrativo europeo. Principi e istituti*, Milano, 2008, 1-54; MASSERA A., *I principi generali*, in CHITI M.P., GRECO G., a cura di, *Trattato di diritto amministrativo europeo*, I, 2008

¹²⁶ Si v. FALCON G., *Separazione e coordinamento tra giurisdizioni europee e giurisdizioni nazionali nella tutela avverso gli atti lesivi di situazioni soggettive europee*, in *Riv. dir. pubbl. comun.* N. 2/2004, 1153 ss.; DE PRETIS D., *La tutela giurisdizionale amministrativa in Europa fra integrazione e diversità*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2004, 2 ss.; GRECO G., *L'effettività della giustizia amministrativa italiana nel quadro del diritto europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1996, 797 ss.

I principi di effettività enunciati nell'ordinamento europeo e applicati dal giudice europeo hanno, in particolare, inciso sul livello di tutela offerto dal giudice nazionale nei confronti delle pubbliche amministrazioni e dei soggetti ad esse assimilati, imponendone un decisivo innalzamento. Il *favor* dell'ordinamento europeo verso una tutela di tipo sostanziale e l'esigenza di effettività della tutela giurisdizionale hanno inciso non solo sul livello di garanzie offerte, ma anche sul riparto di giurisdizione interno. Si pensi ad esempio alla materia di contratti pubblici, in cui il giudice amministrativo, a seguito della direttiva c.d. ricorsi, è destinato a divenire giudice naturale dell'evidenza pubblica ed anche del rapporto negoziale (*infra* par. 3.1.1.).

La priorità del principio di effettività della tutela e l'importanza dell'influenza del diritto europeo sul punto è confermata nel nostro ordinamento dalla recente bozza del nuovo Codice del processo amministrativo che si apre con la previsione che *“la giurisdizione amministrativa assicura una tutela piena ed effettiva nel rispetto dei principi della Costituzione e del diritto europeo”*.

Il diritto europeo ha influenzato, infine, il ruolo del giudice amministrativo sotto il profilo dell'approccio al diritto sostanziale.

In coerenza con il diritto e soprattutto con la giurisprudenza europea, il giudice amministrativo è, infatti, divenuto più sensibile ai profili sostanziali delle fattispecie soggettive e funzionali, spesso prescindendo dagli aspetti puramente formali o talvolta dai vincoli legali. In ambito europeo, un tale atteggiamento è giustificato dalla necessità di mettere in comune una pluralità di ordinamenti giuridici ed è funzionale, come nel caso della nozione di organismo di diritto pubblico, all'applicazione di una determinata normativa europea ai soggetti nazionali, a prescindere dalle etichette formali. In ambito nazionale, il sostanzialismo del giudice amministrativo può, invece, rivelarsi un elemento pericoloso sotto il profilo del principio di legalità, se volto ad estendere indiscriminatamente il regime pubblicistico anche al di là dei confini stabiliti dal legislatore.

L'influenza del diritto europeo consiste anche nel rafforzamento del ruolo del giudice amministrativo come giudice dell'economia. Il giudice amministrativo è chiamato, infatti, dal diritto europeo a garantire un mercato sempre più concorrenziale e a tal fine guarda con sempre maggiore attenzione e priorità

all'analisi delle regole del mercato e ai criteri "aziendalistici" dell'efficacia, efficienza ed economicità.

Il giudice amministrativo plasma, dunque, le fattispecie concrete in base alle finalità pro-concorrenziali, guardando in via prioritaria all'incidenza degli effetti sul mercato. Si pensi ad esempio all'interpretazione estensiva della nozione di operatore economico e di attività d'impresa, a prescindere dagli elementi soggettivi ed oggettivi, ma in funzione della finalità di garantire la massima concorrenza tra gli offerenti negli appalti pubblici (*infra* par. 3.2).

Il giudice amministrativo ha, infine, subito l'influenza del principio giurisprudenziale europeo dell'effetto utile, che deve guidare la lettura delle disposizioni europee per far sì che esse raggiungano la finalità pre-stabilita.

Tale principio ha stimolato nel giudice amministrativo un'interpretazione teleologica e sistematica delle norme, dando impulso, inoltre, ad una legalità sostanziale e alla regola del raggiungimento dello scopo (come si vedrà nel paragrafo sui vizi formali e sostanziali).

1.2. L'evoluzione del principio di legalità. La legalità sostanziale e l'interpretazione sostanziale della legalità

Di fronte ai mutamenti in atto nel diritto amministrativo nazionale, sia di ordine soggettivo e organizzativo, sia di ordine sostanziale e funzionale, si deve registrare un'evoluzione dei contenuti del principio di legalità amministrativa ed anche degli strumenti di analisi di quanti sono chiamati a interpretarlo, primi fra tutti i giudici amministrativi¹²⁷.

Si deve considerare ormai pacifico il valore costituzionale della legalità e superata l'impostazione positivista, secondo la quale la regola ordinatrice deve essere identificata con la legge e la legge deve essere, a sua volta, identificata con la legge dello Stato, ad esclusione di altre possibili fonti di diritto o canoni di azione¹²⁸.

¹²⁷ Si v. TRAVI A., *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia*, presentazione al convegno Varenna, 20-22 settembre 2007, anche in www.giustamm.it.

¹²⁸ Sulla teoria politica del principio di legalità, si v. BOBBIO N., *Legalità*, in *Dizionario di politica*, a cura di BOBBIO N. e MATTEUCCI N., Torino, 1976, p. 518 ss. Sulla teoria generale, GUASTINI R., *Legalità (principio di)*, in *Digesto discipline pubblicistiche*, IX, Torino, Utet, 1994; CALAMANDREI P., *Appunti sul concetto di legalità*, in *Opere giuridiche*, III, Napoli, , 1968, p. 62 ss. Sulla prospettiva storica, SORDI B., *Il principio di legalità nel diritto*

Come già visto nel paragrafo precedente, l'appartenenza agli ordinamenti giuridici ultrastatali, ha aggiunto, infatti, alla legalità ordinaria e costituzionale, quella europea e globale e ha contribuito all'estensione del contenuto della legalità, nel senso che comprende anche i principi generali e i diritti fondamentali.

La funzione tradizionale della legalità di rendere tipico l'esercizio del potere pubblico, indicandone *ex ante* i compiti, i fini e, in certa misura, le modalità di esercizio, e di renderlo controllabile *ex post* si è, inoltre, complicata con l'emergere di numerosi fattori di crisi e cambiamento.

Si pensi ai fenomeni di *deregulation* e *ri-regulation* in relazione all'erompere della Autorità indipendenti; alle discipline settoriali molto particolareggiate che entrano nel merito delle attività pubbliche ed economiche (leggi finanziarie) o dell'attività amministrativa (leggi-provvedimento) o anche alle disposizioni spesso incerte e contraddittorie (in relazione ad esempio alle società pubbliche) o ai vuoti normativi, spesso colmati dal giudice amministrativo, dovuti alla scarsa sensibilità o alla poco prontezza nel dare risposta sollecita alle esigenze della società civile.

Alla luce della complicazione istituzionale e sociale della realtà giuridica, la legalità rileva non più tanto in senso formale, quale norma che fonda e rende tipico il potere, quanto sotto il profilo sostanziale con il riconoscimento alla legge

amministrativo che cambia. La prospettiva storica, in Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia, Atti del LIII Convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Varenna 20-22 settembre 2007, Milano, 2008, p. 1 ss. Sulla legalità in diritto amministrativo, ZANOBINI G., L'attività amministrativa e la legge, in Scritti vari di diritto pubblico, Milano, 1955, p. 203 ss.; GIANNINI M.S., Diritto amministrativo, Milano, 1970, pp. 81-83, 525-541, 1259-1262; CASSESE S., Le basi costituzionali, in Trattato di diritto amministrativo, Milano, Giuffrè, 2003, p. 220; MERUSI F., Sentieri interrotti della legalità, Bologna, 2007. Sul rapporto con la riserva di legge, FOIS S., Legalità (principio di), in Enciclopedia del diritto, XXIII, Milano, 1973; RESCIGNO G.U., Sul principio di legalità, in «Diritto pubblico», 1995, p. 247 ss. Sui poteri impliciti, BASSI N., Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti, Milano, 2001; MORBIDELLI G., Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti, in Dir. amm., 2007, p. 703 ss. Sulle leggi-provvedimento, RESCIGNO G.U., Leggi-provvedimento costituzionalmente ammesse e leggi-provvedimento costituzionalmente illegittime, in Dir. pubbl., 2007, p. 319 ss. Sul principio di legalità e i poteri straordinari dell'amministrazione si v. CERULLI IRELLI V., Principio di legalità e poteri straordinari dell'amministrazione, in Dir. pubbl., n. 2/2007, p. 346 ss. Sul principio di legalità in prospettiva comparata, FLOGAITIS S., La notion de principe de légalité, in European Review of Public Law, 1998, X, p. 655 ss.; D. DYZENHAUS, M. HUNT, M. TAGGART, The Principle of Legality in Administrative Law: Internationalisation as Constitutionalisation, in Common Law Journal, 2001, p. 5 ss.; CRAIG P., Formal and substantive conceptions of the rule of law, in Dir. pubbl., 1995, 35 e ss.

della funzione d'individuare i criteri fondamentali di esercizio del potere, gli interessi da realizzare, gli obiettivi da perseguire e i risultati da raggiungere¹²⁹.

La legge si trasforma, dunque, da meccanismo di selezione degli interessi meritevoli e di posizione di regole generali ed astratte per l'esercizio concreto del potere in strumento di riconoscimento di una serie potenzialmente indefinita di diritti ed interessi – spesso enunciati direttamente dalle carte costituzionali o, al contrario, concretamente configurati dalla giurisprudenza – e di posizione di regole speciali, volte a disciplinare, nel migliore dei casi, microsistemi¹³⁰.

Il riconoscimento di una pluralità di interessi potenzialmente configgenti fra loro, senza una preventiva selezione o gerarchizzazione degli stessi, consente, da un alto, all'amministrazione pubblica di scegliere quale interesse debba prevalere in concreto con un margine di discrezionalità sempre più ampio e dall'altro, rende più difficile per il giudice amministrativo controllare *ex post* l'esercizio del potere mediante il mero richiamo alla legge stessa.

L'attenzione si sposta, dunque, dal principio di legalità all'interpretazione della legalità che ne fa il giudice amministrativo, chiamato ad un tempo a garantire la legittimità dell'azione amministrativa nel caso concreto, non più solo in base alla legge ma anche alla stregua dei principi generali, e a controllare la gerarchia degli interessi stabilita dalla p.a., potendone orientare la direzione con giudizi di valore sugli stessi¹³¹.

La compressione ed il ridimensionamento del principio di legalità in senso formale, sembrerebbe trovare un contraltare nell'uso giurisprudenziale dello stesso principio che, reinterpreted in senso sostanziale, assume una nuova valenza in relazione al potere pubblico.

Si deve registrare, innanzitutto, che il giudice amministrativo interpreta modernamente il principio di legalità considerandolo comprensivo della legge, della costituzione, della normativa sopranazionale, nonché dei principi elaborati

¹²⁹ Sul principio di legalità sostanziale si deve rilevare innanzitutto l'assenza di una nozione normativa o giurisprudenziale univoca. In dottrina si v. MERUSI F., *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia*, in *Dir. pubbl.*, n. 2/2007, p. 427 ss.; ID., *Sentieri interrotti della legalità*, Bologna, 2007. Per gli itinerari dottrinali della legalità sostanziale si v. COGNATI S., *Profili sostanziali della legalità amministrativa. Indeterminatezza della norma e limiti della discrezionalità*, Milano, 1993.

¹³⁰ Si v., IRTI N., *L'età della decodificazione*, Milano, 1999, p. 21 e ss.

¹³¹ TRAVI A., *Giurisprudenza amministrativa e principio di legalità*, in *Dir. pubbl.*, 1995. Per i grandi casi della giurisprudenza del Consiglio di Stato creativi della legalità sostanziale si rinvia a PASQUINI G., SANDULLI A., *Le grandi decisioni del Consiglio di Stato*, Milano, 2001

dagli stessi giudici nazionali ed europei (come la ragionevolezza e proporzionalità).

Si deve evidenziare, inoltre, che la giurisprudenza non adotta un concetto unitario del principio di legalità, interpretato in modo diverso a seconda degli ambiti di riferimento ed in funzione degli interessi coinvolti. Talvolta, il giudice effettua una lettura formale del principio, riconoscendo che la legalità è il fondamento del potere amministrativo della p.a., nel senso che la norma attribuisce il potere e ne prescrive i fini. Ciò avviene soprattutto a fronte di provvedimenti che sottraggono al destinatario un bene giuridico (interessi legittimi oppositivi), con un recupero della concezione liberale del principio di legalità, come garanzia del cittadino.

Talaltra, il giudice fornisce una lettura sostanzialista del principio. In una pluralità di pronunce relative ai poteri normativi delle Autorità indipendenti, il giudice amministrativo ha stabilito che a fronte di una dequotazione della legalità formale – cioè quella che può desumersi dalla mera esistenza di una norma di legge – si afferma una legalità sostanziale che poggia le sue basi nelle garanzie procedurali e, quindi, nel dialogo diretto fra diritti ed interessi e amministrazione pubblica. In questo senso, la legalità sostanziale funge da criterio di legittimazione del potere diverso dalla legalità intesa in senso formale e tradizionale.

In altri contesti, il giudice amministrativo ha interpretato la legalità in senso sostanziale per estendere regole pubblicistiche anche al di là di quanto previsto dalla legge stessa e per attingere alla realtà delle cose piuttosto che fermarsi alle qualificazioni formali. È questo il caso dell'o.d.p. in cui l'interpretazione sostanziale della legge è funzionale al superamento dell'inganno della forma dietro cui si nasconde spesso l'intento di sfuggire proprio al principio di legalità.

Il giudice amministrativo non si ferma, inoltre, ad una osservanza formale delle prescrizioni normative, ma valuta tutti i fattori che possono incidere sul perfezionamento della scelta finale e sulla soddisfazione dell'interesse pubblico.

In tale prospettiva, la legalità non viene valutata in senso formale, ma in funzione del principio del raggiungimento dello scopo, che si trasforma in un controllo giurisdizionale sui risultati o meglio sulle regole dell'amministrazione di

risultato¹³². È in tale contesto che si comprende il rilievo sempre più significativo dei principi di efficacia, efficienza, economicità, oggi contenuti espressamente nell'art. 1 della legge sul procedimento, in relazione all'organizzazione e all'azione amministrativa. Detti principi costituiscono la componente "economico-aziendale" della legalità e come tali fungono da parametri di legittimità nel controllo dell'azione amministrativa. Si tratta, però, di criteri sostanziali ed informali, dal contenuto indeterminato, che obbligano il giudice amministrativo a non limitarsi alla verifica della stretta conformità alle regole formali, quanto piuttosto a indagare sul modo concreto con il quale l'amministrazione esercita il suo potere discrezionale, laddove consentito dalla norma, in un'ottica di orientamento al risultato.

In definitiva, è possibile sostenere che il principio di legalità non segue più il modello della *conformità* tra norma e atto, di applicazione quasi automatica, quanto secondo quello della *compatibilità*, nel quale rileva la valutazione del giudice al quale spetta il compito finale di indicare, tra una pluralità di norme, quella che deve essere applicata dall'amministrazione e che integra e completa la norma con l'applicazione di principi giuridici generali, per stabilire l'idoneità e l'adeguatezza dell'azione amministrativa al raggiungimento del fine indicato dalla norma stessa.

1.2.1. La legalità fra diritto privato e diritto amministrativo. Il giudice amministrativo come ago della bilancia

Il principio di legalità ha come ambito di applicazione originario e tipico l'attività provvedimentale dell'amministrazione, espressione di un potere

¹³² Con il termine amministrazione di risultato s'indica un nuovo modo di porsi dell'attività amministrativa, con riferimento al parametro del risultato, cioè direttamente collegato ai risultati che con essa vengono raggiunti. In tal senso SCOCA F. G., *Attività amministrativa*, in *Enc. Dir.*, vol. III, agg. 2002, 100 ss; IANNOTTA L., a cura di, *Economia, diritto e politica nell'amministrazione di risultato*, Torino, 2003; ID., *Previsione e realizzazione del risultato nella pubblica amministrazione: dagli interessi ai beni*, in *Dir. amm.*, 1999, 57 ss.; ID., *La considerazione del risultato nel giudizio amministrativo: dall'interesse legittimo al buon diritto*, in *Dir. proc. amm.*, 1998, 299 ss.; ID., *Principio di legalità e amministrazione di risultato*, in AA.VV., *Amministrazione e legalità: fonti normative e ordinamenti*, Napoli, 2000, 97 ss.; SPASIANO M., *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Torino; IMMORDINO M., POLICE A., a cura di, *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, Torino, 2004

amministrativo autoritativo¹³³. Tale potere è sempre etero determinato dalla legge, che rende tipici e nominati gli atti e i procedimenti amministrativi della pubblica amministrazione. È evidente la differenza rispetto al diritto privato, in cui l'autonomia privata non può travalicare i limiti di legge, ma entro quei limiti dispone di un significativo margine di autodeterminazione, secondo il principio di libertà delle forme ed di atipicità del negozio e dell'illecito.

La concezione del diritto privato quale diritto della parità e del diritto amministrativo come diritto del privilegio e della supremazia del soggetto pubblico, trovano costanti smentite nell'esperienza giuridica contemporanea.

Il principio di legalità si colloca, infatti, in un diritto pubblico in continua trasformazione, soprattutto alla luce della embricazione con il diritto privato e della penetrazione dei modelli privatistici nell'organizzazione e nell'attività delle pubbliche amministrazioni. Si tratta, quindi, di comprendere l'incidenza del principio di legalità in relazione all'attività contrattuale/consensuale della p.a. e alle nuove figure soggettive a seguito delle privatizzazioni di poteri pubblici¹³⁴.

Il richiamo al diritto privato è attualmente contenuto nell'articolo 1, comma 1bis l. n. 241/1990, secondo il quale *“la pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato, salvo che la legge disponga diversamente”*.

La portata innovativa della norma risulta fortemente ridimensionata se si pensa al fatto che non è certo una novità che la pubblica amministrazione possa agire utilizzando il diritto privato¹³⁵. La distinzione fra atti autoritativi e atti non autoritativi risale, infatti, al riconoscimento di un'attività di gestione separata da quella d'imperio, secondo la più tradizionale dottrina ed è alla base della famosa pronuncia del Consiglio di Stato sugli atti paritetici, ma è appunto rilevante soprattutto ai fini del sindacato su quegli atti in un sistema a giurisdizione dualista qual è quello italiano.

¹³³ Sulla valore della legalità come regola di limite dell'attività amministrativa, che s'inserisce nella dialettica dell'autorità e della libertà, si v. GIANNINI M. S., *Diritto amministrativo*, I, 1993, 88-89.

¹³⁴ Sulla legalità tra diritto pubblico e privato, TORCHIA L., *L'attività amministrativa fra diritto privato e diritto amministrativo, nazionale ed europeo*, in www.astrid-online.it, 2007; MARZUOLI C., *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1982; TRIMARCHI BANFI F., *Il principio di legalità e l'impiego del diritto privato da parte dell'amministrazione pubblica*, in www.astridonline.it

¹³⁵ In tal senso v. anche Tar Friuli Venezia Giulia, n. 1074/2005 Tar Lombardia, n.99/2005

Ci si chiede, dunque, se all'attività consensuale della p.a. si applichi la regola della legalità amministrativa. La persona giuridica pubblica è dotata di piena capacità d'agire di diritto privato ed è ampiamente legittimata a contrattare, fatta eccezione ovviamente per i negozi vietati dalla legge. Ai sensi dell'art. 11 l. 241/1990, inoltre, può ricorrere ad accordi, anche sostitutivi del provvedimento, senza il limite della tassatività, ai quali si applicano i principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti. Nella prima ipotesi si avrà attività privata dell'amministrazione, mentre nella seconda attività amministrativa di diritto privato¹³⁶. In entrambi i casi, si verifica una commistione di regole pubblicistiche e regole privatistiche, contenute rispettivamente nella legge sul procedimento e nel codice civile. Il principio di legalità non perde rilievo in ambedue le ipotesi se si valorizza la funzione di indirizzo piuttosto che quella di garanzia, in base alla quale la legge individua i fini dell'azione amministrativa ed indica mezzi e strumenti necessari per conseguirli, tenendo conto del fatto che i soggetti pubblici sono istituiti in funzione servente rispetto ai fini che l'ordinamento impone loro di perseguire. Il principio di funzionalità dell'attività impedisce allora che l'amministrazione eserciti in modo libero i propri poteri, come i privati esercitano liberamente la capacità negoziale.

La legalità prende, dunque, la forma di un vincolo di scopo e l'attività negoziale della amministrazione non può esorbitare dal perseguimento dell'interesse pubblico ad essa assegnato. Il soddisfacimento delle finalità istituzionali produce, inoltre, l'effetto di alterare il regime privatistico proprio del contratto o dell'accordo. Nei contratti pubblici, la garanzia dell'interesse pubblico si concretizza in un apposito procedimento ad evidenza pubblica (come meglio si vedrà nella sezione terza del capitolo), mentre negli accordi tra amministrazioni e privati, nel fatto che la stipulazione dell'accordo è preceduta da una

¹³⁶ Per una lettura dell'articolo 1, comma 1bis come norma che non si riferisce all'attività privata dell'amministrazione, ma all'attività amministrativa svolta con strumenti di diritto privato, con l'evidente conseguenza che essa vada qualificata come attività funzionalizzata e quindi sottoposta ai principi e ai controlli propri dell'azione amministrativa, e che debbano garantirsi, per essa, gli stessi rimedi di tutela dei terzi attivabili per qualsiasi decisione amministrativa si v. GIACCHETTI S., *La nuova via privata al pubblico interesse aperta dall'art.1, c.1bis della legge 11 febbraio 2005 n. 15*, in *Il diritto privato della pubblica amministrazione*, a cura di STANZIONE P. e SATURNO A., Padova, 2006, pp.113 ss.. Sul tema si v. anche, per una diversa lettura, NAPOLITANO G., *L'attività amministrativa e il diritto privato*, in *Giorn. dir. ammin.*, n.5, 2005, pp. 481 ss.; si v. anche MERUSI F., *Il diritto privato della pubblica amministrazione alla luce degli studi di Salvatore Romano e ID.*, *I sentieri interrotti della legalità*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2, 2006, pp.273 ss.; IANNOTTA L., *L'adozione degli atti non autoritativi secondo il diritto privato*, in *Dir. amm.*, n. 2/2006, p. 354 ss.

determinazione dell'organo che sarebbe competente per l'adozione del provvedimento.

Al giudice è rimesso il compito di valutare, in concreto, se l'attività consensuale sia preposta al perseguimento dell'interesse pubblico, pena l'invalidità degli atti così posti in essere. È evidente che una graduale trasformazione dell'attività amministrativa – da autoritativa a consensuale – si ripercuote sulle modalità operative del principio di legalità. Il ricorso al modulo consensuale ne muta la rilevanza da strumento di garanzia a strumento di indirizzo: laddove il primo costituisce un effettivo limite, mentre il secondo è più un vincolo a perseguire gli obiettivi prefissati a carico dell'amministrazione.

Sotto un altro punto di vista, il legislatore ha avviato negli ultimi anni diversi fenomeni di privatizzazione e di esternalizzazione, accompagnati dall'applicazione di principi pubblicistici. L'articolo 1, comma 1 *ter*, della legge 241 estende ai “*soggetti privati preposti all'esercizio di attività amministrative*”, l'obbligo di rispettare i principi generali dell'azione amministrativa, primo fra tutti, quello di legalità¹³⁷.

Ne consegue che quando un ente di diritto privato incide unilateralmente su posizioni giuridiche soggettive del cittadino, limitandole, modificandole o estinguendole è soggetto al principio di soggezione alla legge, come se fosse una pubblica amministrazione, a prescindere dalla natura giuridica, pubblica o privata, del soggetto. La regola della legalità mantiene dunque intatta la sua funzione di garanzia rispetto a qualunque attività che possa risultare lesiva nei confronti della collettività, in quanto difende il privato dall'esercizio di un potere che non sia predeterminato da una norma, giacché non ci può essere un potere posto del tutto al di fuori di una previsione di legge.

Parte della giurisprudenza amministrativa è impegnata, però, ad estendere l'intero regime pubblicistico a tali soggetti o, talvolta in modo più moderato,

¹³⁷ Il caso tipico è quello dell'esercizio privato delle pubbliche funzioni. Quando la delibera di un consiglio di amministrazione di una società avente natura privatistica – come il vettore ferroviario privatizzato – sia idonea per legge a produrre degli effetti equiparabili alla dichiarazione di pubblica utilità, quest'ultima dovrà essere preceduta nelle forme adeguate da un ponderazione delle ragioni degli interessati (Cons. St., n. 1617/2004). Oppure: svolgendo le società private organismo di attestazione una funzione pubblicistica di certificazione, che sfocia in una attestazione con valore di atto pubblico, l'attività da esse posta in essere è circondata di garanzie e controlli pubblici, in ragione dei quali l'autorità dei contratti pubblici dispone di penetranti poteri di vigilanza (Cons. St., n. 991/2004).

soltanto le garanzie pubblicistiche all'attività di interesse pubblico svolta da soggetti privati.

La permeabilità dei confini tra diritto pubblico e diritto privato e la diversa declinazione della legalità, come legalità-indirizzo e legalità-garanzia, caratterizzano, dunque, l'attività privatistica e l'attività amministrativa con strumenti di diritto privato della p.a. Sul punto, la tendenza del giudice amministrativo è stata quella di estendere l'ambito della legalità amministrativa, contribuendo ad un tempo all'evoluzione dei suoi contenuti, delle regole pubblicistiche e della giurisdizione amministrativa, spesso per evitare che il legislatore nazionale facesse ricorso al diritto privato per fare a meno della legalità amministrativa e dei vincoli previsti dalla disciplina pubblicistica¹³⁸.

Il sostanzialismo del giudice amministrativo finisce paradossalmente per estendere il campo d'azione del diritto amministrativo ad aree almeno formalmente disciplinate dal diritto privato, spostando l'ago della bilancia sulle regole, i rimedi, le garanzie e le tutele pubblicistiche. Ciò può avvenire su impulso del diritto europeo (come nel caso dei contratti pubblici), in parziale difformità con esso (come nel caso degli effetti della qualifica di o.d.p.) o infine in funzione alla soddisfazione delle finalità imposte dall'ordinamento europeo che, neutrale quanto alla natura, pubblica o privata, delle regole da applicare, impone indistintamente a soggetti pubblici e privati obblighi finalizzati a garantire la concorrenza e l'accesso al mercato.

¹³⁸ Un dispotismo del legislatore, il quale s'inventa il "diritto privato" speciale che altro non è che una "riserva" di potere ancora pubblico, nascosto sotto apparenti rinvii all'autonomia privata. Esempi di decostruzione del diritto amministrativo, l'uso del diritto privato con pretese elusive della tipicizzazione dell'atto e decostruzione delle strutture amministrative per eludere il principio di legalità nella decisione. In tal senso, MERUSI F., *Sentieri interrotti della legalità*, Bologna, 2007, 11 e ss.

SEZIONE II
IL SOSTANZIALISMO NEL PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO

2. Il rilievo sostanziale del procedimento e del provvedimento amministrativo. Il contributo del giudice amministrativo

Il potere pubblico può legittimamente essere esercitato solo se svolto a seguito di un procedimento amministrativo, in cui acquisiscono rilievo giuridico i fatti e gli interessi pubblici e privati, che la pubblica amministrazione è chiamata a ponderare in caso la legge consenta un certo margine di discrezionalità. Da un altro punto di vista, il provvedimento amministrativo è legittimo solo se il suo contenuto è coerente con le risultanze del procedimento. È in tali considerazioni che risiede il rilievo non solo formale, ma anche sostanziale del procedimento amministrativo, forma necessaria di svolgimento del processo di formazione delle decisioni delle pubbliche amministrazioni¹³⁹.

La disciplina di ciascun procedimento risulta da regole giurisprudenziali, spesso inglobate in disposizioni normative, attualmente contenute nella legge generale sul procedimento amministrativo – la l. n. 241/1990 – che, nella versione originaria, si presentava come legge di principi a maglie larghe, che non strutturava il procedimento definendone la sequenza, ma ne governava lo svolgimento assicurando alcune garanzie e alcune certezze ai partecipanti e ai destinatari¹⁴⁰. Si trattava di garanzia in parte già sviluppate e consolidate nella giurisprudenza amministrativa: basti pensare all'obbligo di motivazione, incombente sulle amministrazioni ben prima dell'articolo 3 della legge n. 241/1990. Furono introdotte, però, anche regole innovative che non potevano essere introdotte per via giurisprudenziale, quali la certezza del termine,

¹³⁹ In tal senso CASSESE S., a cura di, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 2008, 202, ss. Sul procedimento come forma della funzione amministrativa, a sua volta individuata come trasformazione del potere in atti e sul valore partecipativo del procedimento si BENVENUTI F., *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, 118 ss.. Per un approfondimento del procedimento amministrativo, si rinvia a GIANNINI M.S. *Diritto amministrativo*, Milano, 1993, 91 ss. e SANDULLI A., *Il procedimento*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di CASSESE S., parte generale, tomo II, Milano, 2003, 1035 ss..

¹⁴⁰ Per una ricostruzione delle vicende e sui giudizi negativi di Sandulli e Giannini sull'opportunità di una legge sul procedimento, si v. SANDULLI A., *Verso la codificazione della disciplina dell'azione amministrativa?* in *Giorn. dir. amm.*, n. 6/2006, p. 686 ss. e TORCHIA L., *L'attività amministrativa fra diritto privato e diritto amministrativo, nazionale ed europeo*, in www.astridonline.it

l'individuazione di un responsabile, l'obbligo della comunicazione di avvio, il diritto di accesso.

La legge 241 si poneva, dunque, per molti aspetti, come momento di rottura nei confronti della legislazione e della giurisprudenza precedenti, dando rilievo non più soltanto o soprattutto all'atto o al provvedimento, bensì all'attività amministrativa procedimentalizzata, con due importanti conseguenze.

Il criterio fondamentale di distinzione fra pubblico e privato si riscontrava nella diversa rilevanza che la formazione della volontà assume rispetto alla decisione. I modi di formazione della volontà privata sono, infatti, irrilevanti (salvi naturalmente i casi di vizi derivanti da coercizione), mentre, al contrario, la volontà pubblica si forma mediante un procedimento che assume rilevanza nella sua interezza. Da ciò discendeva la diversa configurazione del regime di invalidità e i numerosi criteri di esercizio della discrezionalità amministrativa, che non hanno ragion d'essere per l'esercizio dell'autonomia e della libertà privata.

La legge 241/1990 era, quindi, una legge rivolta principalmente alle amministrazioni e ai cittadini, imponendo obblighi alle prime e garantendo diritti ai secondi. Le regole procedurali erano rivolte ai giudici soltanto nel senso che questi avrebbero dovuto verificarne il rispetto formale nelle singole controversie.

Il legislatore ha riformato la legge sul procedimento con due interventi nel 2005 (l. n. 15/2005 e l. n. 80/2005) ed un recentissimo intervento nel 2009 (l. n. 69/2009), con cui si sono codificati molti principi giurisprudenziali¹⁴¹.

Il legislatore di riforma ha modificato, con grado diverso d'intensità, numerosi articoli della legge sul procedimento e inserito, per quel che più interessa, i commi 1 *bis* e *ter* (analizzati nella precedente sezione) e un intero nuovo complesso di norme sull'invalidità dell'atto, caratterizzato dalla dequotazione di alcune garanzie formali. Si tratta, nel complesso, di interventi che introducono elementi atti a caratterizzare la legge più come una disciplina

¹⁴¹ Sulla riforma della legge n. 241/1990 attuata con le leggi n. 15/2005 e n. 80/2005 si v. AA.VV. *L'azione amministrativa. Commento alla legge 7 agosto n. 241 modificata dalla l. 11 febbraio 2005, n. 15 e dal d.l. n. 35/2005*, Milano, 2005; TOMEI R., *La nuova disciplina dell'azione amministrativa*, Padova, 2005; DE ROBERTO A., *La legge generale sull'azione amministrativa*, Torino, 2005; MATTARELLA B. G., *Le dieci ambiguità della l. n. 15/2005*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 8/2005, p. 817 ss.; PAOLANTONIO N., POLICE A., ZITO A., a cura di *La pubblica amministrazione e la sua azione. Saggi critici sulla legge n. 241/1990 riformata dalle leggi n. 15 e 80/2005* Torino, 2006. Sulle novità della l. n. 69/2009 si v. i singoli contributi relativi alla *Legge n. 69/2009 e la pubblica amministrazione*, contenuti in *Giorn. dir. amm.*, n. 11/2009, 1133 e ss. ed in particolare, per una lettura critica della riforma, si v. SANDULLI A., *Il procedimento amministrativo e la teoria del Big Rip*.

dell'amministrazione davanti al giudice e meno come una disciplina dell'amministrazione davanti al cittadino. L'attenzione si sposta, infatti, dalla funzionalità del procedimento alla patologia del provvedimento, dalle regole per un giusto procedimento e quindi sul valore partecipativo alle norme sui vizi e quindi sul processo.

Con la legge sul procedimento si sono sviluppate, infatti, le garanzie procedurali dei privati, quali i diritti di partecipazione e di accesso, ormai parte integrante del procedimento amministrativo ed elementi imprescindibili della legittimità dell'azione e della decisione amministrativa.

Il giudice amministrativo ha spesso adottato una lettura sostanziale delle garanzie procedurali, sostenendo ad esempio che la violazione delle norme sulla partecipazione al procedimento non comporta necessariamente l'annullamento del provvedimento, dovendosi guardare piuttosto al raggiungimento dello scopo cui le norme sono finalizzate (in tal senso già Cons. St. n. 3/1996). Ne discende una quotazione delle garanzie procedurali e del valore partecipativo del procedimento. Tale tendenza giurisprudenziale è stata, peraltro, seguita dal legislatore del 2005 che, come meglio si vedrà nel paragrafo successivo, ha disciplinato il regime dei vizi amministrativi in modo diverso a seconda che si tratti di una violazione alla legalità formale, nel senso di formalità procedurali previste dalla norma, che non comporta necessariamente l'annullamento del provvedimento, o alla legalità sostanziale, intesa come raggiungimento del risultato previsto dalla norma.

Giova, però, evidenziare che in un diverso contesto la giurisprudenza amministrativa ha valorizzato le garanzie procedurali partecipative e il principio del giusto procedimento. È quanto è avvenuto in relazione ai poteri normativi delle Autorità amministrative indipendenti, rispetto ai quali la caduta del valore della legalità sostanziale deve essere compensata, almeno in parte, con un rafforzamento della legalità procedurale, sotto forma di garanzie del contraddittorio. La relazione tra legalità sostanziale e legalità procedurale è dunque in questi termini: «quanto meno è garantita la prima, per effetto dell'attribuzione alle Autorità indipendenti di poteri normativi e amministrativi non compiutamente definiti, tanto maggiore è l'esigenza di potenziare le forme di coinvolgimento di tutti i soggetti interessati nel procedimento finalizzato

all'assunzione di decisioni che hanno un impatto così rilevante sull'assetto del mercato e sugli operatori» (in tal senso *ex multis* Cons. St., n. 2007/2006).

Il rafforzamento delle garanzie procedurali è giustificato, in questo ambito, dalla necessità di recuperare in parte la democraticità delle decisioni, ma anche per garantire che l'assetto degli interessi si attagli alla situazione concreta nel miglior modo possibile. Solo di recente il legislatore ha compreso il valore della partecipazione nella funzione di regolazione e ha proposto l'estensione delle garanzie di contraddittorio a molte delle autorità di regolazione.

2.1. L'invalidità del provvedimento amministrativo. L'elaborazione giurisprudenziale dell'eccesso di potere e della regola del raggiungimento dello scopo

L'invalidità del provvedimento amministrativo è determinata dalla presenza dei vizi di legittimità - violazione di legge, eccesso di potere e incompetenza - inizialmente previsti dalle norme in materia di giustizia amministrativa (art. 26 r.d. n. 1054/1924; artt. 2 e 3 l. n. 1034/1971), oggi richiamati espressamente nell'art. 21 *octies* primo comma della legge sul procedimento amministrativo, come riformata nel 2005.

Il giudice amministrativo, adito dal privato nel termine decadenziale stabilito dalla legge, ha avuto modo nel tempo di sviluppare il contenuto e di tracciare i confini dei vizi di legittimità, costruendo su di essi e in particolare sull'eccesso di potere, un raffinato sistema di controllo sul provvedimento e, dopo la l. n. 241/1990, anche sul corretto svolgimento del procedimento¹⁴².

Prima della legge sul procedimento amministrativo e, dunque, in assenza di una disciplina positiva specifica del potere discrezionale, il giudice amministrativo ha ritenuto escluso ogni sindacato giurisdizionale di legittimità

¹⁴² Sull'invalidità del provvedimento e il vizio di eccesso di potere si v. F. BENVENUTI, *Eccesso di potere amministrativo per vizio della funzione* in *Rassegna dir. Pubbl.* 1950, 1 e ss.; GIANNINI M.S., *Diritto amministrativo*, Milano, 1993, 299 e ss.; CORSO G., *Validità (diritto amministrativo)*, in *Enc. Dir. XLVI*, Milano, 1993, p. 84 ss.; Cons. St., 7 gennaio 1982, n. 3, con commento di SANDULLI A., *L'eccesso di potere amministrativo* in *Le grandi decisioni del consiglio di Stato*, a cura di SANDULLI A., PASQUINI G., Milano, 2001, p. 39 ss. Sulla costruzione giurisprudenziale del concetto di eccesso di potere si v. PAPPALARDO N. *L'eccesso di potere "amministrativo" secondo la giurisprudenza del Consiglio di Stato*, in *Studi in occasione del centenario*, Roma, 1932, 471 ss.; DE CESARE G., *L'eccesso di potere nella giurisprudenza del Consiglio di Stato*, Milano, 1967; ABBAMONTE O., *L'eccesso di potere. Origine giurisdizionale del concetto nell'ordinamento italiano*, in *Dir. proc. amm.*, 1986, 68 ss.

sull'attività amministrativa discrezionale. Secondo tale risalente impostazione, l'indagine si deve appuntare, infatti, solo sulla forma dell'esercizio della facoltà discrezionale, poiché *“l'uso che di essa fu fatto con le forme legali non può essere rimproverato di eccesso di potere, né di violazione di legge”*. Successivamente, il giudice amministrativo ha cominciato a sindacare la discrezionalità, attraverso l'elaborazione di criteri di giudizio, ricondotti al vizio dell'eccesso di potere, ravvisabile in caso di provvedimento *“illogico e irrazionale o di contrario allo spirito della legge”* (1982 e 1907).

La giurisprudenza successiva ha continuato ad arricchire il concetto di eccesso di potere, partendo dal diritto positivo e individuando la *ratio* e lo scopo della norma, applicando principi generali dell'ordinamento, quali l'imparzialità, passando attraverso i principi di logica e coerenza delle decisioni dell'autorità amministrativa, ispirandosi a interessi che l'ordinamento ritiene meritevoli di tutela, quali l'affidamento e buona fede e rivolgendosi a dati oggettivi (precedente comportamento della pubblica amministrazione in casi analoghi) o oggettivabili (manifesta ingiustizia). Il giudice ha ricavato in via logica da questi principi le c.d. figure sintomatiche – quali, in via principale, lo sviamento del potere, la contraddittorietà, la disparità di trattamento, l'ingiustizia manifesta, l'illogicità, il difetto d'istruttoria - necessarie per poter accertare l'esistenza del vizio dell'eccesso di potere.

Le regole create in modo originale dal giudice amministrativo sono state, dunque, attratte nella figura dell'eccesso di potere e da allora hanno funzionato da parametri di giudizio per sindacare la legittimità dell'azione amministrativa e valutarne la devianza rispetto all'interesse pubblico stabilito dalla norma.

L'accertamento giurisdizionale del vizio di eccesso di potere ha consentito, in definitiva, un passaggio da un controllo formale ad uno di tipo sostanziale. Richiamando gli insegnamenti di M.S. Giannini, sempre attuali, il giudizio sull'eccesso di potere “non è, infatti, il risultato di un giudizio meccanico, ma di un giudizio valutativo, talora sintetico, talora sintomatico, che rimane nei limiti del giudizio di legittimità, in quanto il giudice non verifica la valutazione dei vari interessi, ma solo che essi esistano in fatto, che non vi siano omissioni o sostituzioni importanti, che vi sia coerenza logica nella valutazione compiuta e che siano osservati i principi istituzionali della giustizia e dell'uguaglianza. Il controllo sull'eccesso di potere si pone, dunque, al confine con il giudizio

sull'opportunità, ma allo stesso tempo costituisce uno strumento necessario per vincolare l'amministrazione pubblica al rispetto non formalistico del principio di legalità".

Ne consegue che il sindacato del giudice amministrativo non è più limitato ad un giudizio sulla conformità o difformità dallo schema legale, ma si estende, seppur rimanendo estrinseco, al corretto e ragionevole esercizio del potere o svolgimento della funzione. L'evoluzione dell'eccesso di potere si pone, dunque, come strumento di cambiamento del tipo di controllo di legittimità, ma anche come fattore necessario nel passaggio dal principio di legalità formale al principio di legittimità sostanziale, nel senso che le scelte riservate all'amministrazione devono esser fatte in modo da assicurare non solo la legalità formale, ma anche la realizzazione dell'interesse pubblico. Acquisiscono, infatti, sempre maggior rilievo giuridico la natura funzionale del provvedimento e il vincolo di scopo cioè il dover perseguire l'interesse pubblico, per cui correttamente l'eccesso di potere è stato definito come vizio della funzione amministrativa o anche come vizio di scopo.

Oltre all'elaborazione giurisprudenziale dell'eccesso di potere, che tanto ha contribuito a cambiare il diritto amministrativo sostanziale e il controllo di legittimità, la giurisprudenza amministrativa ha creato e applicato anche la regola del raggiungimento dello scopo dell'atto amministrativo, strettamente collegata alla distinzione dei vizi sostanziali e formali e al sostanzialismo nella questione dell'annullabilità del provvedimento.

La regola implica che il raggiungimento dello scopo della norma violata o la mancata lesione dell'interesse sostanziale del ricorrente rende i vizi dell'atto inidonei ad un suo annullamento. Tale regola viene applicata, in particolare, invocando il principio generale di conservazione degli atti giuridici, un'analogia con l'art. 156 c.p.c. secondo cui *“la nullità non può essere pronunciata se l'atto ha raggiunto lo scopo cui è destinato”*, la teoria dell'errore scusabile o il richiamo a una versione debole del principio di legalità formale, da intendere come non contrarietà alla legge¹⁴³.

¹⁴³ In tal senso si v. GIANNINI M.S., *Diritto amministrativo*, Milano, 1993., secondo il quale ai fini dell'applicazione della regola del raggiungimento dello scopo si richiedono due elementi: un vizio o un'irregolarità (o comunque un difetto di atto o di procedimento), un risultato pratico che deve consistere nell'eliminazione effettuale della rilevanza del difetto, p. 210 – 211. Per una ricostruzione degli indirizzi giurisprudenziali e dottrinari sui vizi formali non invalidanti, prima e

L'applicazione della regola del raggiungimento dello scopo ai vizi formali comporta, dunque, il superamento del legalismo estremo in base al quale si dispone l'annullamento anche in caso di violazioni di forme non essenziali. Ciò che interessa è la sostanza ossia che lo scopo sia raggiunto, ma in tale ottica sostanzialista, è necessario anche che un certo interesse sia acquisito e valutato, soprattutto a seguito dell'entrata in vigore della l. n. 241/1990.

A seguito di tale legge, vengono codificati alcuni principi e istituti anche di origine giurisprudenziale e le garanzie procedurali diventano cogenti e di portata generale. Ciò ha comportato che il giudice amministrativo ha fatto riferimento sempre più spesso ai principi generali per valutare la legittimità dell'azione amministrativa. Sono, inoltre, aumentate le ipotesi dei vizi formali, intesi quali violazioni di norme o obblighi procedurali, che hanno dato origine ad un cospicuo incremento del contenzioso formale, avente ad oggetto ad esempio la mancanza della comunicazione di avvio, l'assenza dell'indicazione del responsabile o della motivazione.

Nonostante la legge 241 non contenga inutili formalismi, né preveda una dequotazione dei vizi formali in termini di non annullabilità del provvedimento, si è sviluppata una giurisprudenza amministrativa che ha considerato la violazione di istituti e garanzie procedurali espressamente previsti dal legislatore alla stregua di vizi meramente formali¹⁴⁴. Ne consegue l'emergere del principio della strumentalità delle forme, rispetto al raggiungimento dello scopo specifico della norma procedimentale violata, che neutralizza la portata potenzialmente invalidante delle carenze procedurali. Spetta, in definitiva al giudice il compito di effettuare di volta in volta un bilanciamento tra esigenze di garanzia e di efficienza e dare prevalenza alle ragioni della "forma" o della "sostanza".

dopo la l. n. 241/1990, si v. CIVITARESE MATTEUCCI, *La forma presa sul serio. Formalismo pratico, azione amministrativa e illegalità utile*, Torino, 2006, p. 241 ss.; ROMANO TASSONE A., *Contributo sul tema dell'irregolarità degli atti amministrativi*, Torino, 1993, ID., *Tra diversità e devianza. Appunti sul concetto d'invalidità*, in *Studi in onore di Vittorio Ottaviano*, vol. II, Milano, 1993; LUCIANI F. *Il vizio formale nella teoria dell'invalidità amministrativa*, Torino, 2003, p. 289-299.

¹⁴⁴ Cons. St. n. 170/1989; n. 999/1991; n. 898/1995; n. 3/1996;

2.2. L'art. 21 *octies*: vizi di legittimità e vizi formali. La prevalenza della sostanza sulla forma

Il legislatore di riforma del 2005 ha introdotto l'art. 21 *octies* nella legge n. 241, confermando, al primo comma, la tripartizione dei vizi di legittimità dell'atto amministrativo e distinguendo nettamente, nel secondo comma, il regime dei vizi sostanziali da quello dei vizi formali, accogliendo in parte un percorso giurisprudenziale già sperimentato e analizzato nel paragrafo precedente¹⁴⁵.

La disposizione esclude, in particolare, l'annullabilità del provvedimento amministrativo *“adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere in concreto diverso da quello in concreto adottato”* (comma 2 prima parte). La non annullabilità del provvedimento vale anche in caso di provvedimenti discrezionali, ma solo in presenza del vizio di mancata comunicazione di avvio del procedimento (comma 2, seconda parte, su cui *infra* par. 2.2.2), oppure di mancato preavviso di rigetto, (in tal senso, Tar Puglia, n. 2288/2008), sempre che *“l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato”*.

¹⁴⁵ Per una lettura consapevole dell'art. 21 *octies*, con particolare riguardo al tema dei vizi formali si v. CERULLI IRELLI V., *Innovazioni del diritto amministrativo e riforma dell'amministrazione*, in Giust. Amm., 2002, 245 ss.; ID., *Note critiche in materia di vizi formali degli atti amministrativi*, in *Dir. pubbl.*, 2004, 187 ss.; POLICE A., *L'illegittimità dei provvedimenti amministrativi alla luce della distinzione tra vizi c.d. formali e vizi c.d. sostanziali*, in *Dir. amm.* 2003, 735 ss.; TRIMARCHI BANFI F., *Illegittimità e annullabilità del provvedimento amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, 412 ss.; LUCIANI F. *Il vizio formale nella teoria dell'invalidità amministrativa*, Torino, 2003; D. U. GALETTA, *L'annullabilità del provvedimento amministrativo per vizi del procedimento*, Milano, 2003, p. 87 ss.; F. G. SCOCA, *I vizi formali nel sistema delle invalidità dei provvedimenti amministrativi in Vizi formali, procedimento e processo amministrativo* a cura di PARISIO V., Milano 2004, 56 e ss.; ID., *L'annullabilità degli atti amministrativi*, in *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, a cura di CERULLI IRELLI V., Napoli, 2006, 381 ss.; CHIEPPA R., *Il nuovo regime dell'invalidità del provvedimento amministrativo*, in www.giustamm.it; GIACCHETTI S., *Una novità nel settore degli OGM: l'illegittimità invalidante/non invalidante creata dall'art. 21 octies della legge n. 241/1990*, in *«Consiglio di Stato»*, 2005, II, p. 1627; FRACCHIA F., OCCHIENA M., *Articolo 21 octies, comma 2*, in *La pubblica amministrazione e la sua azione. Saggi critici sulla legge n. 241/1990 riformata dalle leggi n. 15 e 80/2005*, a cura di PAOLANTONIO N., POLICE A., ZITO A., Torino, 2006, 630 ss.; CIVITARESE MATTEUCCI S. *La forma presa sul serio*, Torino, 2006; SORACE D., *Il principio di legalità e i vizi formali dell'atto amministrativo*, in *Dir. pubbl.*, n. 2/2007, 385 ss.; FERRARA L. *La partecipazione tra illegittimità ed illegalità. Considerazioni sulla disciplina dell'annullamento non pronunciabile*, in *Dir. amm.* 2008, 105 ss.; VOLPE F., *La non annullabilità dei provvedimenti amministrativi legittimi*, in *Dir. proc. amm.*, 2008, 392 ss. LAZZARA P. *Contributo al dibattito sui vizi di forma e di procedimento di cui all'art. 21 octies, l. n. 241/1990*, in *Foro amm. C.d.S.*, n. 1/2009.

In entrambe le ipotesi, si deve evidenziare un significativo sostanzialismo del legislatore, condiviso da una buona parte della giurisprudenza amministrativa sia prima che dopo la riforma. Tale sostanzialismo consiste nell'attribuire prevalenza alla sostanza della decisione assunta dall'amministrazione sul rispetto delle garanzie formali e procedurali poste dalla legge a tutela dei cittadini.

I vizi formali e procedurali che non si ripercuotono sul contenuto sostanziale del provvedimento e non intaccano l'interesse protetto dalla norma, non possono, infatti, determinare l'invalidità del provvedimento.

La circostanza che il contenuto del provvedimento sarebbe stato lo stesso e, quindi, l'accertamento del carattere non invalidante della violazione è lasciato, inoltre, al giudice amministrativo. Il controllo di legittimità diventa, dunque, sempre più un controllo di tipo sostanziale, in cui si valorizza il principio della legalità sostanziale e la regola del raggiungimento dello scopo, da intendere sia come "scopo prossimo", che è quello dell'adempimento del procedimento, sia come "scopo remoto", che è quello della soddisfazione dell'interesse pubblico concreto sotteso alla norma o dell'interesse sostanziale del ricorrente¹⁴⁶.

Le principali conseguenze di tale sostanzialismo sono l'emergere del principio della strumentalità delle forme e la sostanziale degradazione del vizio di legittimità della violazione di legge o meglio delle norme procedurali o formali, per la cui inosservanza sembra essere esclusa una tutela giurisdizionale effettiva. Vi sono, dunque, alcune violazioni di legge che, ai sensi del quadro normativo vigente, non sono sanzionabili poiché non sono ritenute tali da portare all'annullamento del provvedimento né dal giudice amministrativo né, è da supporre, dall'amministrazione.

La *ratio* di un tale approccio al tema dei vizi formali è quello di garantire al meglio il principio di economia processuale e procedurale. Se l'atto viene annullato dal giudice amministrativo per un vizio formale ed è poi reiterato dalla pubblica amministrazione a processo concluso con il medesimo contenuto e la sola eliminazione del vizio formale accertato, il privato non avrebbe ottenuto il risultato cui aspirava, il giudice sarebbe stato impegnato in un processo inutile e la p.a. sarebbe stata costretta a utilizzare due procedimenti per ottenere il medesimo risultato, con un evidente spreco di attività amministrativa e giurisdizionale.

¹⁴⁶ In tali termini v. CIVITARESE MATTEUCCI S., *La forma presa sul serio*, cit., pp. 260-267 e 432-438

Si è preferito, a tal fine, evitare l'annullamento di provvedimenti vincolati, pur emanati in violazione di legge, per vizi che non abbiano effettivamente leso l'interesse protetto dalla norma o l'interesse sostanziale del ricorrente.

Tale impostazione legislativa, ampliata dalla giurisprudenza amministrativa che, in alcuni casi, ha aperto al sostanzialismo anche la categoria dei provvedimenti discrezionali, presenta significativi profili problematici.

Non risulta, in primo luogo, che il legislatore abbia preso in esame alcuno studio o rilevazione sulla incidenza dei c.d. vizi di forma sul contenzioso ed è, quindi, impossibile dire se la misura intervenga su un fenomeno consistente o solo marginale. Appare evidente, poi, la distorsione provocata dalla maggiore centralità attribuita all'atto rispetto al procedimento¹⁴⁷, che porta a individuare e disciplinare una categoria di provvedimenti a natura vincolata, mentre se si guarda nel suo complesso al processo decisionale dell'amministrazione è facile rilevare che i casi di totale vincolatezza sono assai rari, mentre nella maggior parte dei casi discrezionalità e vincolatezza convivono e si intrecciano.

Risulta difficile, inoltre, identificare cosa s'intende per violazione di norme relative alla forma e norme sul procedimento che non dovrebbero tradursi in vizio di legittimità. Ci si chiede, in particolare, se vi debbano rientrare le violazioni delle norme sulla partecipazione e sull'accesso, le carenze dell'istruttoria e i difetti della motivazione. Sul punto, l'approccio "sostanzialista" del giudice amministrativo privilegia l'amministrazione e, quindi, tende a salvaguardare la sopravvivenza dei provvedimenti amministrativi, anche nell'ipotesi in cui non ci sia stato il rispetto delle forme e delle garanzie procedurali¹⁴⁸. In tal senso è possibile sostenere che il sostanzialismo è unidirezionale, perché non vi è una considerazione altrettanto sostanziale che vada a favore della posizione del privato.

Un problema si ha anche in relazione al principio di legalità, in quanto vi sono violazioni di legge che rimangono senza sanzione, con una dequotazione della legalità formale o procedurale. In assenza delle sanzioni, è evidente il

¹⁴⁷ MATTARELLA B.G., *Il provvedimento amministrativo*, in *Gior. dir. amm.*, n. 5, 2005, pp.469 ss.

¹⁴⁸ Una soluzione simile si riscontra oggi nell'esperienza europea: secondo l'orientamento dei giudici del Lussemburgo, la violazione dei diritti di partecipazione può condurre all'annullamento dell'atto finale soltanto quando la partecipazione degli interessati o la considerazione di alcune informazioni rilevanti avrebbe potuto condurre il procedimento ad esiti diversi (Trib. UE, T-162/06; CGUE, C-302/99, Comm. c. Francia).

pericolo che l'amministrazione agisca senza preoccuparsi di rispettare tutte le regole procedurali, in particolare quando esse sono onerose in termini di risorse umane ed economiche. Ci sono allora parametri legislativi, che conformando pur sempre l'azione pubblica, non sono ugualmente meritevoli della medesima protezione. Ne discende che il principio di legalità è sostituito dal principio di strumentalità delle forme, per cui prevalendo la sostanza sulla forma, la violazione di una norma procedimentale si traduce in un vizio di legittimità solo quando abbia compromesso le esigenze che la norma violata mirava a salvaguardare (in tal senso Tar Lazio, n. 3543/2006).

Al fine di minimizzare la minaccia al principio della legalità e ridimensionare gli effetti della regola dell'illegittimità non invalidante, la giurisprudenza amministrativa ha elaborato la tesi secondo cui il regime dei vizi non invalidanti non incide sull'obbligo procedurale sul piano sostanziale, ma opera una sanatoria dell'atto annullabile sul piano processuale¹⁴⁹.

Si sostiene, innanzitutto, che i vizi non invalidanti del provvedimento, previsti dall'art. 21 *octies*, non costituiscono una nuova ipotesi di irregolarità, poiché l'atto irregolare (non annullabile) è *ab origine* affetto da un vizio formale minore, mentre secondo l'art. 21 *octies* la non annullabilità discende da una verifica *ex post* del giudice, in base alla quale si accerta che il provvedimento non poteva essere diverso (Cons. St., n. 4614/2007)¹⁵⁰. Ciò significa, per un verso, che

¹⁴⁹ Tar Liguria n. 976/2005; Cons. St. n. 6194/2006; 2763/2006; 4307/2006; n. 5260/2006 e più di recente Cons. St. n. 143/2008. Secondo tale impostazione, la violazione continua ad integrare un vizio di legittimità, che non comporta l'annullabilità dell'atto a causa di valutazioni, attinenti al contenuto del provvedimento, effettuate *ex post* dal giudice, che accerta che il provvedimento non poteva essere diverso. Con tale tesi, il giudice amministrativo mostra di non aderire alla tesi interpretativa che rinviene la *ratio* dell'art. 21 *octies* comma 2 nella regola del "conseguimento dello scopo", mutuata dalla previsione dell'art. 156 comma 3 Cod. Proc. Civ. (secondo cui la nullità non può essere mai pronunciata se l'atto ha raggiunto lo scopo a cui è destinato). *L'art. 21 octies rende irrilevante la violazione delle norme sul procedimento o sulla forma dell'atto, per una ragione diversa che non attiene al (sostanziale) rispetto della specifica disposizione sulla forma o sul procedimento, bensì la fatto che il contenuto dispositivo dell'atto "non poteva essere diverso da quello in concreto adottato". Qui si è in presenza di una norma che si muove in un'altra ottica, definita dalla dottrina come quella del raggiungimento del risultato. L'entrata in vigore dell'art. 21 octies non ha, quindi, inciso sulle categorie dell'irregolarità e dell'illegittimità dell'atto amministrativo, né può aver determinato un affievolimento delle regole dell'azione amministrativa, che sono intimamente collegate alla tutela del cittadino (...) Sulla base dell'art. 21 octies il provvedimento non è annullabile non perché assoggettato ad un diverso regime di invalidità o irregolarità, ma perché la circostanza che il contenuto non possa essere diverso priva il ricorrente dell'interesse a coltivare un giudizio, da cui non potrebbe ricavare alcuna utilità concreta*".

¹⁵⁰ Sul tema dell'irregolarità, si v. ROMANO TASSONE A., *Contributo sul tema dell'irregolarità*, Milano, 1987; ID., *Osservazioni su invalidità e irregolarità degli atti amministrativi*, in *Annuario, 2002*, a cura dell'Aipda, cit.; M. S. GIANNINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*,

detta norma non incide sul binomio legittimità-illegittimità, per l'altro, che la coerenza delle norme che impongono il rispetto delle procedure amministrative o relative alla forma non è messa in discussione. L'invalidità formale non rimarrebbe, inoltre, integralmente priva di penalità, perché a sanzionare il mancato rispetto delle regole formali può intervenire una tutela alternativa di tipo risarcitorio fondata sulla responsabilità dell'amministrazione.

Nonostante ci sia uno sforzo del giudice amministrativo per ridurre le conseguenze negative del regime dei vizi formali sul piano del diritto amministrativo sostanziale, è evidente che nel complesso risulta difficile il bilanciamento tra il principio di economia procedurale e la regola della legalità, che sembra aver perso il ruolo centrale che nel sistema democratico era prima chiamata ad assolvere, a favore della certezza giuridica.

In definitiva, l'art. 21 *octies* si risolve in un "precetto" rivolto al giudice, chiamato a bilanciare di volta in volta le opposte esigenze di certezza del diritto e di legalità e ad effettuare una valutazione in concreto, e non in astratto, del singolo caso ai fini di verificare la necessità dell'annullamento a fronte di violazioni formali. Il controllo sull'illegittimità dell'atto diventa l'occasione per una valutazione sulla spettanza del bene e sulla soddisfazione dell'interesse pubblico, senza però debitamente considerare che la forma è anche sostanza del diritto e il rispetto delle forme e delle procedure fa parte dell'interesse pubblico, in quanto risponde alla necessità di tutelare principi di trasparenza, imparzialità, garanzia, considerazione degli interessi dei cittadini, buon andamento. Si rievita, dunque, di condividere la teoria di uno dei maggiori esponenti della corrente della "giurisprudenza degli interessi" secondo cui "la forma è il nemico giurato dell'arbitrio e la sorella gemella della libertà" (R. Jhering)¹⁵¹.

Milano, 1981, p. 428; MORBIDELLI G., *Invalidità ed irregolarità*, in *Annuario*, 2002, a cura dell'Aipda, Milano, 2003, 85 e ss.

¹⁵¹ JHERING R., *Geist des Römischen rechts auf den verschieden stufen seiner entwicklung*, Parte I, Leipzig, 1907, 471

2.2.1. Il difetto di motivazione come «vizio di forma» e la prospettiva della «forma sostanziale»

La legge sul procedimento si preoccupa di rendere obbligatoria la motivazione del provvedimento, positivizzando un istituto già elaborato e applicato in via pretoria dal giudice amministrativo (art. 3 l. n. 241/1990)¹⁵².

La pubblica amministrazione è, in particolare, obbligata a motivare ogni provvedimento amministrativo in modo espresso e a dar conto delle risultanze dell'istruttoria, ben potendo motivare in modo più o meno ampio a seconda del contesto, delle norme che disciplinano la materia, degli esiti della partecipazione degli interessati, del tipo di atto e del suo contenuto, discrezionale o vincolato.

Per i provvedimenti sostanzialmente vincolati l'assetto degli interessi è determinato direttamente dalle norme, per cui la pubblica amministrazione non ha margini di scelta e, di conseguenza, la motivazione si pone principalmente come giustificazione dell'esercizio del potere, nel senso di indicazione delle norme applicate e del rispetto dei presupposti ai quali le stesse ricollegano l'adozione del provvedimento.

In termini patologici, il difetto di motivazione, originariamente considerato un vizio di legittimità sostanziale, riconducibile all'eccesso di potere, rientra, a seguito della l. n. 241/1990, nel vizio della violazione di legge, ponendo, dunque, il problema dell'applicabilità e degli eventuali limiti di applicazione del regime d'invalidità dei vizi formali, previsto dall'attuale art. 21 *octies*, comma 2.

È evidente che la motivazione rappresenta un istituto che si colloca al confine fra regole normative e giurisprudenziali, fra procedimento e provvedimento, fra vizi formali e sostanziali. È, dunque, necessario, analizzare la giurisprudenza amministrativa per comprendere l'evoluzione dinamica dell'istituto e della sua funzione e per comprendere le diverse implicazioni giuridiche di un approccio formale o sostanziale al tema.

¹⁵² Sulla motivazione del provvedimento si v. GIANNINI M. S., *Motivazione dell'atto amministrativo*, EdD.; CORREALE G., RTDP, 1982, 501; ID., *Diritto amministrativo*, Milano, 1993, p. 260 ss.; ROMANO TASSONE A., *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, Milano, 1987; ID., *Motivazione nel diritto amministrativo*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, XIII, Torino, 1 1997; CORSO G., *Motivazione dell'atto amministrativo*, in *Enc. Dir.*, agg. V, Milano 2001, 774 ss.; ROTIGLIANO R., *La motivazione dei giudizi tra forma e sostanza della funzione pubblica*, in *Foro amm.*, 2003, 3181 ss.; MONTEDORO G., *Potere amministrativo, sindacato del giudice e difetto di motivazione*, in www.giustizia-amministrativa.it

La giurisprudenza amministrativa ha oscillato, in particolare, tra una concezione formalista ed una sostanzialista della motivazione, a cui è legato un diverso tipo di controllo giurisdizionale sul provvedimento amministrativo.

Secondo la prospettiva formalista, la motivazione è esternazione dei motivi della decisione pubblica, quale garanzia fondamentale del corretto svolgimento del procedimento. Deve, inoltre, sempre essere espressa al momento dell'emanazione del provvedimento, senza possibilità di essere integrata successivamente o nel corso del giudizio di legittimità (il c.d. divieto d'integrazione postuma), per cui l'atto amministrativo oggetto dell'impugnazione deve essere esaminato alla stregua delle sole ragioni poste a sostegno ed in esso esplicitate. La concezione formalista della motivazione implica, dunque, una funzione prettamente garantista dell'istituto, un divieto di integrazione postuma e comporta, inoltre, un controllo di tipo formale del giudice amministrativo, chiamato a verificare l'esistenza dei motivi e, tramite essi, il corretto svolgimento del procedimento.

Il controllo del giudice si è talvolta rivelato eccessivamente formalista nel senso che un atto sostanzialmente illegittimo superava il vaglio del giudice, purché motivato. Ciò ha indotto una parte della giurisprudenza ad adottare una concezione sostanzialista della motivazione e del controllo sulla stessa, in base alla quale è necessario guardare non solo all'esternazione dei motivi della decisione pubblica, ma anche alla loro effettiva esistenza e sufficienza. In questa ottica si deve leggere ad esempio l'irrilevanza del difetto di motivazione riconosciuta in caso di provvedimenti vincolati, nei quali la motivazione seppur assente si evinca dal contenuto del provvedimento o fosse comunque *aliunde* ricostruibile (la motivazione c.d. *per relationem*) (ex multis Tar Lombardia n. 838/2003).

Secondo un passaggio ulteriore della concezione sostanzialista sostenuto, invero da una giurisprudenza almeno inizialmente minoritaria, nel controllo sulla motivazione si deve guardare all'effettivo raggiungimento dello scopo e, in tal senso, se l'atto ha raggiunto l'obiettivo di soddisfare l'interesse sotteso alla norma che attribuisce il potere o l'interesse sostanziale avanzato dal ricorrente, la motivazione assume un ruolo secondario (il fenomeno che Giannini chiama della c.d. dequotazione della motivazione).

È in tale prospettiva sostanzialista che si deve leggere la considerazione del difetto di motivazione come vizio di forma riconducibile alla nuova norma sull'irrelevanza dei vizi formali e procedurali in termini d'invalidità (art. 21 *octies* comma 2). Tale disposizione sembra aver, dunque, rafforzato l'indirizzo giurisprudenziale minoritario e dato copertura legislativa alla regola del raggiungimento dello scopo.

Nella maggior parte dei casi, infatti, il difetto di motivazione è stato considerato dalla giurisprudenza amministrativa un vizio formale, a cui risulta applicabile l'art. 21 *octies* comma 2, spettando, peraltro, al giudice la valutazione della prova che il contenuto non poteva essere diverso.

I giudici amministrativi rilevano l'applicabilità del regime dei vizi formali non invalidanti al difetto di motivazione, in alcuni casi, laddove il potere amministrativo oggetto di controversia abbia natura vincolata¹⁵³, in altri casi, addirittura, a fronte di provvedimenti discrezionali¹⁵⁴.

Alla concezione sostanzialista è, infine, associato il superamento del divieto di motivazione postuma, legato, invece, alla concezione formalistica. La giurisprudenza amministrativa sostanzialista ammette, infatti, che la motivazione, carente al momento dell'emanazione del provvedimento, possa essere integrata successivamente o anche in corso di giudizio¹⁵⁵.

È evidente che la prospettiva sostanzialista del giudice, che oggi trova una base normativa e una consacrazione nell'art. 21 *octies* secondo comma, svaluta l'istituto della motivazione che da garanzia procedurale fondamentale per gli amministrati diviene una formalità non essenziale. Il difetto di motivazione viene dequotato da vizio di legittimità a mero vizio formale che non provoca necessariamente l'annullamento dell'atto viziato. In base all'art. 21 *octies* comma 2 e in base ad una parte della giurisprudenza amministrativa, la motivazione può, infatti, mancare nei provvedimenti vincolati o anche discrezionali, a patto che il

¹⁵³ *Ex multis*, Cons. St., n. 6352/2005; Tar Abruzzo n. 132/2005; Tar veneto n. 2020/2005; Tar Sicilia n. 1561/2005; Tar Calabria n. 2253/2005.

¹⁵⁴ Tar Campania n. 760/2005; Tar Sardegna n. 1170/2005, Tar Puglia n. 5760/2005 Tar Abruzzo n. 394/2005 e Tar Veneto n. 395/2005. In senso contrario Tar Piemonte n. 3296/2005 e in senso contrario ad una motivazione postuma anche dopo la riforma del 2005 Tar Lombardia n. 3501/2005

¹⁵⁵ Tar Lombardia n. 743/1995, Tar Lazio n. 398/2002, Cons. St. 833/1997. In senso contrario ad una motivazione postuma anche dopo la riforma del 2005 si v. Tar Lombardia n. 3501/2005. Una parte della giurisprudenza esclude la possibilità della motivazione postuma della motivazione in caso di attività tecnico-discrezionale Cons. St., n. 6369/2005; Tar Umbria n. 258/2005

contenuto del provvedimento non sarebbe stato diverso, valutazione rimessa *ex post* al giudice amministrativo mediante un controllo di tipo sostanziale.

infine, le prospettive future per rimediare all'attuale fase di dequotazione del vizio di motivazione, considerato vizio di forma che non conduce alle medesime conseguenze, in termini d'invalidità, di un vizio di legittimità.

La prospettiva sostanzialista così descritta non sembra da condividere, in quanto la motivazione è requisito formale, ma al tempo stesso essenziale del provvedimento amministrativo, per cui non può essere ridotta ad un mero formalismo. Si deve considerare, in particolare, che la motivazione non costituisce un mero adempimento procedimentale, ma un vero e proprio obbligo legale con una valenza sostanziale anche con riferimento ai provvedimenti vincolati, in quanto doverosa esternazione del fondamento giustificativo sotteso all'esercizio stesso del potere pubblico.

Si ritiene, dunque, di dover ripensare alla distinzione tra i vizi sostanziali e i vizi formali e, nella stessa categoria dei vizi formali, tra vizi delle forme essenziali e vizi delle forme non essenziali. Soltanto l'inclusione del difetto di motivazione tra i vizi sostanziali o meglio tra i vizi formali essenziali consente di rispettare la funzione garantista della motivazione e la *ratio* dell'art. 3 l. n. 241/1990, che peraltro non distingue tra provvedimenti discrezionali o vincolati ai fini dell'esclusione dell'obbligo di motivazione.

In definitiva, si dovrebbe considerare la motivazione come una forma sostanziale, necessaria per un controllo sul corretto svolgimento del procedimento e sul corretto uso del potere pubblico. Si dovrebbe, dunque, adottare una prospettiva formalistica con una concezione obiettiva della motivazione in base alla quale considerare sempre esistente un obbligo formale di esternazione dei motivi del provvedimento, con riferimento alla realtà effettivamente emersa e valutata nel procedimento¹⁵⁶.

Una tale concezione risulterebbe, peraltro, in linea con l'ordinamento europeo che prevede l'obbligo di motivazione in riferimento agli atti

¹⁵⁶ In tal senso TORCHIA L., *Procedimento e processo dopo la legge n. 241/1990: tendenze e problemi*, in *La trasparenza amministrativa a due anni dalla legge n. 241 del 1990*, Atti del convegno di Siena, 1992

amministrativi e normativi e consente di intraprendere l'azione di annullamento davanti alla Corte di giustizia per violazione di una delle "forme sostanziali"¹⁵⁷.

2.2.2. La comunicazione di avvio del procedimento e la concezione sostanzialista della partecipazione

In base all'art. 7 della legge n. 241/1990 la pubblica amministrazione è obbligata a comunicare l'avvio del procedimento agli interessati nell'ottica di garantire la trasparenza dell'azione amministrativa e di consentirne la partecipazione in funzione ad un tempo difensiva e acquisitiva. Tale obbligo si deve considerare esistente anche in caso di esercizio di un'attività vincolata, perché la norma, nel prevedere i casi in cui può essere omessa la comunicazione, non menziona espressamente i provvedimenti vincolati.

Dal punto di vista patologico, l'omessa comunicazione di avvio del procedimento costituiva, nel vigore della l. n. 241/1990 *ante* riforma, una violazione di legge illegittima da cui scaturiva l'annullamento del provvedimento viziato. Parte della giurisprudenza amministrativa aveva, però, notevolmente indebolito l'obbligo di comunicazione di avvio, individuando una serie di eccezioni, anche non espressamente previste dal legislatore, e spesso non sanzionandone la violazione¹⁵⁸.

¹⁵⁷ In ambito europeo, per forma s'intende tanto il procedimento di formazione dell'atto quanto i requisiti formali, tra cui ad esempio la motivazione. La giurisprudenza europea mantiene un approccio rigoroso e formalista, distinguendo tra l'obbligo di motivazione, considerato come forma sostanziale e la questione della sua fondatezza (*ex multis* CGUE 113/00). La violazione delle forme sostanziali è una figura tratta dal diritto francese, in particolare dal vizio di forma, uno dei quattro motivi, su cui si fonda il ricorso per eccesso di potere. Nell'ordinamento francese gli adempimenti formali o procedurali relativi ai diritti di difesa sono quelli più spesso ritenuti sostanziali che comportano sempre, secondo la giurisprudenza, l'annullamento dell'atto. Le formalità accessorie, cioè quelle che non incidono sulla decisione da assumere e sulle garanzie previste a favore dei destinatari, non sempre conducono all'annullamento dell'atto. Per un'analisi comparata dei regimi dei vizi formali si rinvia a CIVITARESE MATTEUCCI, *La forma presa sul serio*, cit. 287-297.

¹⁵⁸ *Ex multis*, Cons. St. n. 999/1996; 363/1997; 1517/1999; 1398/2000; 4162/2000; Cons. St. n. 2823/2001 con commento di LUCIANI F., *Commento alla sentenza del Consiglio di Stato. Sez. V, 22 maggio 2001, n. 2823*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 12, 2001, 1248 ss.; 283/2001; 5628/2001; 5003/2002; Tar Campania n. 31/2003; Tar Veneto, n. 1454/2001 e più di recente Tar Sicilia n. 941/2005; Tar Lazio nn. 9804/2005, 12004/2005 e Cons. St. n. 3977/2005. secondo cui, peraltro, solo se il soggetto non avvisato sia in grado di dimostrare che la sua tempestiva partecipazione al procedimento gli avrebbe consentito di presentare osservazioni ed opposizioni, le quali avrebbero avuto la ragionevole possibilità di una incidenza causale sul provvedimento conclusivo, l'omissione della comunicazione di avvio comporta l'illegittimità dell'atto, cossichè l'obbligo non sussiste qualora, sul piano del merito e della legittimità, non vi sia utilità alcuna, per l'azione amministrativa che possa scaturire dalla comunicazione stessa. In molte pronunce, inoltre, si

Il legislatore di riforma del 2005, da un lato, rafforza l'obbligo di comunicazione di avvio perché ne arricchisce il contenuto e chiarisce che essa va fatta anche nei procedimenti a iniziativa di parte. Dall'altro lato, però, il legislatore riduce la portata garantista e partecipativa insita nell'obbligo, prevedendo all'art. 21 *octies* comma 2, seconda parte, che il provvedimento non può essere annullato per mancata comunicazione di avvio, se l'amministrazione dimostra in giudizio che il provvedimento non avrebbe potuto avere un contenuto diverso da quello concretamente adottato.

Tale disposizione disciplina, dunque, le conseguenze dell'omissione della comunicazione di avvio del procedimento, regolata dall'art. 7, riferendosi peraltro, a differenza della prima parte del secondo comma, anche agli atti discrezionali.

In ossequio ad una visione sostanzialistica, la norma recepisce il principio di origine giurisprudenziale secondo cui l'omessa comunicazione dell'avvio esige, ai fini annullatori, la prova della rilevanza causale dell'apporto partecipativo del soggetto interessato sul contenuto del provvedimento finale. È rimesso, dunque, al giudice il compito di dover valutare *ex post*, secondo un giudizio di tipo sostanziale, se il destinatario dell'atto conclusivo, qualora fosse stato in grado di partecipare al procedimento che lo riguarda, avrebbe potuto influirvi a proprio vantaggio, introducendo utili elementi di fatto e di diritto.

Rispetto al pregresso orientamento della giurisprudenza, però, la norma inverte l'onere della prova, ora posto a carico della pubblica amministrazione, la quale deve dimostrare che, anche in caso di partecipazione del privato, non avrebbe potuto adottare un provvedimento dal contenuto diverso, tenuto conto degli elementi presi in considerazione nell'istruttoria.

Deve, quindi, escludersi la sussistenza della c.d. prova di resistenza da parte della p.a. di cui all'art. 21 *octies*, secondo comma, nel caso in cui la difesa dell'amministrazione sia basata su elementi ulteriori rispetto a quelli emersi in istruttoria perché, di fatto, impongono al giudice amministrativo di compiere delle valutazioni di merito, invece precluse, ed implicano un marcato squilibrio della posizione del cittadino nei confronti dell'amministrazione.

afferma la necessità della comunicazione di avvio in ipotesi di atti vincolati, si v. *ex multis*, Cons. St., 1238/1999; 2443/2000.

Dal combinato disposto dell'art. 7 e dell'art. 21 *octies* secondo comma, e dalla lettura sostanzialista del giudice amministrativo, sembra, dunque, emergere l'irrilevanza della violazione dell'obbligo di comunicare l'avvio e, di conseguenza, una dequotazione dell'obbligo legale a mero adempimento formale. Ciò implicherebbe in ultima istanza una degradazione del valore partecipativo, insito nell'art. 7, la cui utilità sarebbe rimessa in ultima analisi ad un giudizio sostanzialista del giudice amministrativo. La prospettiva sembra, dunque, quella di un diniego sostanziale di giustizia, mosso dall'intento di limitare la tutela giurisdizionale degli interessi legittimi a particolari mezzi di impugnazione, volti esclusivamente a contestare l'essenza del potere autoritativo e non già, anche, la forma e le modalità della sua estrinsecazione.

Si ritiene, invece, che l'obbligo di cui all'art. 7 non tolleri interpretazioni restrittive, nemmeno nei procedimenti vincolati e che il riscontro della difformità tra l'atto amministrativo e le regole che ne disciplinano l'emanazione sia un dato sostanziale che non si può sacrificare a cuor leggero e non si deve trascurare nell'apprezzamento giudiziale sulla singola vicenda in contestazione.

SEZIONE TERZA
IL SOSTANZIALISMO E I CONTRATTI PUBBLICI

3. L'attività contrattuale della pubblica amministrazione fra pubblico e privato. Le diverse facce del sostanzialismo del giudice amministrativo

L'attività contrattuale della pubblica amministrazione costituisce un significativo esempio di ibridazione e compenetrazione tra la disciplina e gli istituti civilistici e le regole e gli istituti propri del diritto amministrativo. È pacifico che la pubblica amministrazione abbia capacità giuridica di diritto privato, goda di autonomia privata contrattuale e che possa essere, dunque, parte di un rapporto negoziale in posizione paritaria con i privati¹⁵⁹.

La libertà e l'autonomia contrattuale sono, tuttavia, relative, in quanto l'attività di diritto privato della pubblica amministrazione, sempre più preponderante a seguito dei processi di privatizzazione delle attività amministrative e del passaggio da un'amministrazione autoritativa ad una di prestazioni, è funzionalizzata alla soddisfazione dell'interesse pubblico, il quale conforma molti aspetti del rapporto negoziale, dalla disciplina, alla fase di formazione della volontà contrattuale fino agli effetti del contratto¹⁶⁰.

¹⁵⁹ Sull'atto paritetico si v. già Cons. St., 1 dicembre 1939, n. 795 con commento di DI PACE R., *L'atto paritetico*, in *Le grandi decisioni del Consiglio di Stato*, a cura di SANDULLI A. PASQUINI G., Milano, 2001, p. 247 ss.

¹⁶⁰ Sul tema dei contratti pubblici si v. MASSERA A., *I contratti*, in CASSESE S., *Trattato di diritto amministrativo*, Parte generale, II ed., Milano, Giuffrè, 2003, p. 1601, ID., *I contratti*, in *Istituzioni di diritto amministrativo*, a cura di CASSESE S., Milano, 2006, 320 ss.; CARANTA R., *I contratti pubblici*, Torino, 2004; ID., *L'attività contrattuale della pubblica amministrazione*, a cura di CASSANO G., Padova, 2005; GRECO G., *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, Torino, 2004, p. 77. GAROFOLI R., SANDULLI M.A., a cura di, *Il nuovo diritto degli appalti pubblici*, Milano, 2005, p. 109. DE NICTOLIS R., *Oggetto del contratto, procedure di scelta del contraente e selezione delle offerte*, in *Urb. app.*, 2006, 9, 1003; AA.VV., *Trattato sui contratti pubblici*, diretto da SANDULLI M. A., DE NICTOLIS R., GAROFOLI R., Giuffrè, 2008. Sul rapporto tra pubblico e privato nei contratti pubblici si v. CERULLI IRELLI, *Il negozio come strumento di attività amministrativa*, relazione al 47° convegno di studi amministrativi su *Autorità e consenso nell'attività amministrativa*, Varenna (Lc), 20-22 settembre 2001, in *Giustizia amministrativa*, Roma, 2002; ID., *Note critiche in tema di attività amministrativa secondo moduli negoziali*, in *Rivista trimestrale di diritto amministrativo*, 2003, 2, 235. CHIRULLI P., *Autonomia pubblica e diritto privato nell'amministrazione*, Padova, 2005; BRUTI LIBERATI E., *Consenso e funzione nei contratti di diritto pubblico*, Milano, 1996; DUGATO M., *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*, Milano, 1996. FRANCHINI C., *Pubblico e privato nei contratti delle amministrazioni*, in *Una nuova pubblica amministrazione: aspetti problematici e prospettive di riforma dell'attività contrattuale*, a cura di FRANCHINI C., e TEDESCHINI F., Torino, 2009, p. 1 ss.; ID., *I contratti della pubblica amministrazione tra diritto*

Si deve rilevare, infatti, la necessaria soggezione dell'attività negoziale della p.a. al principio di legalità, che implica una funzionalizzazione dello strumento privatistico al fine pubblico. Quando la pubblica amministrazione decide di utilizzare lo strumento contrattuale, deve dunque ispirarsi al principio di legalità, ma tale principio deve essere inteso in senso sostanziale, nel senso che la p.a. è chiamata a rispettare non solo le prescrizioni formali della legge, ma anche i parametri della logicità, coerenza, razionalità, efficacia ed economicità, nell'ottica del miglior risultato possibile per la soddisfazione del fine pubblico.

Oltre alla soggezione al principio di legalità, bisogna considerare che l'attività contrattuale della pubblica amministrazione è disciplinata da una normativa pubblicistica speciale, dedicata appositamente ai contratti pubblici. È vero che ai sensi dell'art. 1 *bis* legge 241/1990 il parametro naturale e generale di riferimento dell'attività non autoritativa della p.a. è la disciplina contenuta nella parte relativa ai contratti e alle obbligazioni del codice civile o nelle leggi complementari civilistiche. La stessa disposizione fa salve, però, *le eccezionali deroghe rimesse al legislatore*.

In realtà, la disciplina speciale sui contratti pubblici non ha un vero e proprio carattere di eccezionalità, se si considera l'attuale esistenza di un apposito codice – il *Codice dei contratti pubblici* – che contiene in un unico testo normativo la disciplina organica degli appalti e delle concessioni di lavori, servizi e forniture, tanto di rilevanza europea quanto di valore inferiore alla relativa soglia¹⁶¹.

pubblico e privato, in *I contratti con la pubblica amministrazione*, a cura di FRANCHINI C., in *Trattato dei contratti*, diretto da RESCIGNO P., GABRIELLI E., Torino 2007, tomo I, 51 ss.; CARANTA R., *Il diritto privato della pubblica amministrazione*, a cura di STANZIONE P., SATURNO A., Padova, 2006; DE PRETIS D., *L'attività contrattuale della p.a. e l'art. 1 bis della legge n. 241 del 1990: l'attività non autoritativa secondo le regole del diritto privato e il principio di specialità*, in *Tipicità e atipicità nei contratti pubblici*, a cura di MASTRAGOSTINO F., Bologna, 2007, 36 ss.

¹⁶¹ Ci si riferisce al d.lgs. n. 163/2006 e s.m.i., che subentra alla precedente disciplina pubblica in materia di lavori pubblici contenuta nella l. n. 109/1994, la c.d. legge Merloni e s.m.i. e alle leggi sulla contabilità generale di Stato, r.d. n. 2440/1923 e regolamento attuativo n. 827/1924. Sugli aspetti generali del Codice si v. FIORENTINO L., *Il Codice degli appalti*, in *Gior. dir. ammin.*, 2006, n. 11, p. 1176; GIOVANNELLI G., MASI L., *Il Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture. Principi e disposizioni comuni*, in *Urb. e app.*, 2006 fasc. 7, pp. 749 – 758. Sul tema dei contratti pubblici si v. MASSERA A., *I contratti*, in CASSESE S., *Trattato di diritto amministrativo*, Parte generale, II ed., Milano, Giuffrè, 2003, p. 1601, ID., *I contratti*, in *Istituzioni di diritto amministrativo*, a cura di CASSESE S., Milano, 2006, 320 ss.; CARANTA R., *I contratti pubblici*, Torino, 2004; ID., *L'attività contrattuale della pubblica amministrazione*, a cura di CASSANO G., Padova, 2005; GRECO G., *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, Torino, 2004, p. 77. GAROFOLI R., SANDULLI M.A., a cura di, *Il nuovo diritto degli appalti pubblici*, Milano, 2005, p. 109. R. DE NICTOLIS, *Oggetto del contratto, procedure di scelta del*

In tale codice si richiamano, inoltre, le disposizioni della legge sul procedimento amministrativo (art. 2, comma 3), applicabili *alle procedure di affidamento e alle altre attività amministrative in materia di contratti pubblici*. In via residuale, l'attività contrattuale delle pubbliche amministrazioni si deve svolgere *nel rispetto delle disposizioni stabilite dal codice civile* (art. 2, comma 4).

Non si deve trascurare, inoltre, che la disciplina nazionale sui contratti pubblici recepisce le direttive europee 2004/18/CE e 2004/17/CE, relative ai settori c. d. «ordinari» e «speciali», che influenzano l'attività contrattuale delle pubbliche amministrazioni nazionali, soprattutto in relazione al fine di garantire i principi della libera circolazione delle merci, della libertà di stabilimento e della libera prestazione di servizi per un mercato europeo dei contratti pubblici sempre più concorrenziale¹⁶². A tal fine, il diritto ed il giudice europeo rimangono neutrali rispetto alle categorie, alle regole e agli strumenti pubblicistici o privatistici, prescelti negli ordinamenti nazionali.

L'espressione più significativa della disciplina speciale e dell'esigenza europea di garantire la massima concorrenza nel mercato dei contratti pubblici è il principio dell'evidenza pubblica che obbliga la pubblica amministrazione o i soggetti anche privati qualificabili in termini di organismo di diritto pubblico a selezionare il contraente tramite un procedimento amministrativo – la c.d. gara pubblica – prodromico alla stipulazione del contratto di appalto o di concessione pubblica e alla fase di esecuzione dello stesso¹⁶³.

A differenza del privato che si autodetermina in libertà nella scelta della controparte in ogni rapporto contrattuale, le c.d. amministrazioni aggiudicatrici tenute all'evidenza pubblica non hanno, dunque, libertà piena nella scelta del contraente. La forma procedimentale della gara pubblica ha, in particolare, lo scopo di giuridicizzare la fase di formazione della volontà del contraente pubblico,

contraente e selezione delle offerte, in *Urb. app.*, 2006, 9, 1003; AA.VV., *Trattato sui contratti pubblici*, diretto da SANDULLI M. A., DE NICTOLIS R., GAROFOLI R., Milano, 2008.

¹⁶² La disciplina sui contratti pubblici è, dunque, il frutto della integrazione tra norme e principi europei e nazionali e di diritto pubblico e privato. Sul punto si rinvia a PICOZZA C., *I contratti con la pubblica amministrazione tra diritto comunitario e diritto nazionale*, in *I contratti con la pubblica amministrazione*, a cura di FRANCHINI C., Torino, 2006; D'ALBERTI M., *Interesse pubblico e concorrenza del codice dei contratti*, in *Dir. amm.*, 2008, 297 ss.

¹⁶³ Per una ricostruzione del contratto ad evidenza pubblica in termini di due procedimenti paralleli che si svolgono per episodi successivi: il procedimento di formazione della volontà contrattuale disciplinato, con alcune varianti, dalle norme di diritto privato e il procedimento amministrativo che si sviluppa tra l'autorità che intende concludere e/o che ha concluso il contratto e l'autorità che su di essa esercita il controllo, si v. GIANNINI M.S. *Diritto amministrativo*, 1993, Milano, 363 ss.

evidenziare i motivi e le finalità per cui s'intende concludere un determinato contratto e di rendere espliciti i criteri di scelta della controparte. Nell'ambito della procedura ad evidenza pubblica, la pubblica amministrazione è chiamata, inoltre, a ponderare i molteplici interessi coinvolti, pubblici e privati, e ad operare una serie di scelte, riconducibili alla categoria della discrezionalità amministrativa piuttosto che all'autonomia privata. Ne consegue il necessario rispetto del principio di proporzionalità nelle scelte amministrative, in base al quale non si deve arrecare un sacrificio eccessivo degli interessi privati coinvolti rispetto alle finalità pubbliche perseguite.

La disciplina pubblicistica delle procedure di affidamento e il vincolo procedimentale per la selezione del contraente costituiscono, dunque, una garanzia contro l'arbitrio del potere discrezionale della pubblica amministrazione e sono funzionali alla tutela di molteplici interessi e principi pubblicistici, quali l'economicità, l'efficacia e la correttezza delle scelte pubbliche, l'imparzialità, la trasparenza e la *par condicio* tra gli aspiranti contraenti ed, infine, la massima concorrenza "per" il mercato ovvero «la più ampia apertura del mercato dei contratti pubblici a tutti gli operatori economici»¹⁶⁴.

L'attività negoziale che segue la gara pubblica è tendenzialmente governata dalle regole codicistiche e dai principi civilistici, ma le vicende del procedimento e del contratto e i relativi sistemi di regole non sono, però, separati. Si è già detto che non si può propriamente parlare di un rapporto di regola ed eccezione tra la disciplina pubblicistica e quella privatistica dell'attività contrattuale della p.a. Si deve ora aggiungere che la disciplina pubblicistica della fase procedimentale integra la disciplina privatistica, attribuendo ad esempio rilevanza giuridica a interessi che altrimenti non avrebbero rilievo nel diritto civile (i motivi per cui la p.a. contratta o i comportamenti della p.a. diretti alla

¹⁶⁴ In tal senso il giudice costituzionale, secondo il quale la disciplina dell'attività contrattuale della p.a. rientra nella potestà legislativa esclusiva dello Stato. Le norme statali, contenute nel d.lgs. n. 163 del 2006, sono espressione, in particolare, dei principi dell'ordinamento giuridico della Repubblica e delle norme di riforma economico-sociale (sentenza n. 45/2010). Quanto alla fase pubblicistica relativa alle procedure di affidamento, viene ricondotta alla materia della tutela della concorrenza, mentre la fase privatistica della stipulazione ed esecuzione del contratto viene ricondotta nella materia dell'ordinamento civile. In tal senso, v. Corte cost. n. 401/2007 con commenti di DE NICTOLIS R., *La Corte costituzionale si pronuncia sul codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture*, in *Urb. e app.*, 2008, 5 ss. e BIN R., *Alla ricerca della materia perduta*, in *Le Regioni*, 2008, 398 ss. In senso conforme si v. Corte cost., n. 320/2008 e da ultimo Corte cost., n. 160/2009 con commento di MASSERA A., *La disciplina dei contratti pubblici: la relativa continuità in una materia instabile*, in *Giorn. dir. amm.*, 12/2009, 1252 ss.

conclusione del contratto). È vero anche il contrario, in quanto il principio di buona fede convive e integra ad esempio quello d'imparzialità dell'azione amministrativa. In alcuni casi, il principio di parità delle parti viene derogato a favore della pubblica amministrazione alla quale sono riconosciuti dal legislatore poteri di natura pubblicistica in relazione alla valutazione discrezionale dell'interesse pubblico. La pubblica amministrazione è titolare, ad esempio, di poteri derogatori rispetto a quelli spettano al privato in base alle regole civilistiche, quali i poteri di autotutela, il potere di variazione dell'opera appaltata, di risoluzione unilaterale, di rescissione in caso frode o grave negligenza e di esecuzione d'ufficio del contratto.

In tale contesto, il giudice amministrativo si è pronunciato su una molteplicità ed eterogeneità di aspetti della contrattualistica pubblica, manifestando un sostanzialismo prismatico, ovvero a più facce, a seconda dell'interesse pubblico che il legislatore o il giudice stesso, mediante un'interpretazione teleologica, ha ritenuto prevalente¹⁶⁵.

Sin da subito, si deve evidenziare il superamento della originaria impostazione volta a leggere gli istituti di specialità in funzione di privilegio del soggetto pubblico rispetto ai contraenti privati. È invece ormai consolidata una diversa chiave di lettura che interpreta la portata della disciplina speciale in rapporto alle esigenze specifiche di tutela dell'interesse pubblico e degli interessi dei concorrenti alle gare.

Una prima forma di sostanzialismo giurisprudenziale si è avuto con l'attrazione alla sfera pubblica dell'attività di diritto privato della pubblica amministrazione, resa possibile da una lettura del rapporto contrattuale con le lenti delle categorie pubblicistiche¹⁶⁶. È quanto avvenuto in relazione alla questione

¹⁶⁵ Per una disamina del sostanzialismo nel settore degli appalti pubblici ed una ricostruzione comunitaria del diritto amministrativo ispirata al criterio della natura delle cose si v. MERUSI F., *La natura delle cose come criterio di armonizzazione comunitaria nella disciplina sugli appalti*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1997.

¹⁶⁶ Per una disamina della giurisprudenza amministrativa sugli aspetti più problematici dei contratti pubblici si v. GALLI D., GUCCIONE C., *La giurisprudenza sui contratti della pubblica amministrazione*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 11/2008. Per un'analisi dell'approccio sostanziale del giudice amministrativo sul tema si v. NAPOLITANO G., *Il giudice amministrativo di fronte alla privatizzazione*, in *Mercato, concorrenza e regole*, n. 3/2003, p. 539 ss. In punto di giurisdizione, si v. CERULLI IRELLI V., LUCIANI F., *La giurisdizione amministrativa esclusiva nel settore degli appalti pubblici*, in *Giorn. dir. amm.* 12/2009, 1339 ss. per configurare la giurisdizione esclusiva del g. a. per le controversie, incluse quelle risarcitorie, in materia di contratti pubblici (art. 6 l. n. 205/2000, sostituito art. 244 codice dei contratti pubblici), la prima condizione di carattere "oggettivo" prevede che la materia del contendere riguardi l'affidamento di lavori, servizi

degli effetti dell'annullamento della gara pubblica o dell'aggiudicazione definitiva sul contratto *medio tempore* stipulato con l'aggiudicatario illegittimo (*infra* paragrafo successivo). In questo caso, il giudice amministrativo ha ritenuto prevalente il regime del procedimento e del provvedimento ed ha esteso la giurisdizione amministrativa alle vicende privatistiche legate al rapporto contrattuale.

Si vedrà nello specifico come l'opera pretoria di pubblicizzazione dei modelli civilistici sostanziali e processuali, giustificata dalla necessità di garantire l'effettività della tutela demolitoria e a non perdere la giurisdizione sul rapporto negoziale, goda attualmente di una copertura sopranazionale e, per il suo tramite, del legislatore nazionale. L'evoluzione più recente dell'ordinamento, a cui si attiene ormai anche la Suprema Corte di Cassazione, è, infatti, nel senso che il giudice amministrativo è il giudice naturale non solo dell'evidenza pubblica, ma anche del rapporto contrattuale.

Ciò è giustificato dal prevalente interesse pubblico, stabilito a livello europeo, di garantire al meglio il principio della effettività della tutela che, nell'ordinamento nazionale, risulta meglio tutelato dal giudice amministrativo, in quanto "organo indipendente" (per usare il termine contenuto nella direttiva ricorsi) più idoneo ad assicurare ad un tempo l'interesse sostanziale del ricorrente e l'interesse pubblico all'individuazione del "giusto" contraente, nel rispetto dei principi di non discriminazione e di libera concorrenza tra le imprese nel mercato dei contratti pubblici.

Un altro approccio sostanziale del giudice amministrativo in materia di contratti pubblici si può riscontrare in relazione al problema dell'individuazione dei soggetti che devono applicare le regole dell'evidenza pubblica e di quelli che possono partecipare alle gare pubbliche (come meglio si analizzerà nel par. 3.2).

Sul versante dei soggetti tenuti all'evidenza pubblica, il giudice amministrativo è sostanziale nel senso che conferisce prevalenza agli elementi pubblicistici di ciascuna figura soggettiva per ampliare la disciplina pubblicistica

e forniture (i criteri, i metodi di scelta del contraente ecc.); la seconda condizione di carattere "soggettivo" riguarda la qualità del soggetto che deve essere tenuto nella scelta del contraente o del socio all'applicazione della normativa europea ovvero al rispetto dei procedimenti ad evidenza pubblica previsti dalla normativa statale o regionale.

applicabile, anche al di là della normativa speciale sui contratti pubblici (rinvio al capitolo II)¹⁶⁷.

Nella prospettiva dei soggetti idonei a partecipare ad una gara pubblica, il giudice amministrativo è sostanziale in senso diverso, perché interpreta in modo estensivo la nozione di operatore economico o di attività d'impresa, per farvi rientrare soggetti pubblici, quali le Università, o soggetti privati, anche privi dei caratteri dell'impresa, quali le Fondazioni di diritto privato. Ciò al fine di garantire, anche in assenza di puntuali indicazioni normative, interpretazioni in chiave pro-concorrenziale incoraggiate dal diritto e dal giudice europeo.

In questo specifico caso, il sostanzialismo del giudice amministrativo, che prescinde dalla natura pubblicistica o privatistica del soggetto ed interpreta in modo estensivo il concetto di attività economica, è funzionale al principio della massima partecipazione alle gare pubbliche, quale presupposto per una migliore concorrenza tra gli offerenti e, dunque, anche, per la migliore scelta del contraente pubblico.

Il giudice amministrativo svolge, dunque, un ruolo centrale nel plasmare le regole e le procedure previste dall'ordinamento nazionale in termini coerenti con l'impostazione europea pro-concorrenziale. È necessario, però, che il giudice nazionale tenga presente questa finalità senza rinunciare ad una rigorosa analisi delle fattispecie soggettive e funzionali, al fine di garantire una corretta formazione dell'offerta nel mercato dei contratti pubblici, che potrebbe invece essere alterata dalla partecipazione di soggetti pubblici o privati che non svolgono un'attività d'impresa rilevante, con un sacrificio sproporzionato del principio della *par condicio* sull'altare del *favor participationis*.

Un ultimo aspetto del sostanzialismo in tale materia è riconducibile all'atteggiamento del giudice amministrativo il quale ha spesso privilegiato i profili sostanziali a quelli meramente formali, come nel caso della valutazione delle cause di esclusione per violazione delle prescrizioni formali contenute nel bando o anche nell'interpretazione dell'interesse a ricorrere in caso d'impugnazione del bando (v. *infra* par. 3.3.). L'esigenza di garantire una giustizia sostanziale negli appalti pubblici si è tradotta, in particolare, nel

¹⁶⁷ Giova ricordare che la giurisprudenza ammette la giurisdizione del giudice amministrativo sugli atti emanati in sede di scelta del contraente dai concessionari di opere pubbliche e servizi pubblici (Tar Lazio n. 3060/1986; Cass. SS.UU., n. 12221/1990; Cons. St., n. 5624/2001) o da amministrazioni pubbliche in forma privata come per la Scip in Cons. St., n. 308/2006).

principio giurisprudenziale della strumentalità delle forme rispetto alla soddisfazione dell'interesse sostanziale.

3.1. La lettura pubblicistica del rapporto contrattuale e la sorte del contratto tra giudice ordinario e giudice amministrativo

I contratti della pubblica amministrazione sono caratterizzati, ad eccezione delle procedure ristrette, da una distinzione, propria del nostro ordinamento, tra la fase procedimentale dell'evidenza pubblica per la scelta del contraente e le vicende successive alla conclusione del contratto. Nel procedimento ad evidenza pubblica, sottoposto a norme pubblicistiche, la pubblica amministrazione deve esternare e rendere note le ragioni di pubblico interesse che giustificano la conclusione di un contratto, l'intenzione di contrattare, la scelta della controparte e la formazione del consenso. Alla serie procedimentale è strettamente connessa la serie negoziale relativa alla conclusione e all'esecuzione del contratto, sottoposta invece alle norme comuni civilistiche. La stipulazione del contratto tra la stazione appaltante e l'impresa aggiudicataria segna, in particolare, il confine tra la componente pubblicistica, costituita dal procedimento amministrativo di selezione su cui ha giurisdizione esclusiva il giudice amministrativo, e quella privatistica, caratterizzata da un rapporto contrattuale paritetico, su cui ha avuto giurisdizione il giudice ordinario, almeno fino alle più recenti evoluzioni legislative e giurisprudenziali, di cui al successivo paragrafo.

Nelle fattispecie contrattuali della pubblica amministrazione si deve, dunque, registrare un'embricazione tra diritto amministrativo e diritto privato, tra atti amministrativi e negoziali, soggetti a regimi giuridici diversi in ordine alla loro validità e alle condizioni di efficacia, e tra le giurisdizioni del giudice ordinario e di quello speciale. Il punto di frizione maggiormente problematico, che ha dato adito ad un ampio e approfondito dibattito dottrinario e giurisprudenziale, riguarda le conseguenze dell'annullamento amministrativo o giurisdizionale dell'aggiudicazione sul contratto d'appalto *medio tempore* stipulato, già efficace o addirittura in esecuzione¹⁶⁸.

¹⁶⁸ Sul tema, senza pretesa di completezza si v. CERULLI IRELLI V., *L'annullamento dell'aggiudicazione e la sorte del contratto*, in *Giorn. dir. amm.*, 2002; GAROFOLO L., *Annullamento dell'aggiudicazione e caducazione del contratto. Innovazioni legislative e*

Si tratta di capire come l'invalidità di un atto della procedura pubblicistica possa tradursi in una forma d'invalidità del contratto, tenuto conto delle logiche diverse che presiedono al regime patologico del contratto e del provvedimento amministrativo - vizi del consenso nel c.c. e vizi di legittimità per il provvedimento amministrativo. Si tratta, inoltre, di capire come declinare il riparto di giurisdizione tra giudice amministrativo e giudice ordinario in una materia in cui interessi legittimi e diritti soggettivi sono strettamente connessi e come garantire al meglio il principio di effettività della tutela.

L'analisi di tale problematica consente di verificare l'atteggiamento sostanzialista del giudice amministrativo, tendente spesso ad inquadrare la vicenda contrattuale secondo le categorie del diritto pubblico e dare prevalenza alle regole pubblicistiche sulla selezione del contraente per leggere ed estendere in termini di giurisdizione amministrativa esclusiva la sorte del contratto.

L'indirizzo prevalente del giudice amministrativo ha, innanzitutto, elaborato la figura patologica, sconosciuta al diritto civile, della "caducazione" automatica del contratto in caso di annullamento dell'aggiudicazione¹⁶⁹.

In base a tale soluzione, il giudice amministrativo che annulla la gara o l'aggiudicazione può conoscere anche della sorte del contratto e garantire il bene

svolgimenti sistematici, in *Dir. proc. amm.*, 2008, fasc. 1; VIVARELLI M. G., *Le conseguenze dell'annullamento della gara pubblica*, in *Riv. trim. appalti* 2008, 177 ss.; GIARDINO E., *Annullamento giurisdizionale della procedura di gara, sorte del contratto, e riparto giurisdizionale*, in *Riv. trim. appalti*, 2008, 604 ss.; DE LISE P., *Effettività della tutela e processo sui contratti pubblici*, in www.giustizia-amministrativa.it; DURANTE N., *Gli effetti giuridici dell'annullamento dell'aggiudicazione sul contratto nell'evoluzione della giurisprudenza e del diritto interno e comunitario*, in www.giustizia-amministrativa.it; ID., *Gli effetti dell'annullamento dell'aggiudicazione sul contratto stipulato nell'evoluzione della giurisprudenza*, in *Rivista Giuridica dell'edilizia*, 2008, fasc. 4-5, II, pagg. 123-133. MANFREDI G., *Le decisioni dell'Adunanza plenaria sul rapporto tra aggiudicazione e contratto: danni collaterali*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 6/2009; MASSERA A., *Annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto: le molte facce di un dialogo asincrono tra i giudici*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2009, fasc. 2; SCOCA F.G., *Annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto*, febbraio 2008, in www.giustamm.it; MARCHETTI B., *Annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto: esperienze europee a confronto*, in *Dir. proc. amm.*, 1, 2008, 95 ss.; POLICE A., *La tutela giurisdizionale*, in *I contratti della pubblica amministrazione*, a cura di FRANCHINI C., Torino 2007, vv749 ss. DE AMICIS A., *Annullamento dell'aggiudicazione ed effettività della tutela giurisdizionale tra ragioni pubblicistiche e tensioni privatistiche* (n.d.r. commento a Cons. di Stato, sez. V, 11 maggio 2009, n. 2885), in *I contratti dello Stato e degli Enti pubblici*, 2009, fasc. 3, pagg. 423-434. CARANTA R., *Il valzer delle giurisdizioni e gli effetti sul contratto dell'annullamento degli atti di gara* (n.d.r. commento a Consiglio di Stato, Ad. Plen., 21 novembre 2008, n. 12), in *Giurisprudenza italiana*, 2009, fasc. 6, pagg. 1533-1539. SATTA F., *Annullamento dell'aggiudicazione: la fine di un problema*, in *Diritto amministrativo*, 2009, fasc. 1, pagg. 123-129.

¹⁶⁹ Il diritto privato conosce specifici istituti per incidere sull'efficacia del contratto, contenuti in norme positive che attengono alla fase genetica della formazione della volontà (errore, violenza, dolo, incapacità) ovvero alla fase funzionale del rapporto contrattuale (rescissione e risoluzione).

della vita del soggetto illegittimamente pretermesso che chiede tutela, ovvero la caducazione del contratto stipulato con l'aggiudicatario illegittimo¹⁷⁰.

Il giudice amministrativo afferma, in particolare, la propria giurisdizione in ordine alla validità del contratto stipulato nelle more della decisione sull'aggiudicazione, alla luce degli artt. 33 e 35 d.lgs. 80/1998, art. 6 e 7 l. n. 205/2000 ed ora art. 244 d.lg. 163/2006, che gli attribuiscono giurisdizione esclusiva sulle controversie relative a procedure di affidamento di appalti pubblici, con la previsione, peraltro, del rimedio risarcitorio della reintegrazione in forma specifica oltre che per equivalente¹⁷¹.

Di contro, la giurisprudenza della Corte di Cassazione si è consolidata nel ritenere che spetta al giudice ordinario la giurisdizione sulla domanda volta a conseguire tanto la dichiarazione di nullità quanto quella di inefficacia, ovvero l'annullamento del contratto di appalto pubblico a seguito dell'annullamento della gara o dell'aggiudicazione. La controversia sulla sorte del contratto non ha, infatti, ad oggetto i provvedimenti riguardanti la scelta del contraente, ma solo il successivo rapporto di esecuzione del contratto, rispetto al quale gli interessati vantano situazioni giuridiche soggettive aventi consistenza di diritti soggettivi o di obblighi giuridici, a seconda delle posizioni assunte in concreto, senza che sia configurabile alcun potere autoritativo della p.a.

¹⁷⁰ Si v. Cons. St., n. 6821/2002; 2332/2003; 6666/2003; 3465/2004; 490/2008, secondo cui l'annullamento dell'aggiudicazione determina un vizio di inefficacia *ab origine* o sopravvenuta del contratto perché la p.a., a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione, non ha la necessaria legittimazione a contrarre. In tal modo, colui che ha ottenuto l'annullamento dell'aggiudicazione può far valere davanti al giudice amministrativo l'inefficacia del contratto, salvi i diritti dei terzi in buona fede. Secondo una diversa opzione esegetica del giudice amministrativo, rimasta minoritaria, il contratto concluso a seguito di un'aggiudicazione illegittima sarebbe affetto da nullità assoluta ai sensi dell'art. 1418, co. 1, c.c. per violazione di norme imperative in ragione della natura inderogabile delle disposizioni che regolano la scelta del contraente ai fini dell'affidamento di un appalto pubblico (*ex multis*, Cons. St., V, 5 marzo 2003, n. 1218; T.A.R. Lazio, Roma, II, 6 febbraio 2007, n. 905; T.A.R. Campania, Napoli, I, 29 maggio 2002, n. 3177). Secondo altra ricostruzione, la nullità del contratto deriverebbe dal fatto che l'annullamento, in sede giurisdizionale o amministrativa, degli atti di gara per motivi di legittimità, facendo venire meno *ex tunc* il provvedimento di aggiudicazione, determinerebbe una mancanza originaria del consenso dell'amministrazione all'assunzione del vincolo negoziale, per cui il difetto genetico del consenso, impedendo la formazione dell'*idem consensus*, produrrebbe la nullità del contratto ai sensi dell'art. 1418, co. 2, c.c. *Ex multis*: T.A.R. Sardegna, 25 luglio 2003 n. 913; T.A.R. Basilicata, 18 luglio 2003, n. 781; T.A.R. Puglia, Bari, I, 28 gennaio 2003, n. 394. Tali tesi si pongono, infine, in contrasto con quella stabilita dalla Cassazione sull'annullabilità del contratto che il giudice ordinario può disporre su istanza della p.a. nei limiti temporali definiti dal c.c. e con effetti *ex nunc*, sostenuta *ex multis* da Cass. nn. 5712/1985; 4296/1996 e n. 2842/1996; Cass. Civ., I, 17 novembre 2000, n. 14901 e da ultimo Cass. Civ., III, 9 aprile 2009, n. 8707.

¹⁷¹ *Ex multis* Cons. St., V, 28 settembre 2005, n. 5196; T.A.R. Puglia, Lecce, II, 14 giugno 2004, n. 3721; T.A.R. Molise, 11 dicembre 2006, n. 1009; T.A.R. Lombardia, Brescia, 15 marzo 2007, n. 263.

La ricostruzione bifasica della vicenda contrattuale è, secondo la Cassazione, conforme all'art. 244 codice contratti pubblici e agli insegnamenti della Corte costituzionale (n. 204/2004 e 191/2006), secondo cui la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo può essere istituita o ampliata per esigenze di concentrazione della tutela, per impedire la moltiplicazione dei giudizi e comunque per garantire pienezza di tutela al cittadino attraverso un unico giudizio soltanto a condizione che le posizioni di diritto soggettivo fatte valere si collochino in un'area di rapporti nella quale la pubblica amministrazione agisce attraverso poteri autoritativi, ovvero si avvalga della facoltà riconosciuta dalla legge di adottare strumenti negoziali in sostituzione del potere autoritativo ai sensi dell'art. 11 L. 241/1990.

In base a tali argomentazioni, l'indirizzo prevalente della Cassazione riconduce al diritto civile e alla giurisdizione ordinaria gli aspetti patologici del contratto e le conseguenze prodotte sul contratto dalla sentenza del giudice amministrativo di annullamento dell'aggiudicazione della gara. La connessione tra la realtà provvedimentale e quella contrattuale in termini di consequenzialità logica e temporale non vale ad ampliare la giurisdizione del giudice speciale rispetto a quello ordinario, né a modificare i poteri cognitivi dei giudici chiamati a decidere sulle differenti posizioni¹⁷².

L'indirizzo prevalente della Cassazione è stato accolto anche dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, che ha, dunque, superato quella giurisprudenza amministrativa secondo cui il giudice amministrativo, nell'ambito

¹⁷² Cass. SS.UU., nn. 27169/2007 con commento di SIMONE S., *Il contratto di appalto dopo l'annullamento dell'aggiudicazione*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 11/2008, 1111 e ss.; Cass. SS.UU. n. 29425/2008; 23384/2008; 10443/2008; 19805/2008; 169112009; 6068/2009. Un orientamento giurisprudenziale minoritario della stessa Corte ha adottato una diversa soluzione, favorevole alla giurisdizione del giudice amministrativo che, in sede di giurisdizione esclusiva, ex art. 35 d.lgs. 80/1998 e art. 7 l. n. 205/2000, può sfruttare il risarcimento in forma specifica, per affermare la caducazione degli effetti del contratto concluso in base ad una procedura di evidenza pubblica di scelta del contraente svolta in modo illegittimo. In tal senso, v. Cass. SS.UU. n. 18735/2008; 26302/2008. Secondo tale indirizzo minoritario, oggi, invece, diventato definitivamente prevalente alla luce della direttiva ricorsi (su cui *infra* prossimo paragrafo), l'attribuzione delle controversie relative alle procedure di affidamento degli appalti pubblici alla giurisdizione amministrativa esclusiva risulterebbe del tutto inutile se non si intendesse tale ambito di competenza come comprensivo anche delle questioni relative alla validità ed all'efficacia del contratto. L'esclusione di tali questioni dal novero di quelle conoscibili dal giudice amministrativo determinerebbe, inoltre, l'inaccettabile conseguenza di costringere il ricorrente ad un faticoso, farraginoso e dispendioso itinerario giurisdizionale, dal giudice amministrativo (per l'annullamento dell'aggiudicazione) a quello ordinario (per la statuizione relativa alla sorte del contratto) e, forse, di nuovo a quello amministrativo (per il risarcimento del danno) per ottenere giustizia di un'unica vicenda sostanziale.

della giurisdizione esclusiva, può conoscere anche della sorte del contratto, in virtù del principio di concentrazione ed effettività della tutela¹⁷³.

Se da una parte, il Consiglio di Stato si adegua all'orientamento delle Sezioni Unite della Cassazione sulla giurisdizione del giudice civile in ordine all'invalidità e all'inefficacia del contratto, dall'altra, il Supremo consesso amministrativo supera il difetto di cognizione sul contratto d'appalto in sede di giurisdizione esclusiva spostando in sede di ottemperanza l'esame delle istanze risarcitorie per equivalente o in forma specifica del contraente pretermesso.

Nel giudizio di ottemperanza, il giudice amministrativo ha poteri estesi al merito che gli consentono di eseguire la decisione di annullamento dell'aggiudicazione e realizzare l'assetto materiale degli interessi sostanziali della parte vittoriosa e legittima aggiudicataria con una pronuncia sulla sopravvenuta caducazione del contratto.

Ciò vuol dire che sussiste la giurisdizione del giudice ordinario sulla domanda volta ad ottenere, con efficacia di giudicato, l'accertamento dell'inefficacia del contratto, la cui aggiudicazione sia stata annullata dal giudice amministrativo. Alla richiesta di annullamento dell'aggiudicazione al giudice amministrativo non può, dunque, accompagnarsi la domanda di reintegrazione in forma specifica dato che inciderebbe necessariamente sul contratto e quindi sulla fase negoziale e sui diritti soggettivi, di cui può conoscere soltanto il giudice ordinario. La sentenza di annullamento dell'aggiudicazione determina, però, in capo all'amministrazione soccombente l'obbligo di conformarsi alle relative statuizioni, sicché in sede di esecuzione della sentenza, l'amministrazione deve rilevare la sopravvenuta caducazione del contratto conseguente all'annullamento dell'aggiudicazione e, ove l'amministrazione non si conformi puntualmente ai principi contenuti nella sentenza ovvero in caso di sua inerzia, l'interessato può instaurare il giudice di ottemperanza. In tale sede, il giudice amministrativo,

¹⁷³ Cons. St., Ad. Pl., nn. 8, 9 e 12/2008, CARANTA R., *Il valzer delle giurisdizioni e gli effetti sul contratto dell'annullamento degli atti di gara* (n.d.r. commento a Consiglio di Stato, Ad. Plen., 21 novembre 2008, n. 12), in *Giurisprudenza italiana*, 2009, fasc. 6, pagg. 1533-1539. MANFREDI G., *Aggiudicazione e contratto: le decisioni della Plenaria* (n.d.r. commento a Consiglio di Stato, Ad. Plen., 30 luglio 2008, n. 9 e Ad. Plen., 21 novembre 2008, n. 12), in *Giornale di diritto amministrativo*, 2009, fasc. 6, pagg. 611-620. COCA S.S., *Aggiudicazione e contratto: la posizione dell'Adunanza plenaria* (n.d.r. commento a Consiglio di Stato, ad. plen., 30 luglio 2008, n. 9 e 21 novembre 2008, n. 12), in *Il foro amministrativo C.d.S.*, 2008, fasc. 12, pagg. 3283-3308. In senso conforme v. Cons. St., n. 4532/08; n. 2501/08; n. 3070/2009 e Tar Basilicata n. 144/08; Tar Lazio n. 1069/08.

nell'esercizio della sua giurisdizione di merito, può sindacare in modo pieno e completo l'attività posta in essere dall'amministrazione o anche il suo comportamento omissivo adottando tutte le misure, direttamente o per il tramite di un commissario *ad acta*, necessarie ed opportune per dare esatta ed integrale esecuzione alla sentenza e per consentire un corretto riesercizio del potere amministrativo, assicurando al ricorrente vittorioso in giudizio il bene della vita effettivamente perseguito attraverso il giudizio di legittimità¹⁷⁴.

In definitiva, nonostante gli orientamenti minoritari contrari da ambo i lati, si deve registrare un punto d'incontro tra le posizioni del supremo giudice ordinario e del supremo giudice amministrativo per i quali è precluso al giudice speciale in sede di giurisdizione esclusiva di conoscere della sorte del contratto, rimessa, invece, alla cognizione diretta e con efficacia di giudicato del giudice civile. Il giudice amministrativo utilizza però gli strumenti pubblicistici e la giurisdizione di merito per non perdere definitivamente la cognizione sulla vicenda contrattuale e per regolare la posizione giuridica soggettiva dell'aggiudicatario illegittimo, in una prospettiva di effettività della pronuncia di annullamento.

L'esigenza di coniugare l'effettività della tutela dell'interesse sostanziale dedotto innanzi al giudice amministrativo con i principi di concentrazione e celerità del giudizio ha determinato alcuni recenti interventi normativi e giurisprudenziali che, in virtù della fondamentale influenza del diritto europeo, hanno ribaltato il sistema ora analizzato, consegnando al giudice amministrativo la cognizione su tutta la vicenda contrattuale.

¹⁷⁴ In senso parzialmente difforme all'indirizzo dell'Adunanza plenaria, si è espressa una parte della giurisprudenza amministrativa che giunge ad affermare un potere di cognizione incidentale sulla sorte del contratto già nel giudizio di legittimità, senza dover necessariamente attendere l'eventuale giudizio di ottemperanza. Il giudice amministrativo può, in particolare, dichiarare *incidenter tantum* l'inefficacia del contratto in virtù di un nesso di presupposizione ed interdipendenza tra la fase pubblicistica dell'evidenza pubblica e la successiva stipulazione, per cui l'aggiudicazione è un presupposto di efficacia del contratto e il suo annullamento dopo la stipula del contratto produce quale effetto auto-esecutivo l'inefficacia di quest'ultimo. Il g.a. si pronuncia in via incidentale sulla sorte del negozio con sentenza meramente dichiarativa strumentale alla richiesta di risarcimento in forma specifica. In tal senso, Cons. St., n. 6292/2008 con commento di BRUGNOLI E., *La cognizione incidentale del giudice amministrativo sulla sorte del contratto*, in *Giorn. dir. amm.*, 12/2009, 1278 ss., e Tar Liguria n. 1132/2008 e n. 532/2008 e Tar Lombardia n. n. 3048/2008 e n. 1370/2008 con commento di BARBAGALLO R., *Le conseguenze sul contratto d'appalto derivanti dall'annullamento dell'atto di aggiudicazione della gara*, in *Giurisprudenza italiana*, 2009, fasc. 5, pagg. 1273-1279. Recenti pronunce si fermano, invece, all'annullamento dell'aggiudicazione, senza andare oltre con pronunce di reintegrazione in forma specifica. In tal senso v. Cons. St., n. 5588/2008 e Tar Lombardia, n. 1243/2009

3.1.1. L'influenza del diritto europeo e la definitiva estensione della giurisdizione amministrativa sulla sorte del contratto

La contesa giurisprudenziale sulla sorte del contratto di deve considerare definitivamente chiusa a favore del giudice amministrativo alla luce della direttiva 2007/66/CE, la c.d. direttiva ricorsi, in cui si prevede un sistema sostanziale e processuale volto al miglioramento dell'efficacia delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici¹⁷⁵.

La direttiva vieta, in primo luogo, alla stazione appaltante di stipulare il contratto durante un congruo termine dilatorio – o sospensivo (c.d. *stand-still period*) decorrente dall'aggiudicazione dell'appalto¹⁷⁶. Gli Stati membri devono, inoltre, prevedere un ulteriore effetto sospensivo decorrente dalla proposizione del ricorso giurisdizionale e perdurante fino alla pronuncia giurisdizionale (cautelare o di merito a scelta degli Stati membri).

Questo sistema garantisce in materia di appalti una tutela sostanziale del bene della vita (la stipula del contratto), cercando di evitare in radice che il contratto possa essere stipulato quando la legittimità dell'aggiudicazione è ancora in discussione ed evitando, in tal modo, le difficoltà di eliminare gli effetti irreversibili di un contratto già stipulato.

Il diritto europeo prevede, inoltre, la integrale “privazione di effetti” del contratto eventualmente stipulato in alcune ipotesi tipiche particolarmente gravi, salve alcune tassative eccezioni che conducono all'applicazione di sanzioni alternative. Tali fattispecie sono riferite, essenzialmente, alla radicale assenza della procedura concorrenziale o al mancato rispetto di uno dei termini sospensivi

¹⁷⁵ La direttiva 2007/66/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2007, modifica le direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE del Consiglio. Si v., in proposito, GRECO G., *La direttiva 2007/66/CE: illegittimità comunitaria, sorte del contratto ed effetti collaterali indotti*, in *Riv.it. dir. pubbl. com.*, 2008, fasc. 5; LIPARI M., *Annullamento dell'aggiudicazione ed effetti del contratto: la parola al diritto comunitario*, in *Foro amm. TAR*, 2008; GOISIS F., *Ordinamento comunitario e sorte del contratto, una volta annullata l'aggiudicazione*, commento a Corte eur. Giust., Sez. II, 18 luglio 2007, causa C-503/04; Cassazione, Sez. I, 5 maggio 2008, n. 11031), in *Dir. proc. amm.*, 2009, fasc. 1, pagg. 112-145e SANDULLI M.A. *I principi costituzionali e comunitari in materia di giurisdizione amministrativa*, in www.federalismi.it, n. 17/2009.

¹⁷⁶ Analoga previsione, sfornita però di sanzione, è già contenuta nell'art. 11, co. 10, d.lg. 163/2006, secondo cui il contratto non può essere stipulato prima di trenta giorni dalla comunicazione ai contro-interessati del provvedimento di aggiudicazione, salvo motivate ragioni che non consentono all'amministrazione di attendere il decorso del predetto termine; il termine di trenta giorni, peraltro, è asimmetrico rispetto a quello di sessanta giorni previsto dall'art. 21 l. 1034/1971 per la proposizione del ricorso, per cui non è sufficiente ad assicurare che la stipulazione del contratto avvenga quando l'amministrazione sia a conoscenza che gli atti di gara non sono stati impugnati.

per la stipula del contratto. In altre ipotesi di violazioni meno gravi dei precetti comunitari, gli Stati membri possono scegliere discrezionalmente se prevedere la privazione di effetti o introdurre, in alternativa, altri adeguati meccanismi sanzionatori, purché proporzionati e dissuasivi (diversi ed ulteriori dal risarcimento del danno). In tali due ipotesi, secondo la direttiva, la scelta circa l'applicazione delle sanzioni alternative può essere stabilita dalla legge nazionale, oppure affidata, di volta in volta, all'Autorità decidente (giudice o altro soggetto imparziale). In via residuale, in caso di violazioni non gravi, la tutela della parte interessata è rimessa al diritto nazionale, che può prevedere il solo risarcimento del danno per equivalente, con salvezza del contratto sebbene preceduto da una illegittima aggiudicazione.

Sotto il profilo processuale, la direttiva prevede che la privazione di effetti obbligatoria del contratto debba essere accertata con apposita decisione giurisdizionale, senza però prendere alcuna significativa posizione sulla definizione delle conseguenze giuridiche sostanziali della "privazione degli effetti" e sulla giurisdizione competente. La scelta sulla sorte del contratto a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione e sul giudice competente ad accertare la privazione degli effetti è, dunque, rimessa agli ordinamenti nazionali.

Nell'ordinamento italiano, la legge comunitaria 2008 (art. 44 l. 88/2009), contenente la delega al Governo per l'attuazione della direttiva ricorsi, ha indicato tra i criteri direttivi la fissazione di termini dilatori sostanziali (tra la comunicazione dell'aggiudicazione e la stipulazione del contratto) e processuali (tra la proposizione del ricorso e la stipulazione del contratto) ed, infine, la previsione di un rito speciale in materia di appalti, particolarmente accelerato, con razionalizzazione e abbreviazione di tutti i termini vigenti, ivi compreso quello per la proposizione del ricorso che, per espressa previsione, non può essere superiore a trenta giorni¹⁷⁷.

In coerenza con la direttiva europea, il legislatore nazionale ha previsto la giurisdizione del giudice amministrativo sulla sorte del contratto all'esito dell'annullamento dell'aggiudicazione, qualificando tale giurisdizione come esclusiva (art. 44, comma 3, lett. h). Al giudice amministrativo spetta, inoltre, il

¹⁷⁷ Sul nuovo rito davanti al giudice amministrativo, in sede di giurisdizione esclusiva, in materia di procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi e forniture si v. anche gli artt. da 130 a 134 contenuti nella bozza del nuovo Codice del processo amministrativo, che dovranno essere coordinati con le disposizioni del decreto legislativo di recepimento della direttiva "ricorsi".

potere di scegliere, in funzione del bilanciamento degli interessi coinvolti nei casi concreti, se la privazione di effetti del contratto debba essere, nel caso di violazioni più gravi, retroattiva o limitata alle prestazioni da eseguire o, negli altri casi meno gravi, se è preferibile la privazione di effetti del contratto o le sanzioni alternative, ovvero il risarcimento per equivalente del danno subito e comprovato.

È evidente la scelta del legislatore nazionale di potenziare le aree della giurisdizione esclusiva, consentendo al g. a. di avere cognizione sulle controversie relative agli atti della gara ed anche, in sede di cognizione, sulla efficacia del contratto *medio tempore* stipulato, superando, grazie alla copertura europea, la tradizionale linea di riparto che assegna alla giurisdizione amministrativa spazi d'intervento più ristretti in materia di appalti pubblici.

Dal diritto europeo proviene, dunque, un importante impulso a una tutela effettiva, efficace, celere e sostanziale del bene della vita coinvolto nella materia dei contratti pubblici. Il legislatore nazionale, confermando i criteri direttivi della legge delega nello schema di decreto legislativo di recepimento, ha affidato al giudice amministrativo il compito di assicurare e concretizzare tale tutela, con particolare riguardo all'interesse sostanziale dell'impresa illegittimamente pretermessa in sede di aggiudicazione di un appalto¹⁷⁸.

¹⁷⁸ Si v. lo schema di decreto legislativo n. 167, del 18 gennaio 2010 di attuazione della direttiva ricorsi, composto di quindici articoli, che prevede, per quel che qui più interessa, il divieto di stipulare il contratto per trentacinque giorni decorrenti dall'ultima delle comunicazioni del provvedimento di aggiudicazione. Se è proposto ricorso avverso l'aggiudicazione al giudice competente con contestuale domanda cautelare, il contratto non può essere stipulato dal momento della ricezione della notificazione del ricorso da parte della stazione appaltante e per almeno venti giorni, a condizione che entro tale termine intervenga almeno il provvedimento cautelare collegiale di primo grado, ovvero fino alla pronuncia di detto provvedimento se successiva ovvero fino alla pubblicazione del dispositivo della sentenza di primo grado di decisione del merito all'udienza cautelare. Si prevede, inoltre, che la stazione appaltante, tempestivamente informata dell'imminente proposizione di un ricorso giurisdizionale, con indicazione dei relativi motivi, si pronunci valutando se intervenire o meno in autotutela (art. 7). Viene confermata l'introduzione di un rito speciale, sensibilmente diverso da quello attualmente previsto in materia di appalti dall'art. 23-bis l. n. 1034/1971. Il nuovo rito speciale è caratterizzato da una rapida scansione dei termini processuali; il termine di trenta giorni per proporre il ricorso; la riduzione di tutti gli altri termini processuali; ove possibile la definizione nel merito della lite, nella prima udienza. Tale rito è inoltre qualificato come esclusivo, al fine di escludere l'impugnazione degli atti di gara mediante il ricorso straordinario al Capo dello Stato. In coerenza con la scelta fatta nella delega la c.d. "privazione di effetti del contratto" è resa possibile in relazione ad ogni tipo di vizio dell'aggiudicazione, e non solo per i vizi più gravi. Gli effetti dell'annullamento dell'aggiudicazione sono, pertanto, rimessi alla scelta del giudice e i suoi presupposti variano in funzione della tipologia e della gravità del vizio dell'aggiudicazione: a) per le violazioni gravi è rimessa la scelta tra privazione di effetti del contratto retroattiva o limitata alle prestazioni da eseguire, con possibilità di sola applicazione delle sanzioni alternative in presenza di esigenze imperative connesse ad un interesse generale che impongano che gli effetti del contratto siano mantenuti b) per la violazione dei termini dilatori che non abbia inciso sulla possibilità di avvalersi dei mezzi di ricorso e sulle opportunità di ottenere l'affidamento è anche

Il Consiglio di Stato, chiamato ad esprimersi in sede consultiva sullo schema di decreto legislativo (parere n. 5098/2009), ritiene corretta e conforme al diritto europeo la previsione della giurisdizione amministrativa esclusiva non solo sulla procedura di gara, ma anche sulla sorte del contratto e sulle sanzioni alternative (quali la sanzione pecuniaria e la riduzione della durata del contratto) e la contestuale attribuzione al giudice amministrativo del potere di decidere se l'annullamento dell'aggiudicazione determini o meno la privazione di effetti del contratto. L'impostazione della direttiva è, infatti, nel senso di attribuire ad un unico "organo di ricorso indipendente" il compito di conoscere delle illegittimità delle procedure di gare e di accertare la carenza di effetti del contratto.

La direttiva ricorsi affida, inoltre, al giudice amministrativo poteri di valutazione discrezionale assai delicati, in quanto sarà il giudice a decidere se accordare al ricorrente vittorioso una tutela specifica (aggiudicazione della gara) o solamente una tutela risarcitoria, ove gli interessi pubblici in gioco lo impongano.

La necessità di concentrare, dunque, davanti ad un unico giudice le controversie aventi ad oggetto l'aggiudicazione e la sorte del contratto ha reso obbligata la scelta del legislatore nazionale di prevedere la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo non solo sugli atti delle procedure di evidenza pubblica ex art. 103 Cost., e art. 244 del Codice dei contratti, ma anche sulla sorte del contratto, considerata tipica ipotesi di presenza di posizioni giuridiche differenziate di interesse legittimo e di diritto soggettivo.

Il Consiglio di Stato invita, dunque, il legislatore delegato ad esplicitare il carattere esclusivo della giurisdizione sulla sorte del contratto, evitando, invece, di attribuire al giudice amministrativo anche una giurisdizione di merito, benché la delega consenta tale possibilità. La previsione di una ipotesi di giurisdizione di merito presuppone, infatti, che la legge autorizzi il giudice amministrativo a "sostituirsi" all'amministrazione, effettuando in luogo di questa scelte discrezionali conformi a regole non giuridiche di buona amministrazione, che attengono ai profili di opportunità e di convenienza del provvedimento amministrativo, che può essere adottato dal giudice o da un suo ausiliare in

prevista la scelta da parte del giudice tra privazione di effetti del contratto e relativa decorrenza e sanzioni alternative, sempre che l'aggiudicazione sia illegittima per vizi propri c) in tutti gli altri casi viene sempre affidata al giudice che annulla l'aggiudicazione la scelta tra privazione di effetti del contratto e relativa decorrenza, ovvero risarcimento per equivalente del danno subito e comprovato.

sostituzione, appunto, dell'amministrazione. Tale carattere della giurisdizione, peraltro in fase di contrazione (v. l'art. 44, comma 2, lett. b), n. 2), mal si attaglia a controversie aventi ad oggetto aspetti, di natura civilistica, inerenti l'effetto dell'annullamento dell'aggiudicazione sul contratto già stipulato. La possibilità di scelta da parte del giudice tra più rimedi non costituisce l'esercizio di un potere di merito, ma l'esito di valutazioni effettuate in sede giurisdizionale sulla base di presupposti predeterminati dal legislatore. È evidente, dunque, il *revirement* del Consiglio di Stato rispetto all'Adunanza plenaria del 2008 che aveva puntato sulla giurisdizione di merito dell'ottemperanza per recuperare la cognizione sulla sorte del contratto.

Il Supremo consesso amministrativo ha, inoltre, espresso il proprio parere favorevole a considerare il termine "privazione di effetti" quale sinonimo di caducazione automatica del contratto, così come sviluppato dalla giurisprudenza amministrativa nelle diverse tesi della nullità e soprattutto della inefficacia (a partire da Cons. Stato, VI, n. 2332/2003). Tale soluzione appare maggiormente coerente con la *ratio* della direttiva comunitaria, che mira a colpire, soprattutto in caso di violazioni gravi, il contratto stipulato in base ad una aggiudicazione viziata. L'inefficacia meglio si presta a correggere il difetto di una locuzione atecnica e generica, quale è la "privazione di effetti" e a comprendere le diverse possibilità di incidere sul contratto con effetti *ex tunc* o *ex nunc*.

Il giudice amministrativo, riappropriatosi di un'importante fetta di potere giurisdizionale in virtù delle scelte legislative volte all'effettività della tutela, consiglia di suggellare in via normativa la soluzione dell'inefficacia del contratto, istituto non disciplinato dal codice civile, se non con particolare riferimento alla condizione ex art. 1353 c.c. e all'azione revocatoria ex artt. 2901 e ss.. Nei limiti in cui spetta al legislatore disciplinare i presupposti e le condizioni perché possa essere dichiarata l'inefficacia, il Consiglio di Stato invia il legislatore delegato a sostituire il termine "privazione di effetti" con il riferimento alla dichiarazione di inefficacia del contratto stipulato.

Sulla questione di giurisdizione in rapporto alla domanda di caducazione degli effetti del contratto concluso è di recente intervenuta la Suprema Corte di Cassazione (Cass. SS.UU. 2906/2010) che si è allineata alla recente evoluzione dell'ordinamento indotta dal diritto europeo e vincolante in virtù dell'art. 117, primo comma, Cost. La Corte ha, dunque, superato l'orientamento tradizionale e

maggioritario secondo cui è il giudice ordinario competente a conoscere della domanda di dichiarazione di nullità, di inefficacia o annullamento dell'appalto pubblico a seguito dell'annullamento di una gara o di un'aggiudicazione illegittima da parte del giudice amministrativo.

A seguito della direttiva ricorsi, si deve operare un esame congiunto della domanda d'illegittimità dell'aggiudicazione e di privazione degli effetti del contratto concluso, anche prima del recepimento nell'ordinamento nazionale, al fine di garantire l'effettività della tutela di chi agisce (*ex artt. 24 e 111 Cost.*), la concentrazione e la ragionevole durata del processo. La Corte precisa, in particolare, che il tradizionale criterio di riparto di giurisdizione tra g.o. e g.a. in base alle situazioni giuridiche soggettive si deve rispettare quando le domande siano proposte autonomamente, mentre quando si vogliono presentare congiuntamente o alternativamente la domanda di annullamento della gara o dell'aggiudicazione e di privazione degli effetti del contratto successivamente stipulato tra la stazione appaltante e il contraente scelto in modo illegittimo, ne deve conoscere il giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva, il quale ha competenze più ampie rispetto a quelle del giudice ordinario, limitate ai soli diritti (in tal senso anche Cass. n. 14805/2009), potendo avvalersi della tutela risarcitoria in forma specifica per soddisfare l'interesse al bene della vita del contraente pretermesso.

La recente evoluzione legislativa e giurisprudenziale sul tema è, in definitiva, favorevole ad una pubblicizzazione della vicenda contrattuale in termini sostanziali e processuali, nell'ottica che il giudice amministrativo e i poteri a sua disposizione costituiscono la migliore garanzia dell'effettività della tutela degli interessi sostanziali dei soggetti interessati e contestualmente la migliore tutela dell'interesse pubblico alla concorrenza nel mercato dei contratti pubblici.

3.2. La nozione di impresa, di operatore economico e il sostanzialismo funzionale al *favor participationis* alle gare pubbliche

Nel capitolo secondo si è già analizzato il concreto problema dell'individuazione dei soggetti tenuti all'applicazione della normativa europea e

nazionale sui contratti pubblici, in relazione alla nozione funzionale di organismo di diritto pubblico, d'impresa pubblica e alle diverse tipologie di società pubbliche.

Giova ricordare che il giudice amministrativo ha adottato al riguardo un orientamento sostanzialista che ha esteso sotto il profilo organizzativo e funzionale la nozione di pubblica amministrazione, tanto da fare rientrare nel novero di "amministrazioni aggiudicatrici" tutti i soggetti, pubblici o privati, che abbiano un collegamento rilevante con i poteri pubblici o con l'interesse pubblico, per poi applicargli in modo generalizzato la disciplina pubblicistica ben al di là di quella sugli appalti pubblici.

Soltanto di recente, il giudice costituzionale e il legislatore nazionale hanno reimpostato la questione in termini di attività concretamente svolta (attività amministrativa svolta in forma privatistica e attività d'impresa svolta da soggetti pubblici). In tale ottica, i soggetti tenuti all'evidenza pubblica nella scelta del contraente dovrebbero essere solo quelli che svolgono attività amministrativa, anche se con gli strumenti privatistici e limitatamente a tale tipologia funzionale.

Seguendo tale impostazione, una società pubblica che svolga attività d'impresa in regime di concorrenza sarebbe tenuta al rispetto delle stesse regole civilistiche dei competitori nella scelta del contraente, con possibilità, dunque, di operare con maggiore libertà delle forme e autonomia rispetto al socio pubblico o al pubblico potere che eventualmente eserciti un'influenza dominante. Ne consegue che sussiste la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, ai sensi dell'art. 244 del Codice dei contratti pubblici, solo in riferimento al caso di attività amministrativa svolta in forma privatistica, mentre si dovrebbe configurare la giurisdizione del giudice ordinario nelle ipotesi di società anche in mano pubblica che svolgano un'attività d'impresa, in regime di libero mercato.

Tale impostazione non è ancora del tutto pacifica e comunque residuano alcune problematiche connesse alla possibile costituzione da parte delle amministrazioni aggiudicatrici di società *ad hoc* con oggetto sociale esclusivo di produzione di beni e servizi sul mercato, per aggirare l'obbligo dell'evidenza pubblica. L'analisi del tipo di attività concretamente svolta anche al di là della dizione formale dell'oggetto sociale non è sempre agevole, per cui permane il problema di capire i confini della giurisdizione ordinaria e speciale.

La categoria di amministrazione aggiudicatrice perde, dunque, qualsiasi connotazione definitoria e cede il passo a una ricostruzione giurisprudenziale

operata caso per caso in chiave teleologica e funzionale, con alcune problematiche connesse alla giurisdizione.

L'attenzione si deve ora spostare dai soggetti tenuti all'evidenza pubblica al tema opposto della partecipazione soggettiva alle gare pubbliche, sul quale la giurisprudenza europea e nazionale si è di recente espressa con un simile orientamento sostanziale, volto ad estendere il novero dei soggetti partecipanti, a prescindere dalla forma privatistica o pubblicistica, dal regime giuridico e dall'attività prevalentemente svolta, in funzione del principio del *favor participationis*, interesse pubblico ritenuto prevalente in via pretoria.

Tale principio ha ispirato, in particolare, i giudici europei e i giudici amministrativi nazionali nell'individuazione dei soggetti che possono partecipare alle gare pubbliche e nell'interpretazione della nozione europea di "operatore economico" e d'imprenditore¹⁷⁹.

Al fine di dare prevalenza all'interesse pubblico ad una partecipazione quanto più ampia alle gare, onde consentire all'amministrazione la scelta del migliore contraente, favorita dal più ampio numero di offerenti, i giudici prescindono dalla natura giuridica del soggetto, dal perseguimento dello scopo di lucro e da eventuali finanziamenti pubblici, consentendo, ad esempio la partecipazione alle gare pubbliche di soggetti pubblici quali le Università o gli Istituti di ricerca nonché i raggruppamenti costituiti da università e amministrazioni pubbliche (da ultimo, Corte di giustizia, 23 dicembre 2009, C 305/08).

L'operazione giurisprudenziale di estensione del novero dei soggetti che possono partecipare alle gare, indipendentemente dal regime pubblicistico e privatistico e dall'attività in concreto svolta, troverebbe conforto nelle disposizioni della direttiva 2004/18 che, da un lato, non contengono una definizione della nozione di «operatore economico» e, dall'altro, non operano distinzioni tra gli offerenti a seconda che essi perseguano o meno un preminente scopo di lucro, e tantomeno prevedono in modo esplicito l'esclusione di enti come

¹⁷⁹ FERRARO G., *La nozione di operatore economico nelle gare d'appalto*, in *Urb. e app.*, 2007, 8, 943; MASI L., *Appalti pubblici di servizi e requisiti di partecipazione alle gare*, in *Urb. e app.*, 2004, 3, 349. La direttiva 2004/18/Ce, all'art. 1, par. 8, ha raggruppato le tre categorie di soggetti che possono prendere parte alle procedure di gara. Questi sono gli imprenditori, i fornitori ed i prestatori di servizi.

un ente pubblico dedito alla ricerca scientifica. La direttiva riconosce, inoltre, la qualità di «operatore economico» non soltanto a ogni persona fisica o giuridica, ma anche, in modo esplicito, a ogni «ente pubblico», nonché ai raggruppamenti costituiti da tali enti, che offrono servizi sul mercato.

Tali argomentazioni consentono alla Corte di giustizia di includere nel novero degli operatori economici, quali potenziali offerenti nelle procedure ad evidenza pubblica, enti pubblici o anche organismi che, a prescindere dallo *status* di diritto pubblico oppure di diritto privato, *non perseguono un preminente scopo di lucro, che non hanno una struttura d'impresa e che non assicurano una presenza continua sul mercato*. Il legislatore europeo non ha voluto, infatti, restringere la nozione di «operatore economico che offre servizi sul mercato» unicamente agli operatori che siano dotati di un'organizzazione d'impresa, né introdurre condizioni particolari atte a porre una limitazione a monte dell'accesso alle procedure di gara in base alla forma giuridica e all'organizzazione interna degli operatori economici.

Un'interpretazione restrittiva della nozione di «operatore economico» avrebbe, inoltre, come conseguenza che i contratti conclusi tra amministrazioni aggiudicatrici e organismi che non agiscono in base a un preminente scopo di lucro non sarebbero considerati come «appalti pubblici» e potrebbero essere aggiudicati in modo informale, senza l'applicazione delle norme comunitarie in materia di parità di trattamento e di trasparenza. Un'interpretazione di questo tipo sarebbe, inoltre, gravemente pregiudizievole per la collaborazione tra attività di ricerca e attività d'impresa e rappresenterebbe in definitiva una restrizione della concorrenza.

Secondo il giudice europeo, il diritto sopranazionale osta, dunque, all'interpretazione di una normativa nazionale che vieti a soggetti che, come le università e gli istituti di ricerca, non perseguono un preminente scopo di lucro di partecipare a una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico, sempre che siffatti soggetti siano autorizzati dal diritto nazionale ad offrire sul mercato i servizi oggetto dell'appalto considerato.

Il giudice nazionale è, dunque, invitato ad interpretare il proprio diritto interno alla luce del testo e della finalità della direttiva 2004/18/CE, dovendo peraltro disapplicare ogni contraria disposizione di legge nazionale. Lo scopo della normativa europea in materia di appalti pubblici è costituito, secondo

l'interpretazione finalistica della giurisprudenza europea, dall'apertura alla concorrenza nella misura più ampia possibile, anche sul versante dei candidati o degli offerenti alle gare pubbliche, dalla libera circolazione dei prodotti e dei servizi. Tale apertura alla concorrenza, favorita da un'interpretazione estensiva della nozione di operatore economico, è funzionale, inoltre, al buon andamento dell'azione amministrativa, in quanto l'amministrazione aggiudicatrice dispone di un'ampia scelta circa l'offerta più vantaggiosa e più rispondente ai bisogni della collettività pubblica interessata.

Se è vero che un tale orientamento giurisprudenziale consente la massima concorrenza tra gli offerenti e che potrebbe risultare più favorevole per la pubblica amministrazione contraente, si deve rilevare, però, la messa in pericolo del principio di parità di trattamento tra i concorrenti. Non sembra, infatti, adeguatamente valutata e bilanciata la possibilità che soggetti pubblici, non dediti all'attività d'impresa e che godono di sovvenzioni pubbliche, possano godere di una posizione privilegiata nel mercato dei contratti pubblici e ingenerare, di conseguenza un effetto ampliativo, ma contestualmente distorsivo della concorrenza, potendo ad esempio presentare offerte a prezzi notevolmente inferiori a quelli degli offerenti concorrenti non sovvenzionati.

È vero, inoltre, che la direttiva 2004/18/Ce pone come condizione preliminare essenziale per poter contrattare con le stazioni appaltanti, l'essere, in sostanza, presente sul mercato, senza alcuna limitazione riguardo la natura giuridica del soggetto e che la giurisprudenza europea ha più volte precisato come la nozione di impresa ricomprenda qualsiasi entità che eserciti un'attività economica a prescindere dallo *status* giuridico e dalle modalità di finanziamento.

Si deve, tuttavia, considerare che per attività economica sul mercato s'intende qualsiasi attività consistente nell'offerta di beni e/o servizi, dietro retribuzione e con assunzione dei rischi finanziari, per cui risulta piuttosto problematico inserire nella nozione di operatore economico o d'impresa soggetti che non svolgono in concreto tale tipo di attività o che, se autorizzati a farlo, non la svolgerebbero ad armi pari con i concorrenti.

Rispetto a quanto stabilito dalle norme e dalla giurisprudenza europea, il Codice dei contratti pubblici identifica le categorie di soggetti che possono partecipare alle procedure di appalto (*ex art. 34 rubricato Soggetti a cui possono essere affidati i contratti pubblici*), senza attribuire particolare rilevanza alla

nozione di operatore economico. Tale concetto è stato, invece, largamente utilizzato dalla giurisprudenza amministrativa per rendere più ampia la partecipazione alle gare per l'affidamento di contratti della pubblica amministrazione. Al fine di realizzare un mercato concorrenziale nel settore degli appalti pubblici, la giurisprudenza amministrativa ha chiarito, infatti, che la nozione di operatore economico utilizzata dal diritto europeo è più generica ed estesa del concetto di imprenditore, nel cui ambito sembra possibile ricomprendere anche gli enti pubblici, a condizione però che svolgano anche un'attività d'impresa nell'esercizio della quale offrano sul mercato la realizzazione di lavori, prodotti o servizi.

Secondo tale giurisprudenza, alle gare per l'affidamento di contratti pubblici possono quindi, tendenzialmente, prendere parte soggetti diversi da quelli indicati dall'art. 34 del d.lgs. n. 163/2006.

In un primo momento, il Consiglio di Stato (n. 2785 del 2003) ha circoscritto il novero dei soggetti ammessi alla contrattazione con le amministrazioni aggiudicatrici a quelli che, secondo la normativa degli Stati membri, garantiscono, per un verso, un sicuro regime di responsabilità personale, patrimoniale e di imputazione degli effetti del contratto e, per un altro, una evidente capacità relativa all'esercizio dell'attività d'impresa con fini lucrativi. La mancanza di personalità giuridica e della qualità di imprenditore impediva che un soggetto potesse concorrere ad una selezione pubblica per l'affidamento di un contratto. Entro questi limiti, già prima della direttiva 2004/18/Ce e quindi del d.lgs. n. 163/2006, la giurisprudenza amministrativa tendeva ad ampliare la sfera dei soggetti legittimati a partecipare alle procedure di gara.

In tempi recenti, il Consiglio di Stato ha allargato ulteriormente il novero dei possibili partecipanti ad una gara pubblica, ritenendo legittima la partecipazione di una fondazione di diritto privato, nel presupposto che l'elenco dei soggetti ammessi alle gare *ex art. 34*, d.lgs. n. 163/2006 (che non contempla espressamente tale figura) non ha carattere tassativo e deve essere letto in un'ottica sistematica, unitamente alle norme europee (si v. artt. 1, c. 8, 4 e 44, direttiva 2004/18/Ce) e alle altre regole del Codice dei contratti (art. 3, commi 19 e 20).

Una tale interpretazione consente di superare i limiti interpretativi della norma e di aggiornarne implicitamente il contenuto ampliando i confini delle

categorie indicate, facendovi rientrare ad esempio le Onlus¹⁸⁰ e le fondazioni di diritto privato¹⁸¹, nei limiti, però, in cui l'attività di produzione o scambio di beni o di servizi non sia vietata dallo statuto, sia rivolta al mercato, anche in modo accessorio rispetto alle finalità dell'ente.

L'assenza del fine di lucro non impedisce, in particolare, la possibilità di partecipare alle gare pubbliche, anche in ossequio alla giurisprudenza europea della Corte di giustizia (C-119/06) che ha elaborato in via pretoria la nozione di "impresa" abilitata a partecipare alle procedure di evidenza pubblica, prescindendo da presupposti soggettivi, quali la pubblicità dell'ente o l'assenza di lucro, ma appuntandosi, invece, su elementi oggettivi, quali l'offerta di beni e servizi da scambiare con altri soggetti, nell'ambito di un'attività di impresa anche quando non sia l'attività principale dell'organizzazione.

L'orientamento giurisprudenziale descritto del giudice europeo e nazionale ha il pregio di consentire la massima concorrenza tra gli offerenti, per una migliore concorrenza nel mercato dei contratti pubblici. Il sostanzialismo non è volto, dunque, ad ampliare il novero dei soggetti tenuti al rispetto della disciplina pubblicistica sui contratti, quale presupposto per ri-pubblicizzare molte figure soggettive private o privatizzate. Dall'analisi svolta, il sostanzialismo giurisprudenziale è volto a consentire un'estensione della nozione di imprenditore

¹⁸⁰ Secondo recente giurisprudenza amministrativa (Cons. Stato, sez. VI, 25 gennaio 2008, n. 185; sez. V, 25 febbraio 2009, n. 1128) le Onlus possono essere ammesse alle gare pubbliche quali "imprese sociali", cui il d.lgs. 24 marzo 2006, n. 155 ha riconosciuto la legittimazione ad esercitare in via stabile e principale un'attività economica organizzata per la produzione e lo scambio di beni o di servizi di utilità sociale, diretta a realizzare finalità d'interesse generale, anche se non lucrativa. Si v. Cons. St., sez. V, 25 febbraio 2009, n. 1128. Sul tema, MASSARI A., *L'indifferenza della forma giuridica del prestatore nella recente giurisprudenza comunitaria e la certezza del diritto degli appalti*, in *Urb. e app.*, 2008, 5, 2 ss.; FERRARI G., TARANTINO L., *Carattere imprenditoriale di una Onlus*, in *Urb. app.*, 2009, 6, 774; SANTORO E., *Le organizzazioni di volontariato (Onlus) e la partecipazione alle gare per affidamento di prestazioni di servizi: nota a T.A.R. Molise, 24 settembre 2008, n. 715*, in *I Contratti dello Stato e degli enti pubblici*, 2009, 26 ss.

¹⁸¹ Si v. Cons. St., Sez. VI, 16 giugno 2009, n. 3897 con commento di MENTO S., *La partecipazione delle fondazioni alle procedure per l'affidamento dei contratti pubblici*, in *Giorn. dir. amm.* n. 2/2010, p. 151 ss. In senso conforme si v. Tar Lazio, Roma, sez. I, 5 aprile 2004, n. 3176, mentre in senso difforme, Tar Lazio, Roma, sez. III, 29 luglio 2008, n. 7591 e del. n. 119 del 18 aprile 2007 dell'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici, la quale ha escluso la partecipazione dalle gare degli enti pubblici, delle Università e dei dipartimenti universitari, lasciando uno spiraglio solo per gli istituti di ricerca, rispetto ai quali sarebbe necessario effettuare, caso per caso, la verifica del relativo Statuto al fine di valutare gli scopi istituzionali per i quali sono stati costituiti. L'Autorità di vigilanza ha motivato la propria decisione riferendosi al carattere tassativo dell'elenco contenuto nell'art. 34 del Codice dei contratti, individuando quale elemento peculiare delle figure ivi contemplate l'esercizio professionale di un'attività economica ai sensi dell'art. 2082 c.c.

e di operatore economico, in cui sono fatti rientrare soggetti pubblici e privati che non perseguono né scopo di lucro, né svolgono attività d'impresa in via principale o generale. L'operazione ermeneutica è generalizzata e funzionalizzata a dare prevalenza del principio della massima partecipazione possibile. Se è vero che entro certi limiti anche una Università o una fondazione di diritto privato possa essere presente sul mercato, sembra, però, necessario analizzare ogni fattispecie caso per caso, senza generalizzazioni e senza considerare in senso assoluto il *favor participationis*. Ciò perché le Università o le fondazioni di diritto privato, o anche altri soggetti sostanzialmente pubblici o privati legati al pubblico, potrebbero agire sul mercato, ma allo stesso tempo distorcerlo, in quanto la concorrenza con gli altri operatori economici non sarebbe ad armi pari (basti pensare alle sovvenzioni pubbliche, alla mancanza del rischio d'impresa, al diverso regime di responsabilità). Se da un parte è condivisibile la finalità della massima concorrenza tra gli offerenti, dall'altra, sembra necessario garantire la *par condicio* tra i concorrenti. Spetta al giudice amministrativo nazionale bilanciare le due opposte esigenze e verificare di volta in volta in ciascuna fattispecie concreta il confine della nozione di "operatore economico" e soprattutto di "attività d'impresa", senza generalizzazioni o funzionalizzazione unidirezionali ed assolutizzanti.

Sempre nell'ottica del principio del *favor participationis*, si deve leggere, infine, quella giurisprudenza amministrativa che ha mostrato un *favor* per un'applicazione ampia e flessibile dell'istituto dell'avvalimento e del subappalto, sebbene però ci sia una parte della giurisprudenza che s'ispira a criteri di più rigida formalizzazione delle modalità di applicazione di tali istituti¹⁸².

Anche in questo caso, la giurisprudenza europea e nazionale tendono sempre più al risultato di ampliare la partecipazione delle imprese o di soggetti ad esse equiparabili alle procedure concorsuali, ammettendo a presentare un'offerta o a candidarsi qualsiasi soggetto o ente che, considerati i requisiti indicati in un bando di gara, si reputi idoneo a garantire l'esecuzione di detto appalto, in modo diretto oppure facendo ricorso al subappalto o al collegamento organizzativo tra le imprese, rilevante ai fini della verifica del possesso dei requisiti necessari per la partecipazione alle gare.

¹⁸² Tar Roma n. 3637/2008; Cons. St., 5742/2008 e 2401/2009. In senso restrittivo, si v. Tar Piemonte n. 430/2008 e Cons. st., n. 743/2009.

3.3. Formalismi e giustizia sostanziale negli appalti pubblici. Il sostanzialismo del giudice amministrativo

Le pubbliche amministrazioni ed i soggetti tenuti al rispetto della normativa europea o nazionale sugli appalti pubblici devono assicurare la regolarità e la correttezza formale dello svolgimento del procedimento ad evidenza pubblica, al fine di garantire la massima trasparenza, l'imparzialità dell'azione amministrativa, la *par condicio* tra gli operatori economici offerenti e la selezione dei soggetti più idonei a stipulare un contratto con una pubblica amministrazione.

L'esigenza di rispettare le prescrizioni formali stabilite nei bandi o nei disciplinari di gara deve essere, però, temperata con i principi di ragionevolezza e proporzionalità, con la necessità di non aggravare eccessivamente il procedimento amministrativo di scelta del contraente e di garantire la maggiore partecipazione degli offerenti, salvaguardando l'ammissibilità delle offerte, consentendo, dunque, il più ampio ventaglio possibile di scelta per la pubblica amministrazione contraente.

Si tratta, quindi, di bilanciare il principio del rispetto delle forme, strumentale alla parità di trattamento degli offerenti con quello di una giustizia sostanziale negli appalti pubblici, funzionale, invece, alla garanzia della massima partecipazione alle gare.

La necessità di garantire la massima concorrenza tra gli offerenti, stimolata dal diritto e dalla giurisprudenza europea, e l'esigenza di porre un argine alla proliferazione di contenziosi formalistici, motivo di turbamento per il buon andamento dell'azione amministrativa, ha spinto il giudice amministrativo a prediligere in molti casi un criterio sostanziale al principio del necessario rispetto delle forme, soprattutto nell'interpretazione delle prescrizioni formali dei bandi e nella valutazione della regolarità delle domande di partecipazione delle imprese interessate¹⁸³. Sul punto, però, la giurisprudenza amministrativa ha spesso oscillato tra un esasperato formalismo ed una tendenza sostanzialista, secondo cui

¹⁸³ Secondo Cons. St., 17 ottobre 2006, n. 6190, confermato anche da Cons. St., n. 3384/2007 "le domande di partecipazione ad una gara, ancorché inserite in un contesto procedimentale, non perdono, invero, la loro natura di atti privati, il cui regime giuridico soggiace ai principi fondamentali del diritto civile, all'interno dei quali sicuramente appartiene quello, direttamente promanante dal canone di buona fede, della tutela dell'affidamento".

le prescrizioni formali sono garanzie solo se rispondono ad un interesse sostanziale della pubblica amministrazione.

Tale ultimo orientamento è particolarmente evidente in riferimento alle prescrizioni formali del bando e alle conseguenti cause di esclusione in caso di inosservanza, da considerare di carattere eccezionale e, quindi, di stretta interpretazione. Secondo una consolidata giurisprudenza, le cause di esclusione possono essere ricavate attraverso un criterio teleologico, quando non espressamente previste, purché si risponda ad esigenze oggettive dell'amministrazione. Allo stesso tempo, però, le formalità prescritte a pena di esclusione devono essere interpretate in modo funzionale allo scopo di conseguire la migliore offerta ad un prezzo quanto più vantaggioso, in termini qualitativi e quantitativi, tenuto conto del principio di favore per la più ampia partecipazione alla gara e dell'evoluzione dell'ordinamento nel senso della semplificazione procedimentale, oltre che del generale divieto di aggravamento degli oneri burocratici¹⁸⁴.

Le formalità prescritte nel bando di gara debbono trovare applicazione, dunque, soltanto quando siano dirette ad assicurare un particolare e apprezzabile interesse sostanziale della stazione appaltante ovvero la *par condicio* dei concorrenti, mentre la stessa formalità degrada a mera irregolarità, qualora le finalità perseguite dal potere pubblico risultino egualmente ed integralmente soddisfatte¹⁸⁵.

Sarebbe illegittima, ad esempio, l'esclusione da una procedura concorsuale per carenza, nella domanda di partecipazione, di una dichiarazione richiesta dal bando, nei limiti in cui il contenuto della stessa si possa univocamente desumere da altra dichiarazione resa dal candidato. Il precetto del "buon andamento" *ex art. 97, Cost.* include anche il principio di cooperazione fra amministrazione ed amministrati, con conseguente affievolimento degli oneri meramente formali e

¹⁸⁴ C.G.A. Reg. sic., 8 maggio 1997, n. 96; Cons. Stato, Sez. VI, 12/05/1994, n. 759; Cons. Stato, sez. V, 26 giugno 1993, n. 753, Cons. Stato, Sez. V, 8 marzo 2006, n. 1224; Cons. Giust. Amm. Sic., 20/01/2003, n. 4, Cons. Stato, Sez. V, 5 marzo 2003. Sulle cause di esclusione in termini di tipicità e non di tassatività si v. CERRUTI G., *Appalti pubblici e requisiti di ordine generale: tassatività o numerus clausus? Condizioni e limiti per lo Stato e le stazioni appaltanti di aggiungere una causa di esclusione dalla partecipazione alle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici*, in *Una nuova pubblica amministrazione: aspetti problematici e prospettive di riforma dell'attività contrattuale*, cit., 62 ss.

¹⁸⁵ In tal senso *ex multis* Cons. St., n. 513/2007; 5690/2001; 2830/2001 e n. 1619/1998; Tar lombardia n. 1826/1997; Tar Piemonte n. 564/1999; Tar Palermo n. 360/1998

riconoscimento della rilevanza delle dichiarazioni implicite desumibili univocamente da altre, con la possibilità per l'ente di richiedere ulteriori precisazioni senza disporre immediatamente l'esclusione della parte interessata¹⁸⁶. Il difetto della dichiarazione o la sua presentazione secondo modalità e forme diverse da quelle richieste dal bando deve, dunque, essere valutata in concreto, caso per caso e in base alla regola del raggiungimento dello scopo¹⁸⁷.

La prevalenza dell'interesse pubblico alla massima partecipazione e al più ampio confronto concorrenziale ed il conseguente principio di strumentalità delle forme non ha, però, determinato l'abbandono di un approccio rigorosamente formalista, secondo cui l'interpretazione del bando deve essere formale e letterale per soddisfare esigenze pratiche di certezza e celerità delle procedure di evidenza pubblica e per garantire l'imparzialità dell'azione amministrativa e la parità di condizioni tra i concorrenti¹⁸⁸.

Il giudice amministrativo ha ad esempio ritenuto che gli adempimenti formali prescritti dal bando, quali le firme sulle buste, chiuse in apposito plico, sigillato con la ceralacca, fossero strumentali alla finalità di segretezza ed autenticità, da far prevalere rispetto all'esigenza di massima partecipazione alle gare, anche quando si tratti di prescrizioni formali non espressamente previste¹⁸⁹.

Un'esigenza di bilanciamento tra formalismo e sostanzialismo in materia di appalti pubblici è riscontrabile anche in relazione al tema dell'integrazione documentale in corso di gara da parte degli interessati. In questo caso, si tratta di verificare a quali condizioni si può parlare di incompletezza sostanziale dei documenti o d'inosservanza sostanziale delle prescrizioni formali e quali sono le conseguenze in termini di regolarizzazione e/o integrazione durante la procedura selettiva.

¹⁸⁶ Cfr. Cons. St., sez. VI, 16 aprile 1998 n. 508

¹⁸⁷ Ex multis Cons. St. n. 1840/09.

¹⁸⁸ Talvolta, il giudice amministrativo si pronuncia a favore di un'interpretazione letterale e formale del bando. "Soltanto nel varco aperto da un'equivoca formulazione del bando o della lettera d'invito può trovare applicazione il principio della massima partecipazione, secondo cui va data preferenza all'interpretazione del bando che consente la più ampia ammissione degli aspiranti". In tal senso v. Cons. St. n. 6250/2001, CGA n. 52/1998, Cons. St., n. 6991/2005 e Cons. St., n. 7835/2003 che aggiunge che "il metodo esegetico favorevole alla più numerosa partecipazione alla gara deve considerarsi recessivo ogni volta che, attraverso quella interpretazione, si determini un obiettivo *vulnus* dei principi che attengono al rispetto delle condizioni relative alla serietà e correttezza della procedura di gara" *Contra* Cons. St. n. 2711/2001 e in tempi più recenti Cons. St. n. 349/2006.

¹⁸⁹ Ex multis Cons. St., n. 2291/1996; n. 1222/2001; n. 5906/2000; Tar Lazio n. 4001/2005. *Contra* Tar Lombardia n. 2510/1998 e n. 7702/2002

Il potere-dovere della pubblica amministrazione di chiedere un'integrazione documentale ai sensi dell'art. 6, legge n. 241/1990, che trova un solido riscontro anche nell'art. 46 del codice dei contratti pubblici, è spesso interpretato, infatti, come un particolare *modus procedendi* volto a far valere la sostanza sulla forma (o sul formalismo) nell'esibizione della documentazione in gara. Secondo il giudice amministrativo, tale potere dovrebbe orientare, infatti, l'azione amministrativa sulla concreta verifica dei requisiti di partecipazione e della capacità tecnica ed economica e dovrebbe evitare che l'esigenza della più ampia partecipazione possa essere compromessa da carenze meramente formali nella documentazione¹⁹⁰.

Tuttavia, un'interpretazione sostanziale potrebbe risolversi in un *vulnus* per il principio di parità di trattamento tra i partecipanti concorrenti che abbiano puntualmente rispettato la disciplina prevista dalla *lex specialis* (come sostenuto ex multis da Cons. St., n. 4844/2001 e n. 4345/2004; CGA n. 55/2005, 252/2006). Il giudice amministrativo ha, quindi, stabilito una serie di limiti applicativi per la possibilità di un'integrazione documentale in corso di gara. La regolarizzazione e/o l'integrazione della documentazione presentata in una gara può essere consentita, infatti, solo se i vizi siano meramente formali o siano chiaramente imputabili ad un errore materiale e se riguardino dichiarazioni o documenti, attestanti il possesso dei requisiti di partecipazione, che non siano richiesti a pena di esclusione, perché altrimenti l'esercizio del potere amministrativo si risolverebbe in una palese violazione della par condicio delle imprese concorrenti. (Tar Abruzzo n. 655/2007).

Il potere di cui all'art. 6, legge n. 241/1990, non può, dunque, essere invocato per supplire all'inosservanza di adempimenti procedurali significativi e essenziali o all'omessa produzione di documenti richiesti a pena di esclusione dalla gara. La regolarizzazione non può essere riferita, inoltre, agli elementi essenziali della domanda, salvo che gli atti tempestivamente prodotti contribuiscano a fornire ragionevoli indizi circa il possesso del requisito di partecipazione non espressamente documentato. L'integrazione è ammissibile, infine, quando si tratta di porre rimedio a incertezze o equivoci generati dalla

¹⁹⁰ cfr. Cons. st., n. 177/1999 ; n. 7275/2003, n. 1068/2006

ambiguità delle clausole del bando relative alla dichiarazione od alla documentazione da integrare o chiarire¹⁹¹.

Il giudice amministrativo si è trovato a dover affrontare un'ulteriore questione al limite tra il formalismo ed il sostanzialismo in materia di appalti pubblici, relativa alla necessità o meno di presentare domanda di partecipazione ad una gara per poter impugnare le clausole del bando ritenute illegittime.

Premesso che l'onere di immediata impugnazione del bando è generalmente escluso nel caso di clausole che definiscono gli oneri formali di partecipazione, un orientamento giurisprudenziale più risalente ha ritenuto che la previa presentazione della domanda di partecipazione alla gara, da parte del ricorrente, è una formalità necessaria ai fini della qualificazione dell'interesse a ricorrere avverso la clausola del bando sui requisiti soggettivi di partecipazione, ritenuta illegittima¹⁹².

In senso diametralmente opposto, si è espressa, invece, una parte delle giurisprudenza amministrativa, che ha recepito l'interpretazione della Corte di giustizia europea (sentenza 12 febbraio 2004 - C-230/02) secondo cui nell'ipotesi in cui un'impresa non abbia presentato un'offerta a causa della presenza di specifiche clausole discriminatorie nel bando di gara o nel disciplinare, esiste ugualmente il diritto di presentare un ricorso direttamente avverso tali clausole che non le consentono la partecipazione, senza dover attendere la conclusione del procedimento di aggiudicazione dell'appalto.

Seguendo tale impostazione, il Consiglio di Stato ha ritenuto che la mancata presentazione della domanda di partecipazione non può considerarsi elemento preclusivo dell'impugnazione ogni qual volta la presentazione della domanda stessa appaia un inutile formalismo, in considerazione della palese carenza, in capo all'aspirante partecipante alla procedura, di un requisito di ammissione. In tali casi, infatti, la domanda di partecipazione condurrà alla sicura esclusione del candidato¹⁹³.

¹⁹¹ cfr. *Ex multis* Cons. St. n. 3685/2002 ; 357/2003 ; 307/2004 ; 364/2004 ; 4345/2004 ; 7339/2004 ; 47/2005 e n. 1068/ 2006

¹⁹² In tal senso, Cons. St., n. 2753/2003; 2173/2002; 3264/2001; 1909/2000; 1418/1998 e Ad. Pl., n. 1/2003

¹⁹³ Cons. St., n. 4970/2001; 7055/2002; 794/2003; n.6429/2003; 7341/04 n. 6110/04; n. 2805-2811/2005; n. 4207/2005 e Tar Lazio n. 229/1990; n. 3412/2000 T.A.R. Sicilia Catania, sez. II, 29/01/2002, n. 148 e T.A.R. Liguria, sez. II, 15/04/2005, n. 502.

Il dover presentare la domanda di partecipazione e l'attesa, ai fini dell'investitura del giudizio, della formalizzazione dell'esclusione sarebbe contraria ai valori comunitari e costituzionali, nonché alle recenti riforme amministrative. Limitare la legittimazione di un soggetto, sostanzialmente leso da un bando, al mero formalismo della presentazione di una domanda che avrebbe comportato la sicura esclusione non è, infatti, in sintonia con il diritto alla difesa (art. 24 Cost.) o della libertà della iniziativa economica privata (art. 41 Cost.) né con il principio comunitario della libera e massima concorrenza, nonché con il principio di economicità del giudizio o di non aggravamento del procedimento amministrativo di cui all'art. 1, comma 2, della L. 241/1990, espressione del criterio di economicità che deve ispirare l'azione amministrativa per garantire il buon andamento dell'attività della p.a. (art. 97 Cost.)¹⁹⁴.

Quando il ricorso miri, dunque, a censurare una clausola del bando che determina *ab origine* l'esclusione della ricorrente dalla procedura concorsuale, non è necessaria la previa tempestiva presentazione della domanda di partecipazione alla gara, giacché questa apparirebbe come un inutile formalismo, soprattutto quando si chiedi l'annullamento in radice dell'intero procedimento di gara. In sostanza pare potersi desumere dall'orientamento descritto il principio secondo il quale sussiste l'interesse a ricorrere, a prescindere dalla proposizione della domanda di partecipazione, allorché l'impugnativa miri all'abbandono, da parte dell'amministrazione aggiudicatrice, di una determinata procedura di gara (con eventuale indizione di altra) ovvero alla ridefinizione dei requisiti di partecipazione alla stessa con conseguente possibilità per il ricorrente, in caso vittorioso esperimento dell'impugnativa, di partecipazione alla nuova procedura competitiva, di cui l'operatore del settore ritiene possedere i requisiti di partecipazione.

¹⁹⁴ Cfr. TAR Campania-Napoli, sez. I, 18 aprile 2002 n. 2206 e Consiglio di Stato, Sez. II, Parere 7 marzo 2001 n. 149.

CAPITOLO IV

**LE IMPLICAZIONI E LE PROSPETTIVE DEL SOSTANZIALISMO
GIURISPRUDENZIALE**

1. Luci ed ombre del sostanzialismo giurisprudenziale. Il problema del metodo

Nel capitolo secondo sull'organizzazione amministrativa, si è visto che il sostanzialismo ha consentito al giudice amministrativo di regolare il rapporto tra diritto pubblico e privato e di estendere la specialità del diritto amministrativo ad una serie di figure soggettive formalmente o sostanzialmente private o privatizzate. L'approccio sostanziale è andato, dunque, a totale vantaggio del regime pubblicistico e a favore di un'estensione ulteriore della nozione di amministrazione pubblica e della giurisdizione amministrativa. Il giudice ha, dunque, guardato alla realtà giuridica ed economica in modo unidirezionale e funzionale ad una conservazione delle garanzie pubblicistiche, senza considerare adeguatamente la sostanza privatistica dell'organizzazione o dell'attività.

Tale approccio è condiviso in ambito nazionale dai giudici appartenenti a diversi plessi giurisdizionali, in particolare quello contabile, anche se di recente la Corte costituzionale ha delineato alcuni elementi fondamentali per guidare l'interpretazione giudiziale in modo meno sostanzialista.

In tale contesto, il giudice amministrativo ha superato addirittura l'approccio funzionale riscontrabile nel diritto e nella giurisprudenza europea, prevedendo, in particolare, che l'estensione del regime pubblicistico deve andare oltre l'applicazione della normativa sui contratti pubblici e del principio dell'evidenza pubblica.

Lo stesso approccio sostanzialista è riscontrabile nelle valutazioni giudiziali sull'uso dello strumento contrattuale (come analizzato nella sezione terza del capitolo III), anche se in questo caso l'estensione del regime pubblicistico e della giurisdizione amministrativa sulla fase prettamente privatistica trova l'avallo del diritto europeo e del legislatore nazionale, sul presupposto della migliore garanzia dell'effettività della tutela e della massima concorrenza sul mercato dei contratti pubblici.

In base ad una diversa chiave di lettura, il giudice amministrativo è sostanziale nell'interpretazione delle norme sul procedimento e degli elementi patologici del provvedimento. Il procedimento e il contenuto del provvedimento devono essere, in particolare, salvati a fronte della violazione di norme sulla forma o sul procedimento (si v. capitolo III, sezione seconda). In tal caso, il sostanzialismo del giudice amministrativo, la cui giurisprudenza sul punto trova l'avallo del legislatore nazionale nell'art. 21 *octies*, ha stabilito la prevalenza del contenuto e del raggiungimento dello scopo dell'azione amministrativa sul rispetto delle forme. Il risultato è l'emergere del principio di strumentalità delle forme e una dequotazione delle garanzie formali, particolarmente pericolosi se si pensa che il giudice ha applicato il sostanzialismo anche con riferimento a garanzie formali essenziali, quali l'obbligo di motivazione.

Anche nel settore dei contratti pubblici, il giudice amministrativo è stato sostanziale soprattutto in riferimento alle prescrizioni formali del bando. In tal caso, però, la pericolosità è insita soprattutto nell'alternanza degli orientamenti giurisprudenziali sul punto, deleteri per la certezza del diritto.

Da questa analisi dei contenuti e delle criticità del sostanzialismo giurisprudenziale emerge, innanzitutto, che si tratta di un approccio parziale alla realtà giuridica. Il presupposto da cui parte il giudice amministrativo è che la sostanza s'identifica con il pubblico, perché il pubblico è meglio del privato, e che il rispetto delle forme sacrifica la soddisfazione dell'interesse pubblico o dell'interesse sostanziale del privato. Un tale approccio implica dei giudizi di valore ideologici, non neutrali. Si dovrebbe, innanzitutto, tenere conto che la sostanza di una fattispecie giuridica può essere conforme alla forma prescelta e che, la sostanza ben può coincidere con il privato.

Inoltre, bisogna tenere distinto il formalismo dal necessario rispetto delle forme e si dovrebbe considerare che la forma è anche sostanza del diritto, in quanto funzionale all'interesse pubblico e al contenuto dell'atto.

Il sostanzialismo appare, dunque, almeno nelle forme più estreme, un modo per proteggere le prerogative della p.a. e per conservare la giurisdizione amministrativa su fattispecie giuridiche che, a seguito delle trasformazioni giuridiche, economiche e sociali, ne sarebbero altrimenti escluse. D'altra parte, però, il sostanzialismo è condivisibile quando usato per smascherare gli inganni

delle forme, con cui il legislatore o la pubblica amministrazione cercano di eludere i vincoli e le garanzie pubblicistiche.

Il sostanzialismo sin deve combinare con un certo grado di formalismo, innanzitutto perché non si tratta di termini necessariamente antitetici¹⁹⁵.

La considerazione della soddisfazione concreta dell'interesse pubblico e dell'interesse sostanziale del titolare di un interesse legittimo deve essere, dunque, temperata con il rispetto delle forme essenziali, intese nel senso di garanzie formali. Il problema è, dunque, di metodo. Nel garantire tutela giurisdizionale, il giudice deve fare attenzione a non trascurare le forme sostanziali di garanzia e nel valutare il rapporto tra forma e sostanza non partire dal pregiudizio che la sostanza sia sempre pubblicistica o che la soddisfazione sostanziale di un interesse pubblico prescindano dal rispetto della forma. Si deve evitare che per garantire l'utilità di un interesse legittimo si privino di rilievo le garanzie formali necessarie.

Il giudice è chiamato, dunque, ad uno sforzo ricostruttivo e sistematico, sul piano della realtà giuridica, del contesto in cui la norma s'inserisce, delle conseguenze e degli effetti di una determinata soluzione, ma senza mai perdere di vista o sacrificare sull'altare dell'efficienza o dell'effettività il necessario rispetto del diritto e della legalità, nella loro componente formale.

2. Le prospettive future e il nuovo corso della giustizia amministrativa

Si è visto che il sostanzialismo del giudice amministrativo, pur con le sue criticità, incide molto sul diritto amministrativo sostanziale e sul perimetro della giurisdizione amministrativa, considerata ormai anche dal legislatore lo strumento migliore per garantire l'effettività della tutela¹⁹⁶.

¹⁹⁵ Sul recupero della forma si v. IRTI N., *Il salvagente della forma*, Roma-Bari, 2007, il quale evidenzia che il diritto, consegnatosi alla decisione degli uomini, e smarrito nel tumulto delle volontà, trova un punto d'appoggio nel funzionalismo della forma

¹⁹⁶ Sui problemi della giustizia amministrativa e la loro stretta connessione con l'efficienza dell'amministrazione si v. CHIEPPA R., *Giustizia amministrativa, efficienza e pubblica amministrazione*, in *Foro amm.*, II, 1996, 2500 ss. Sui problemi del contenzioso amministrativo in termini di effettività della tutela, si v. GIACCHETTI S., *Giustizia amministrativa: alla ricerca dell'effettività smarrita*, in *Riv. proc. amm.*, 1996, 459 ss.

Nell'ottica di garantire la pienezza della tutela, come completamento dell'effettività, si è pensato di consolidare e allo stesso tempo estendere le frontiere del giudice amministrativo¹⁹⁷.

Si sono da poco conclusi i lavori della Commissione di esperti costituita presso il Consiglio di Stato per predisporre lo schema di Codice del processo amministrativo, che il Governo dovrà approvare nei prossimi mesi in virtù della delega contenuta nella legge 18 giugno 2009, n. 69, art. 44, per il riassetto del sistema di giustizia amministrativa¹⁹⁸.

Il nuovo Codice risponde a diversi ordini di esigenze, in quanto razionalizza, coordina, e al tempo stesso riordina una materia complessa¹⁹⁹. L'intervento, infatti, riconduce ad unità e a sistema una moltitudine di norme processuali, al momento contenute in testi normativi diversi, e recepisce i principali orientamenti giurisprudenziali, nonché alcuni input sovranazionali.

Esso, inoltre, introduce nel processo amministrativo principi rilevanti, quali la concentrazione e l'effettività della tutela, essenziali per garantire ai processi una durata ragionevole, e riordina diversi aspetti del processo amministrativo, dai termini processuali, alla tutela risarcitoria, ponendo, peraltro, fine ad una serie di *querelle*, quali la pregiudiziale amministrativa, che tanto hanno impegnato il giudice amministrativo in un confronto/scontro con la

¹⁹⁷ PELLEGRINO G., a cura di, *Le nuove frontiere del Giudice amministrativo*, Milano, 2008

¹⁹⁸ Per un primo commento ai nuovi contenuti della legge delega, sul piano della giustizia amministrativa, si v. MARCHETTI B., *La giustizia amministrativa*, in *Gionr. dir. amm.*, n. 11/2009, 1158 ss. VISENTINI G., *Per un buon diritto serve un buon processo* in *Il Sole 24 Ore*, 7 dicembre 2009, n. 337

¹⁹⁹ Nella Relazione introduttiva generale al Codice del processo amministrativo, che accompagna l'articolato definitivo approvato l'8 febbraio 2009, si è precisato che, a fianco di un'esigenza "formale" di riordino e unificazione della disciplina, ve ne era una "sostanziale" legata alla necessità di prendere atto delle trasformazioni intervenute sul ruolo del giudice amministrativo: "In particolare, dopo il riconoscimento della risarcibilità dell'interesse legittimo (ad opera delle Sez. un. n. 500/1999) e i successivi interventi normativi e della Corte costituzionale, è emerso con chiarezza il mutamento sostanziale dell'interesse legittimo, la cui tutela esige uno strumentario non dissimile da quello previsto per i diritti soggettivi. Sicché le norme, formalmente vigenti, ancora legate in prevalenza ad una struttura processuale di tipo impugnatorio, necessitavano di un adeguamento alla mutata struttura processuale estesa a un più ampio ambito di azioni e mezzi di tutela". Secondo GRECO R., in *Le ragioni di un Codice amministrativo*, 16 febbraio 2010, in www.giustizia-amministrativa.it, l'esigenza che si pone in questo particolare momento storico è quella di trovare un riconoscimento normativo della funzione sociale oggi svolta dalla giurisdizione amministrativa, sancendone a livello positivo la piena legittimazione nel nostro ordinamento.

Suprema Corte di Cassazione, con effetti positivi, dunque, in termini di certezza de diritto e di effettività della tutela²⁰⁰.

Nel codice si prevede, inoltre, l'ampliamento delle azioni esperibili da parte del cittadino, il quale si può avvalere, in particolare, dell'azione di adempimento finalizzata alla condanna dell'amministrazione riottosa al rilascio del provvedimento amministrativo ingiustamente negato o non emesso.

Al di là dei profili processuali, che esulano dall'oggetto di tale lavoro, e dalla considerazione che il processo amministrativo è ormai definitivamente diventato un giudizio sul rapporto più che sull'atto, le novità e le implicazioni sostanziali di un codice amministrativo sul processo sono particolarmente rilevanti.

Il giudizio amministrativo da momento di mera verifica formale della legittimità dell'atto impugnato diventa sempre più strumento di tutela del rapporto, di accertamento della spettanza del bene della vita al cittadino leso dalla azione amministrativa illegittima. Il giudice amministrativo deve assicurare la soddisfazione di pretese sostanziali piuttosto che valutare la legittimità/illegittimità di atti secondo parametri formali²⁰¹.

Anche l'accoglimento delle soluzioni contenute nello schema di decreto legislativo di recepimento della direttiva ricorsi in tema di cognizione sulla sorte del contratto e la previsione di un'azione risarcitoria autonoma, ampliano notevolmente le ipotesi di intervento del giudice amministrativo nella valutazione diretta degli interessi pubblici che l'amministrazione è chiamata ontologicamente a perseguire.

Il giudice amministrativo si vede, dunque, riconosciuto un ruolo che si era già cominciato a ritagliare da quando ha iniziato ad essere sostanziale e a valutare l'azione amministrativa e la legalità in senso sostanziale.

Mi pare che comunque dal codice possano emergere alcuni problemi interpretativi che potrebbero avere rilevanti ricadute pratiche e applicative e che offrono lo spunto per un rinnovato sostanzialismo.

²⁰⁰ Il codice sembra aver individuato una linea di equilibrato temperamento tra le due opposte visioni: si ammette l'azione risarcitoria pura, cioè sganciata dall'impugnazione del provvedimento lesivo, ma la si assoggetta ad un breve termine di decadenza (180 giorni), per non lasciare troppo a lungo l'Amministrazione in uno stato di incertezza.

²⁰¹ In tal senso SALVATORE P., *Relazione sulla attività della giustizia amministrativa 2009*, 11 febbraio 2010, consultabile sul sito www.giustizia-amministrativa.it

Nei principi generali, il richiamo è quasi esclusivamente al principio di effettività (art. 1) che, slegato da qualsiasi riferimento al principio del rispetto del diritto, potrebbe comportare il sacrificio di molte garanzie sull'altare della soddisfazione dell'interesse pubblico, con buona pace del principio della parità delle parti enunciato nell'art. 2.

Il giudice amministrativo è, inoltre, confermato quale giudice naturale del potere amministrativo recependo l'insegnamento della Corte Costituzionale di cui alla sentenza nr. 204 del 2004, ma l'art. 11 prevede che il g.a. conosce anche dell'esercizio "mediato" di tale potere. Una tale apertura potrebbe consentire al giudice amministrativo letture sostanzialiste ulteriori, che si potrebbero valere anche della definizione di pubblica amministrazione.

Ai fini del codice e della giurisdizione amministrativa si deve comprendere nella nozione di p.a. *anche i soggetti ad esse equiparati o comunque tenuti al rispetto dei principi del procedimento amministrativo*" (comma 1). Una tale nozione lascia al giudice il compito di stabilire in concreto i confini della pubblica amministrazione e dell'organizzazione amministrativa specie in un momento in cui è sempre più diffuso l'impiego di forme e strumenti privatistici e "paritetici" per il perseguimento di finalità di rilievo pubblicistico. Solo l'insegnamento della Corte costituzionale può fungere, dunque, da indirizzo sul tema e restringere le letture finora sostanzialiste.

Se, dunque, il codice lascia aperti certi margini al sostanzialismo giurisprudenziale, c'è da chiedersi se il Codice riuscirà a evitare il rischio di "tarpare le ali" alla capacità creativa e innovativa che è sempre stata uno dei punti di forza della giurisprudenza amministrativa. Al riguardo, la risposta apparentemente è rassicurante, alla luce dell'intento, autorevolmente espresso dal coordinatore della Commissione incaricata della compilazione, di realizzare un Codice "*a maglie larghe*", proprio per consentire alla giurisprudenza di seguire a svolgere la propria funzione creatrice (De Lise).

Anche la recente previsione della giurisdizione amministrativa esclusiva sulla *class action* pubblica (art. 4 legge delega 4 marzo 2009, n. 15 e art. 1, co. 7, d.lgs. 20 dicembre 2009, n. 198) nei confronti delle amministrazioni, nonché dei concessionari di servizi pubblici, sembra ampliare notevolmente le ipotesi di intervento del giudice nella valutazione diretta degli interessi pubblici che

l'amministrazione è chiamata ontologicamente a perseguire e nella cognizione della fondatezza sostanziale della pretesa²⁰².

In definitiva, il giudice sembra ora attrezzato e dotato di strumenti e poteri che garantiscono un'effettiva e piena tutela dell'interesse legittimo e che gli consentono di far fronte ai nuovi fenomeni sociali ed economici²⁰³.

Il giudice amministrativo è chiamato, in particolare, a sfruttare tutte le possibilità e gli strumenti per assicurare al ricorrente o al titolare dell'interesse legittimo il massimo di utilità che il processo amministrativo può offrire²⁰⁴. L'interesse legittimo rileva, dunque, dal punto di vista delle specifiche utilità cui aspira il privato, in una concezione accentuatamente empirica ed elastica.

3. Considerazioni conclusive sul giudice amministrativo e il tradizionale principio di separazione dei poteri

Nel momento storico attuale si assiste ad un deciso rafforzamento del potere giurisdizionale del giudice amministrativo, soprattutto alla luce delle nuove prospettive contenute nel Codice del processo amministrativo²⁰⁵. Tale risultato è stato, però, l'esito di un'opera costruttiva del giudice stesso che, in una prima fase, ha contribuito alla costruzione del sistema generale del diritto amministrativo, ha posto le norme sulla pubblica amministrazione e poi le ha fatte rispettare, contribuendo a introdurre una vera propria "democrazia amministrativa".

In tale fase, il giudice amministrativo si configura quale giudice della legittimità e del corretto esercizio del potere amministrativo secondo i parametri stabiliti dalla legge e dai principi giurisprudenziali, tratti dall'ordinamento.

Al giorno d'oggi, esiste ed è consolidata la parte generale del diritto amministrativo, interessata da numerosi trasformazioni giuridiche, economiche e

²⁰² Secondo CAPONIGRO R., *La valutazione giurisdizionale del merito amministrativo*, 16 febbraio 2010, in www.giustizia-amministrativa.it, le nuove ipotesi legislative sono riconducibili ad una valutazione giurisdizionale del merito amministrativo.

²⁰³ CASSESE S., *Verso la pienezza del giudice amministrativo: il nuovo corso della giustizia amministrativa italiana*, in *Giorn. dir. amm.*, 12/1999, 1221 ss.

²⁰⁴ NIGRO M., *Giurisprudenza amministrativa e trasformazioni dell'amministrazione: riflessioni sulle conseguenze sostanziali di assetti processuali*, in *Scritti giuridici*, III, 2059 ss.; ID., *Diritto amministrativo e processo amministrativo nel bilancio di dieci anni di giurisprudenza*, in *Scritti giuridici*, III, 820 ss.;

²⁰⁵ si v., anche *Il ruolo del giudice: le Magistrature Supreme*, Università Roma Tre, Roma 18 e 19 maggio 2007

sociali. Ne consegue un cambiamento del ruolo creativo e del metodo giuridico del giudice

Il giudice amministrativo interpreta e applica in senso sostanziale i principi e gli istituti ormai positivizzati e consolidati e, grazie al sostanzialismo, mantiene in ambito pubblicistico una serie di fattispecie giuridiche che tenderebbero, invece, a uscirne, e garantisce la conservazione dell'attività amministrativa di fronte alle violazioni di garanzie formali.

L'uso del sostanzialismo mira, in particolare, a garantire una tutela effettiva alle posizioni giuridiche soggettive dei privati, in bilanciamento con il perseguimento dell'interesse pubblico e a rendere la ponderazione degli interessi la più efficace possibile. Da giudice della legittimità, il giudice amministrativo diventa, dunque, giudice degli interessi e non guarda più tanto alle regole da seguire e alle forme da rispettare, ma all'efficienza e all'effettività dell'azione amministrativa o alla libera concorrenza da garantire sul mercato.

La correttezza formale e l'astratta rispondenza al parametro normativo è tenuta, dunque, sullo sfondo ed è cedevole rispetto al perseguimento concreto dell'interesse pubblico o all'utilità del potere amministrativo. Il giudice amministrativo entra, quindi, in valutazioni concrete sugli interessi, li seleziona e ne crea la gerarchia, in caso soprattutto di interessi pubblici plurimi, che il legislatore ritiene equiordinati. L'interesse pubblico così come interpretato e gerarchizzato dal giudice funge, dunque, da parametro e non è più riducibile ad un mero dato normativo, ma è qualcosa che il giudice costruisce e modula di volta in volta. Il giudice valuta, dunque, la legittimità sostanziale del provvedimento impugnato in base alla devianza dal fine, dallo scopo del perseguimento dell'interesse pubblico e del soddisfacimento dell'interesse sostanziale.

Il giudice, pur non potendo sostituirsi all'amministrazione, sembra diventare un vero e proprio "amministratore di ultima istanza"²⁰⁶, soprattutto nel momento interpretativo e applicativo perché pondera i diversi interessi in gioco, come compete al potere amministrativo. La guida dell'amministrazione sembra, dunque, spettare ai giudici più che alla legge e amministrare e giudicare tendono a

²⁰⁶ CASSESE S., *Le ingiustizie della giustizia amministrativa italiana*, in *Riv. trim. dir. proc. civile*, 1984, 422 ss.; ID., *Grandezza e insuccessi del giudice amministrativo*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 8/1998, 777 ss.; SANDULLI A., *L'oracolo del diritto amministrativo: il Consiglio di Stato nell'esercizio della funzione giurisdizionale*, in *Le carte e la storia*, 1999, 55 e ss.; ID., *Il giudice amministrativo e la sua giurisprudenza*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n.4/2001, 1363 e ss. il quale evidenzia il passaggio fondamentale dal metodo giurisdizionale a quello giurisprudenziale

essere una sola cosa. E' evidente il problema con il principio di legalità dell'azione amministrativa.

Dal punto di vista del metodo, è evidente e ormai consolidato il passaggio da un metodo positivista, ossequioso al rispetto delle norme, ad un approccio antiformalista, pragmatico, funzionale, empirico, volto a valutare i vantaggi e gli svantaggi delle singole soluzioni, comprendendo nella valutazione tutti i profili che vi sono implicati, economici, sociali e istituzionali. Al giudice spetta, in definitiva, fare l'analisi della funzionalità economica, giuridica e sociale delle norme²⁰⁷.

Il metodo sostanzialista se consente, da una parte, al giudice di stare al passo con l'evoluzione del diritto e dei fenomeni sociali ed economici, pone un problema con il rispetto della regola di diritto e con il principio tradizionale della separazione dei poteri, laddove il giudice amministrativo crea una regola giurisprudenziale o interpreta una norma in modo del tutto sganciato dalla norma di riferimento stessa, dalla *ratio* del legislatore o da altre norme che impongono ad esempio garanzie formali²⁰⁸.

In tali casi, il giudice amministrativo sopperisce con un ruolo di supplenza alle carenze del legislatore, che nel momento attuale soffre un momento di crisi, ma realizza una vera e propria politica giurisprudenziale, potenzialmente pericolosa in termini del rispetto del tradizionale principio di separazione dei poteri. La funzione legislativa tende, infatti, a coincidere con quella giurisdizionale che, per natura, non può essere generale e astratta, per cui non c'è garanzia di prevedibilità e stabilità, con effetti negativi sul principio di certezza del diritto, in realtà premessa essenziale per la garanzia di effettività della tutela. La premessa del sostanzialismo, ovvero la garanzia dell'effettività della tutela, rivela, dunque, la pericolosità insita nel sostanzialismo stesso.

Se si pone mente al fatto che il ruolo del giudice amministrativo è sempre crescente non solo nell'ambito giurisdizionale, in cui i poteri sono sempre più incisivi, ma anche nelle sedi del potere esecutivo per gli incarichi spesso ricoperti,

²⁰⁷ Sull'uso dell'analisi economica del diritto pubblico in Italia si v. NAPOLITANO G., ABRESCIA M., *Analisi economica del diritto pubblico*, Bologna, 2009 su cui si v. anche *Law and economics e la frontiera del diritto pubblico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 3/2009

²⁰⁸ CASSESE S., *Problemi delle ideologie dei giudici*, in *Riv. trim. dir. proc. civile*, 1969, 413 ss.; ID., *Il sorriso del gatto, ovvero dei metodi nello studio del diritto pubblico* in *Riv. trim. dir. pubbl.* n. 3/2006, p. 597-611; POSNER R. A., *How judges think*, Cambridge, 2008, il quale classifica nove indirizzi distinti per ragioni scientifiche e spesso tra loro intersecantisi, applicabili di volta in volta a tutte le categorie di giudici nazionali.

e nelle sedi della ricerca scientifica (si pensi anche alle sentenze-trattato), c'è da chiedersi se nel settore amministrativo il diritto sia monopolio dei giudici sia nella fase formativa che in quella applicativa. È necessario, dunque, ricorrere ad un sistema di *checks and balance* istituzionale e tenere aperto un costante dialogo collaborativo con la scienza giuridica²⁰⁹.

²⁰⁹ SANDULLI A., *Scienza del diritto amministrativo e giurisprudenza: sull'uso della giurisprudenza da parte del giurista*, in *Le Carte e la storia*, n. 2/2004, 52 e ss.

BIBLIOGRAFIA

- AA.VV. *Legge, giudici, politica. Le esperienze italiana ed inglese a confronto*, in *Quaderno della Scuola superiore di studi universitari e di perfezionamento*, Milano, 1983, (in particolare, F. Merusi, *Sullo sviluppo giurisprudenziale del diritto amministrativo italiano*; L. Galantino, *Formazione giurisprudenziale dei principi di diritto amministrativo italiano*)
- AA.VV. *L'azione amministrativa. Commento alla legge 7 agosto n. 241 modificata dalla l. 11 febbraio 2005, n. 15 e dal d.l. n. 35/2005*, Milano, 2005
- AA.VV., *Trattato sui contratti pubblici*, diretto da SANDULLI M. A., DE NICTOLIS R., GAROFOLI R., Giuffrè, 2008
- ABBAMONTE O., *L'eccesso di potere. Origine giurisdizionale del concetto nell'ordinamento italiano*, in *Dir. proc. amm.*, 1986, 68 ss.
- ADINOLFI A., *Il principio di legalità nel diritto comunitario*, in *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia*, p. 87 ss.
- ALBANESE A., *Il principio di sussidiarietà orizzontale: autonomia sociale e compiti pubblici*, in *Dir. pubbl.*, 2002
- ALLEGRETTI U., ORSI BATTAGLINI A., SORACE D., a cura di, *Diritto amministrativo e giustizia amministrativa nel bilancio di un decennio di giurisprudenza*, Maggioli, Rimini, 1987
- ANTONIOLI M., *Società a partecipazione pubblica e giurisdizione contabile*, Milano, 2008
- ASTONE F., *Integrazione giuridica europea e giustizia amministrativa*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 1999
- AZZENA A., *Esercizio privato di pubbliche funzioni e di pubblici servizi*, in *D. disc. pubbl.*, VI, Torino, Utet, 1991
- BENVENUTI F., *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, 118 ss.
- BENVENUTI F., *Eccesso di potere amministrativo per vizio della funzione* in *Rass. Dir. Pubblico*, 1950, p. 29 ss.
- BENVENUTI L., *Il metodo giuridico tra ermeneutica ed epistemologia* in L. Benvenuti, *Interpretazione e dogmatica nel diritto amministrativo*, Milano, 2002.

- BERTI G., *Diritto amministrativo. Memorie e argomenti*, Padova, 2008
- BERTI G., *Cenni sulla responsabilità pubblica tra controllo amministrativo e giurisdizione della Corte dei conti*, in *Rivista della Corte dei conti*, 2005, V, 6, p. 340 ss
- BERTI G., a cura di, *Pubblica amministrazione e modelli privatistici*, Bologna, Il Mulino, 1993
- BERTI G., *Il dedalo amministrativo e il diritto*, in (Scritti in onore di F. Benvenuti e in) *Jus*, 1996, p. 283 ss BERTI G., *Stato di diritto informale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1992
- BESSONE M., *Interpretazione e diritto giudiziale*, Giappichelli, 1999.
- BESSONE M., *L'attività del giudice*, Giappichelli, 1997.
- BESSONE M., a cura di, *Diritto giurisprudenziale* Torino, 1996, (v. M. D'Alberti - A. Pajno, *Il giudice amministrativo tra tutela giurisdizionale e creazione giurisprudenziale*, 299 ss)
- BIN R., *Alla ricerca della materia perduta*, in *Le Regioni*, 2008, 398 ss.
- BIN R., *Lo Stato di diritto*, Il Mulino, Bologna, 2004
- BOBBIO N., *Il positivismo giuridico*, Giappichelli, 1996
- BOBBIO N., *Teoria generale del diritto*, Giappichelli, 1993
- BOBBIO N., *Legalità*, in *Dizionario di politica*, a cura di BOBBIO N. e MATTEUCCI N., Torino, 1976, p. 518 ss.
- BOBBIO N., *Sul formalismo giuridico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1958, 998;
- BORK, *Il giudice sovrano*, Liberilibri, macerata, 2006
- BOVIS C., *Recent case law relating to public procurement: a beacon for the integration of public markets*, in *Common Market law review*, 2002, 1025 ss.
- BRUTI LIBERATI E., *Consenso e funzione nei contratti di diritto pubblico*, Milano, 1996;
- CAFAGNO M., *Impresa pubblica*, in CHITI M. P. –GRECO G., *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, 2007, 1223 ss.

- CALABRO' C., *Il Consiglio di Stato alle soglie del 2000*, in G.d.a. 2000, n. 4
- CALAMANDREI P., *Appunti sul concetto di legalità*, in *Opere giuridiche*, III, Napoli, 1968, p. 62 ss.
- CAMMELLI M., DUGATO M., *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, Torino, 2008;
- CAPUTI JAMBRENGHI V., *L'organismo di diritto pubblico*, in *Dir. amm.* 2000, 1770 ss.
- CARANTA R., *Il valzer delle giurisdizioni e gli effetti sul contratto dell'annullamento degli atti di gara (n.d.r. commento a Consiglio di Stato, Ad. Plen., 21 novembre 2008, n. 12)*, in *Giurisprudenza italiana*, 2009, fasc. 6, pagg. 1533-1539.
- CARANTA R., *Ancora in salita la strada per le società miste e PIPERATA G., Modelli societari e compiti pubblici: un connubio all'insegna dell'incertezza*, in *Giornale diritto amministrativo*, n. 11/2008, p. 1120 ss.
- CARANTA R., *Il diritto privato della pubblica amministrazione*, a cura di STANZIONE P., SATURNO A., Padova, 2006
- CARANTA R., *I contratti pubblici*, Torino, 2004; ID., *L'attività contrattuale della pubblica amministrazione*, a cura di CASSANO G., Padova, 2005
- CARANTA R., *Giustizia amministrativa e diritto comunitario*, Jovene, 1992
- CARANTA R., *Diritto comunitario e tutela giuridica di fronte al giudice amministrativo comunitario*, in *Riv. Trim. dir. Pubbl.* 2000, 81
- CASALINI D., *L'organismo di diritto pubblico e l'organizzazione in house*, Napoli, 2003
- CASSESE S., *Il diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo Stato*, Torino, 2009
- CASSESE S., *I tribunali di Babele. I giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale*, Roma, 2009
- CASSESE S., a cura di, *La nuova costituzione economica*, Roma-Bari, 2008
- CASSESE S., a cura di, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 2008, 202, ss.

- CASSESE S., *Il sorriso del gatto ovvero dei metodi nello studio del diritto pubblico* in Riv. trim. dir. pubbl. n. 3/2006, p. 597-611.
- CASSESE S., *Il diritto amministrativo nell'ultimo decennio*, in G.d.a., 2004, 5 ss.
- CASSESE S., *Tendenze e problemi del diritto amministrativo* in Riv. trim. dir. pubbl., n.4/2004, 901 ss.
- CASSESE S., *Che cosa vuol dire amministrazione di risultati?*, in G.d.a. n. 9/2004.
- CASSESE S., *La cultura giuridica degli anni dagli anni sessanta ad oggi*, in Riv. trim. di dir. e proc. civile, 2004, n. 2, p. 371
- CASSESE S., *Le basi costituzionali*, in Trattato di diritto amministrativo, Milano, 2003
- CASSESE S., *La costruzione del diritto amministrativo. Francia e Regno Unito*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di CASSESE S., Parte generale, I, Milano, 2003, 1 ss.;;
-
- CASSESE S., *Le trasformazioni del diritto amministrativo dal XIX al XXI secolo* in Riv. trim. dir. pubbl., 2002, 27 ss.
- CASSESE S., *Il Consiglio di Stato come creatore di diritto e come amministratore*, in *Le grandi decisioni del Consiglio di Stato*, a cura di PASQUINI G., SANDULLI A., Milano, 2001.
- CASSESE S., *Verso una piena giurisdizione del giudice amministrativo. Il nuovo corso della giustizia amministrativa italiana* in G.d.a. 1999, 1226.
- CASSESE S., *Grandezza ed insuccessi del giudice amministrativo italiano*, in G.d.A. 1999 oppure in Studi in onore di G. Guarino, I, Milano, 1998, 543 e ss.
- CASSESE S., a cura di, *Il Consiglio di Stato e la riforma costituzionale*, Milano 1997
- CASSESE S., *Crisi e trasformazioni del diritto amministrativo* in G.d.a. 1996, n. 9, 869 e ss.
- CASSESE S., *La nozione comunitaria di pubblica amministrazione* in G.d.a., 1996, n. 10, 920 ss.
- CASSESE S., *Le privatizzazioni: arretramento o riorganizzazione dello Stato?* In Riv. It. Dir. pubbl. com., 1996, 579 ss.

- CASSESE S., *Gli enti privatizzati come società di diritto speciale: il Consiglio di Stato scopre il diritto naturale*, in G.d.a. n. 12 1995, 1334-1140.
- CASSESE S., *Le basi del diritto amministrativo*, Milano, 1995
- CASSESE S., *Lo Stato "pluriclasse"* in Massimo Severo Giannini in CASSESE S., CARCATERRA G., D'ALBERTI M., BIXIO A., a cura di, *L'unità del diritto. M.S. Giannini e la teoria giuridica*, Bologna, 1994
- CASSESE S., a cura di, *L'unità del diritto: Massimo Severo Giannini e la teoria giuridica*, Il Mulino, 1994.
- CASSESE S., *Il problema degli enti pubblici*, in *Scritti in onore di Angelo Falzea*, Milano, 1991, III
- CASSESE S., *Le trasformazioni dell'organizzazione amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1985
- CASSESE S., *Le ingiustizie della giustizia amministrativa italiana* in *Riv. trim. dir. e proc. civile*, 1984.
- CASSESE S., *La formazione dello Stato amministrativo*, Milano, 1974.
- CASSESE S., *Cultura e politica del diritto amministrativo. La scienza del diritto amministrativo tra l'impegno riformatore e la chiusura nella dogmatica: un bilancio della cultura italiana da Romagnosi ad oggi*, Bologna, Il Mulino, 1971.
- CASSESE S., *Problemi delle ideologie dei giudici*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1969 n. 2, p. 139 ss.
- CASSESE S., *Partecipazioni pubbliche ed enti di gestione*, Milano, 1962
- CERULLI IRELLI V., LUCIANI F., *La giurisdizione amministrativa esclusiva nel settore degli appalti pubblici*, in *Giorn. dir. amm.* 12/2009, 1339 ss.
- CERULLI IRELLI V., *Impresa pubblica, fini sociali, servizi di interesse generale*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2006, 747 ss.
- CERULLI IRELLI V., *Note critiche in materia di vizi formali degli atti amministrativi*, in *Dir. pubbl.*, 2004, 187 ss.
- CERULLI IRELLI V., *Note critiche in tema di attività amministrativa secondo moduli negoziali*, in *Rivista trimestrale di diritto amministrativo*, 2003, 2, 235

- CERULLI IRELLI V. *Il negozio come strumento di attività amministrativa*, relazione al 47° convegno di studi amministrativi su *Autorità e consenso nell'attività amministrativa*, Varenna (Lc), 20-22 settembre 2001, in *Giustizia amministrativa*, Roma, 2002
- CERULLI IRELLI V., *L'annullamento dell'aggiudicazione e la sorte del contratto*, in *Giorn. dir. amm.*, 2002;
- CERULLI IRELLI V., *Innovazioni del diritto amministrativo e riforma dell'amministrazione*, in *Giust. Amm.*, 2002, 245 ss.
- CERULLI IRELLI V., *Verso la contrazione dell'area pubblica: l'amministrazione tra diritto amministrativo e diritto comune*, in *Dallo Stato monoclasse alla globalizzazione*, a cura di CASSESE S., GUARINO G., Milano, 2000
- CERULLI IRELLI V., *Ente pubblico: problemi d'identificazione e disciplina applicabile. Ente pubblico ed enti pubblici*, a cura di, CERULLI IRELLI V. e MORBIDELLI G., Torino, 1994
- CHIEPPA R., *Il nuovo regime dell'invalidità del provvedimento amministrativo*, in www.giustamm.it
- CHIEPPA R., *Giustizia amministrativa, efficienza e pubblica amministrazione*, in *Foro amm.* 1996, p. 2500
- CHIRULLI P., *Autonomia pubblica e diritto privato nell'amministrazione*, Padova, 2005
- CHITI E., *La nozione di amministrazione aggiudicatrice* in *G.d.A.* 2001, 414 ss.
- CHITI E., *Gli organismi di diritto pubblico tra Consiglio di Stato e Corte di giustizia*, in *Urb. e app.*, 1999, 71 ss.
- CHITI M.P., *Le carenze della disciplina delle società pubbliche e le linee direttrici per un riordino*, in *Giornale dir. amm.*, n.10/2009, 1115 ss.
- CHITI M. P., *La giustizia amministrativa serve ancora?* In *Astrid*, Rassegna n. 35/2006.
- CHITI M.P., a cura di, *Il paternariato pubblico-privato. Profili di diritto amministrativo e di scienza dell'amministrazione*, Bologna, 2005
- CHITI M.P., *The Ec notion of public administration: the case of the bodies governed by public law* in *Eur. Publ. Law*, 2002, 473 ss.

- CHITI M.P., *L'organismo di diritto pubblico e la nozione comunitaria di pubblica amministrazione*, Bologna, 2000 (in Aipda annuario 1999-2000).
- CIVITARESE MATTEUCCI S., *La forma presa sul serio: formalismo pratico, azione amministrativa ed illegalità utile*, Torino, 2006.
- CIVITARESE MATTEUCCI S., *Regime giuridico dell'attività amministrativa e diritto privato*, in *Dir. pubbl.*, 2003.
- CLARICH M., *Società di mercato e quasi-amministrazioni*, relazione al convegno su *Le società pubbliche tra Stato e mercato: alcune proposte di razionalizzazione della disciplina*, 13 maggio 2009, in www.giustizia-amministrativa.it.
- CLARICH M., *Le società miste a capitale pubblico-privato tra affidamenti in house e concorrenza per il mercato*, in *Corr. giur.*, 2007, 893, ss.
- CLARICH M., PISANESCHI A., *Fondazioni bancarie ultimo approdo?;* in *Foro it.*, 2003, I, 1326
- CLARICH M. e TORCHIA L., *Principio di sussidiarietà e sistema amministrativo nel nuovo quadro costituzionale*, in *Il sistema amministrativo dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, a cura di BERTI G. e DE MARTIN G.C., Roma, 2002
- CLARICH M., *Privatizzazioni e trasformazioni in atto nell'organizzazione amministrativa italiana*, in *Dir. amm.*, 1995, p. 519 ss.
- COGNETTI S., *Profili sostanziali della legalità amministrativa. Indeterminatezza della norma e limiti della discrezionalità*, Milano, 1993
- CORLETTO D., SALA G., SCIULLO G., a cura di, *La giustizia amministrativa in trasformazione: giornate in ricordo di Sebastiano Cassarone Verano, 21 -22 ottobre 2005*, Cedam, 2006.
- CORSO G., *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2008
- CORSO G., *Impresa pubblica, organismo di diritto pubblico, ente pubblico: la necessità di un distinguo*, in *Serv. pubbl. e app.*, suppl. al n. 4, 2004, 91 ss.
- CORSO G., *Motivazione dell'atto amministrativo*, in *Enc. Dir.*, agg. V, Milano 2001, 774 ss.
- CORSO G., *Il Consiglio di Stato nell'ordinamento costituzionale e amministrativo*, in *Il Consiglio di Stato e la riforma costituzionale*, Milano, 1997

- CORSO G., *Validità (diritto amministrativo)*, in *Enc. Dir. XLVI*, Milano, 1993, p. 84 ss.
- CRAIG P., *Public law and control over private power*, in *The province of administrative law*, a cura di M. TAGGART, Oxford, Hart, 1997
- CRAIG P., *Formal and substantive conceptions of the rule of law*, in *Dir. pubbl.* 1995, 35 ss.
- D'ALBERTI M., *Interesse pubblico e concorrenza del codice dei contratti*, in *Dir. amm.*, 2008, 297 ss.
- D'ALBERTI M., *Gli studi di diritto amministrativo: continuità e cesure fra primo e secondo Novecento*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* n. 4/2001
- D'ALBERTI M., *Diritto amministrativo comparato. Trasformazioni dei sistemi amministrativi in Francia, Gran Bretagna, Stati Uniti, Italia*, Bologna, 1992
- D'AMELIO P., *La formazione giudiziale del diritto amministrativo*, in *Foro amm.* 1969, III, 118 e ss.
- DANIELE L., *Forme e conseguenze dell'impatto del diritto comunitario sul diritto processuale interno*, in *Dir. UE*, 2001, 61
- DANIELE L., *L'effettività della giustizia amministrativa nell'applicazione del diritto comunitario europeo*, *Riv. It. Dir. Pubbl. comunitario*, 1996, 1385
- DE CESARE G., *L'eccesso di potere nella giurisprudenza del Consiglio di Stato*, Milano, 1967
- DE LEONARDIS F., *Soggettività privata e azione amministrativa. Cura dell'interesse generale e autonomia privata ne nuovi modelli di amministrazione*, Padova, Cedam, 2000
- DE LEONARDIS F., *Il concetto di organo indiretto: verso nuove ipotesi di applicazione dell'esercizio privato di funzioni pubbliche*, in *Dir. amm.*, 1995, p. 347
- DEL GATTO S., *Natura privata e "sostanza pubblica". Il Consiglio di Stato torna a pubblicizzare un ente privatizzato ope legis*, in *Foro amm.* 2006, 2
- DEL GATTO S., *La privatizzazione degli enti pubblici non economici e il mutato rapporto pubblico-privato anche alla luce della riforma dell'art. 1 l. n. 241 del 1990* in *Serv. Pubbl. e app.*, 2006

- DE LISE P., *Corte europea dei diritti dell'uomo e giudice amministrativo*, in Foro amm.,-TAR, 2009
- DE LISE P., *Effettività della tutela e processo sui contratti pubblici*, in www.giustizia-amministrativa.it
- DELLA CANANEA G., *Diritto amministrativo europeo. Principi e istituti*, Milano, 2008
- DELLA CANANEA G., *Responsabilità degli amministratori delle società pubbliche e regole di concorrenza*, in Rivista di diritto societario, 2007, n. 4, 49 ss.
- DE NICTOLIS R., *Oggetto del contratto, procedure di scelta del contraente e selezione delle offerte*, in Urb. app., 2006, 9, 1003
- DE PRETIS D., *L'attività contrattuale della p.a. e l'art. 1 bis della legge n. 241 del 1990: l'attività non autoritativa secondo le regole del diritto privato e il principio di specialità*, in Tipicità e atipicità nei contratti pubblici, a cura di MASTRAGOSTINO F., Bologna, 2007, 36 ss.
- DE ROBERTO A., *La legge generale sull'azione amministrativa*, Torino, 2005
- DOMENICHELLI V., a cura di, *La società pubblica tra diritto privato e diritto amministrativo*, Padova, 2008
- DUGATO M., *La disciplina dei servizi pubblici locali*, in Giorn. dir. amm., 2004, 12 ss.
- DUGATO M., *La riduzione della sfera pubblica?*, in Dir. amm., 2002, p. 169 ss.
- DUGATO M., *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*, Milano, 1996.
- FALCON G., *Giustizia comunitaria e giustizia amministrativa* in *Diritto amministrativo comunitario*, a cura di VANDELLI, BOTTARI, DONATI, Maggioli, 1994
- FERRARA L. *La partecipazione tra illegittimità ed illegalità. Considerazioni sulla disciplina dell'annullamento non pronunciabile*, in Dir. amm. 2008, 105 ss.
- FERRARA L., *Enti pubblici ed enti privati dopo il caso I.P.A.B.: verso una rivalutazione del criterio sostanziale di distinzione?*, in Riv. trim. dir. pubbl., 1990

- FIORENTINO L., *Il Codice degli appalti*, in *Gior. dir. ammin.*, 2006, n. 11, p. 1176
- FONDERICO G., *Privatizzazioni, Patrimonio s.p.a. e società pubbliche* in *Giornale dir. ammin.*, n. 11/2009, 1166 ss.
- FRANCHINI C., TEDESCHINI F., a cura di, *Una nuova pubblica amministrazione: aspetti problematici e prospettive di riforma dell'attività contrattuale* Torino, 2009
- FRANCHINI C., *Giustizia e pienezza della tutela nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Il diritto amministrativo oltre i confini*, Milano, 2008
- FRANCHINI C., *I contratti della pubblica amministrazione tra diritto pubblico e privato*, in *I contratti con la pubblica amministrazione*, a cura di FRANCHINI C., in *Trattato dei contratti*, diretto da RESCIGNO P., GABRIELLI E., Torino 2007, tomo I, 51 ss.
- FRANCHINI C., *Diritto amministrativo e giustizia amministrativa nel bilancio di un decennio di giurisprudenza. Un recente convegno*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1985 p. 940.
- GALGANO F., “Pubblico” e “privato” nella qualificazione della persona giuridica, in «*Rivista trimestrale di diritto pubblico*», 1966, p. 279 ss.
- GAROFOLI R. –SANDULLI. M. A., (a cura di) *Il nuovo diritto degli appalti pubblici dopo la Direttiva 2004/18/CE*, Milano, 2005.
- GAROFOLI R., *L'organismo di diritto pubblico: orientamenti interpretativi del giudice comunitario e del giudice nazionale a confronto*, in *Foro it.*, 1998, IV, 133 ss.
- GAROFOLI R., *La privatizzazione degli enti dell'economia. Profili giuridici*, Milano, 1998, p. 287 ss.
- GIACCHETTI S., *La nuova via privata al pubblico interesse aperta dall'art.1, c.1bis della legge 11 febbraio 2005 n. 15*, in *Il diritto privato della pubblica amministrazione*, a cura di STANZIONE P. e SATURNO A., Padova, 2006, pp.113
- GIACCHETTI S., *Una novità nel settore degli OGM: l'illegittimità invalidante/non invalidante creata dall'art. 21 octies della legge n. 241/1990*, in «*Consiglio di Stato*», 2005, II, p. 1627
- GIACCHETTI S., *Giustizia amministrativa: alla ricerca dell'effettività smarrita*, in *Riv. proc. amm.* 1996, p. 472

- GIACCHETTI S., *L'oggetto del giudizio amministrativo*, in Studi per il centocinquantesimo del C.d.S., IPZS, Roma, 1981
- GIANNINI M.S., *Diritto amministrativo*, Milano, 1993
- GIANNINI M. S., *Motivazione dell'atto amministrativo*, EdD.; CORREALE G., RTDP, 1982, 501
- GIANNINI M.S., *Il problema dell'assetto e della tipizzazione degli enti pubblici nell'attuale momento*, in *Riordinamento degli Enti pubblici e funzioni delle loro Avvocature*, Napoli, Jovene, 1974
- GIANNINI M.S., *Diritto amministrativo* in Grossi, *Cinquanta anni di esperienza giuridica in Italia*, Milano, 1982, 364.
- GIANNINI M. S., *L'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria giuridica generale dell'interpretazione*, Milano, 1939.
- GIANNINI M.S., *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi*, Milano, 1939. (p. 78 e ss.)
- GIANNINI M. S., *La funzione del giudice nella società contemporanea*, in *Scritti*, VI, 271 ss.
- GIANNINI M.S., *Il controllo sociale delle attività private. Attività economiche pubbliche e forme giuridiche private*, *Scritti*, VI, 374 ss.
- GIANNINI M. S., *Il problema dell'assetto e della tipizzazione degli enti pubblici nell'attuale momento*, in *Scritti*, VI, 663 ss.
- GIANNINI M.S., *Diritto pubblico e privato nel diritto dell'economia*, in *Scritti*, V, 1963-1969
- GIANNINI M.S., *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, Parte I e II in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1963, 1964, anche in *Scritti*, V, 225 ss.
- GIANNINI M. S., *Polemiche sull'interpretazione*, *Scritti*, Vol. IV, 328 ss.
- GIANNINI M. S., *La scienza dell'amministrazione: oggi*, *Scritti*, Vol. IV, 815 ss.
- GIANNINI M. S., *Gli scritti giuridici in onore di Santi Romano*, *Scritti*, Vol. III, 487 ss.
- GIANNINI M.S., *Osservazioni sulla classificazione delle imprese pubbliche e sulle forme di controllo*, *Scritti*, Vol. III, 745 ss.
- GIANNINI M. S., *Le imprese pubbliche in Italia*, in *Scritti*, Vol. II, 363 ss.

- GIANNINI M. S., *La natura giuridica della Rai*, in *Dir. rad. Tel.*, 1978, 654 ss.
- GIANNINI M.S., *Esercizio privato di pubbliche attività*, in *Enc. dir.*, XV, Milano, 1966, p. 686
- GIOVANNELLI G., MASI L., *Il Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture. Principi e disposizioni comuni*, in *Urb. e app.*, 2006 fasc. 7, pp. 749 – 758.
- GNES M., *Giudice amministrativo e diritto comunitario*, in *Riv. Trim. dir. Pubbl.*, 1999
- GOISIS F., *Contributo allo studio delle società in mano pubblica come persone giuridiche*, Milano, 2004
- GOISIS F., *Ordinamento comunitario e sorte del contratto, una volta annullata l'aggiudicazione*, commento a Corte eur. Giust., Sez. II, 18 luglio 2007, causa C-503/04; Cassazione, Sez. I, 5 maggio 2008, n. 11031), in *Dir. proc. amm.*, 2009, fasc. 1, pagg. 112-145e
- GRAZIANO A., *I nuovi confini dell'ente pubblico e dell'atto amministrativo: il caso degli appalti delle società in mano pubblica* in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1998, 105 ss.
- GRECO G., *La direttiva 2007/66/CE: illegittimità comunitaria, sorte del contratto ed effetti collaterali indotti*, in *Riv.it. dir. pubbl. com.*, 2008, fasc. 5
- GRECO G., *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, Torino, 2004, p. 77.
- GRECO G., *Ente pubblico, impresa pubblica, organismo di diritto pubblico*, in *Riv. it. Dir. pubbl. comunit.*, 2000, 839 ss.
- GRECO G., *L'effettività della giustizia amministrativa italiana nel quadro europeo*, in *Riv. dir. pubbl. comunit.* 1996, 797.
- HART L. A., *Il concetto di diritto*, Einaudi, Torino, 1965
- IANNOTTA L., *L'adozione degli atti non autoritativi secondo il diritto privato*, in *Dir. amm.*, n. 2/2006, p. 354 ss.
- ANNNOTTA L., a cura di, *Economia, diritto e politica nell'amministrazione di risultato*, Giappichelli, 2003
- IANNNOTTA L., *Principio di legalità e amministrazione di risultato*, in AA.VV., *Amministrazione e legalità: fonti normative e ordinamenti*, Napoli, 2000, 97 ss.

- IANNOTTA L., *Previsione e realizzazione del risultato nella pubblica amministrazione: dagli interessi ai beni*, in Dir. amm. 1999
- IANNOTTA L., *La considerazione del risultato nel giudizio amministrativo dall'interesse legittimo al buon diritto* in Dir. proc. amm. 1998.
- IANNOTTA L., *Scienza e realtà: l'oggetto della scienza del diritto amministrativo fra essere e divenire*, in Dir. amm. 1996, 579
- IBBA C., *La tipologia delle privatizzazioni*, in Giur. Comm. 2001, p. 464 ss.
- IBBA C., *Società legali e società legificate*, in *Enc. giur.*, XXIX, Roma, 1993
- IBBA C., *Le società legali*, Torino, 1992
- IELO D., IACOVELLI D., *La giurisdizione della Corte dei conti sulle società pubbliche*, in *Amministrare*, n. 1-2/2008
- IMMORDINO M., POLICE A., a cura di, *Principio di legalità e amministrazione di risultati. Atti del convegno Palermo, 27.28 febbraio 2003*, Giappichelli, 2005
- IRTI N., *Il salvagente della forma*, Roma-Bari, Laterza, 2007
- IRTI N., *L'età della decodificazione*, Milano, Giuffrè, 1999
- KELSEN H., *Sulla dottrina della legge in senso formale e materiale*, in Kelsen, *Dio e Stato, la giurisprudenza come scienza dello spirito*, Napoli, 1988.
- KELSEN H., *Teoria generale del diritto e dello Stato*, 1954
- KELSEN H., *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Einaudi, 1934 (1° edizione con prefazione di R. Treves)
- KELSEN H., *Dottrina pura del diritto*, Einaudi, 1966 (2° edizione con prefazione di M. G. Losano)
- LACAVA C., *L'impresa pubblica*, in S. CASSESE, *Trattato di diritto amministrativo*, 3901 ss.
- LA SPINA A., MAJONE G., *Lo Stato regolatore*, Bologna, 2000

- LAZZARA P. *Contributo al dibattito sui vizi di forma e di procedimento di cui all'art. 21 octies, l. n. 241/1990*, in *Foro amm. C.d.S.*, n. 1/2009
- LEDDA F., *Dal principio di legalità al principio di infallibilità dell'amministrazione*, in *Foro amm.* 1997, p. 3306
- LEDDA F., *Elogio della forma scritto da un anticonformista*, in *Foro amm.* 2000, p. 3443
- LIBERTINI M., *Organismo di diritto pubblico, rischio d'impresa e concorrenza: una relazione ancora incerta*, in www.federalismi.it del 6 agosto 2008
- LIPARI M., *Annullamento dell'aggiudicazione ed effetti del contratto: la parola al diritto comunitario*, in *Foro amm. TAR*, 2008
- LUCIANI F. *Il vizio formale nella teoria dell'invalidità amministrativa*, Torino, 2003.
- MACCHIA M., *Le tendenze della legalità nella dimensione internazionale*, in *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia*, del LIII Convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Varenna 20-22 settembre 2007, Milano, 2008, p. 639 ss.
- MALTONI A., *Enti riqualificati in senso pubblicistico dalla giurisprudenza ed enti equiparati alla p.a. sul piano funzionale. I privati esercenti attività amministrative dopo la riforma della l. n. 241/90*, in *Serv. pubbl. e app.*, 2006, 333 ss.
- MALTONI A., *Il conferimento di potestà pubbliche ai privati*, in *Sistemi del diritto amministrativo italiano*, diretto da SCOCA F.G., ROVERSI MONACO F.A., MORBIDELLI G., Torino, 2005
- MAMELI B., *L'organismo di diritto pubblico: profili sostanziali e processuali*, Milano, 2003
- MANFREDI G., *Le decisioni dell'Adunanza plenaria sul rapporto tra aggiudicazione e contratto: danni collaterali*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 6/2009;
- MANNORI L., *Giustizia e amministrazione tra antico e nuovo regime*, in *AA.VV. Magistrati e potere nella storia europea*, Il Mulino, 1997
- MARASA' G., *Società speciali e società anomale*, in *Enc. giur.*, XXIX, Roma, 1993
- MARASA' G., *Le società senza scopo di lucro*, Milano, 1984

- MARCHETTI B., *Annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto: esperienze europee a confronto*, in *Dir. proc. amm.*, 1, 2008, 95 ss.
- MARRANA D., *Contributo sull'interpretazione della nozione di organismo di diritto pubblico* in *Dir. amm.*, 2000, 585 ss.
- MARZUOLI C., *Tutela del cittadino e "privatizzazione" dell'amministrazione*, in *Cittadino e amministrazione nel diritto comparato*, a cura di ROZO ACUNA E., Napoli, 2000
- MARZUOLI C., *Le privatizzazioni fra pubblico come soggetto e pubblico come regola*, in *Dir. pubbl.*, 1995, 393 ss.
- MARZUOLI C., *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Milano, 1982
- MASSERA A., *Le società pubbliche*, in *Giornale dir. amm.*, n. 8/2009, 889 ss.
- MASSERA A., *La disciplina dei contratti pubblici: la relativa continuità in una materia instabile*, in *Giorn. dir. amm.*, 12/2009, 1252 ss.
- MASSERA A., *Annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto: le molte facce di un dialogo asincrono tra i giudici*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2009, fasc. 2
- MASSERA A., *I principi generali*, in CHITI M.P., GRECO G., a cura di, *Trattato di diritto amministrativo europeo*, I, 2008
- MASSERA A., *I contratti*, in *Istituzioni di diritto amministrativo*, a cura di CASSESE S., Milano, 2006, 320 ss.
- MASSERA A., *Il paternariato pubblico-privato e il diritto europeo degli appalti* in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2005
- MASSERA A., *I contratti*, in CASSESE S., *Trattato di diritto amministrativo*, Parte generale, II ed., Milano 2003, p. 1601,
- MATTARELLA B. G., *Il declino della motivazione*, in *G.d.a.* n. 6, 2007, 617-622
- MATTARELLA B. G., *Le dieci ambiguità della l. n. 15/2005*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 8/2005, p. 817 ss.
- MATTARELLA B.G., *Il provvedimento amministrativo*, in *Gior. dir. amm.*, n. 5, 2005, pp.469 ss.
- MAZZAMUTO M., *La riduzione della sfera pubblica*, Torino, 2002.

- MENGOZZI P., *La rule of law e il diritto comunitario di formazione giurisprudenziale*, Riv. Dir. Europeo, 1992
- MERRYMAN J. H., *Lo "Stile Italiano": l'interpretazione*, in Riv. trim. dir. e proc. civile, 1968, p. 378.
- MERUSI F., *Sentieri interrotti della legalità: la decostruzione del diritto amministrativo*, Il Mulino, 2007
- MERUSI F., *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia*, in Dir. pubbl., n. 2/2007, p. 427 ss.
- MERUSI F., *La privatizzazione per fondazioni tra pubblico e privato*, in Dir. amm. 2004, 447 e ss.
- MERUSI, *La Corte di giustizia condanna la golden share all'italiana e il ritardo del legislatore*, in Dir. pubbl. comp. e eur., 2000, 1236-38
- MERUSI F., *La natura delle cose come criterio di armonizzazione comunitaria nella disciplina degli appalti*, in Riv. it. dir. pubbl. com., 1997, 39 ss.
- MIRATE S., *Giustizia amministrativa e convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Napoli, 2007
- MONTEDORO G., *Potere amministrativo, sindacato del giudice e difetto di motivazione*, in www.giustizia-amministrativa.it
- MORBIDELLI G., *Invalidità ed irregolarità*, in Annuario, 2002, a cura dell' Aipda, Milano, 2003, 85 e ss.
- MORBIDELLI G., *Verso un diritto amministrativo meno speciale*, in Dir. pubblico, 1997
- MORENO MOLINA J. A., *Le distinte nozioni comunitarie di pubblica amministrazione* in Riv. it. dir. pubbl. comunit., 1998, 561 ss.
- NAPOLITANO G., *Dal diritto pubblico dell'economia all'economia del diritto pubblico*, in *Il diritto amministrativo oltre i confini*, Milano, 2008
- NAPOLITANO G., *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Il Mulino, 2005.
- NAPOLITANO G., *Le società pubbliche tra vecchie e nuove tipologie*, in *Rivista delle società*, 2005, 999 ss.
- NAPOLITANO G., *L'attività amministrativa e il diritto privato*, in Giorn. dir. ammin., n.5, 2005, pp. 481 ss.; si v. anche

- NAPOLITANO G., *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003
- NAPOLITANO G., *Soggetti privati "enti pubblici"?* in *Dir. amm.* 2003, 801 ss.
- NAPOLITANO G., *Il giudice amministrativo di fronte alla privatizzazione*, in *Mercato, concorrenza e regole*, n. 3/2003, p. 539 ss.
- NIGRO M., *Il Consiglio di Stato giudice e amministratore (aspetti di effettività dell'organo)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1974, 1371 e ss. anche in *Scritti giuridici*, II, Milano, 1996, 1051 e ss.;
- NIGRO M., *Scienza dell'amministrazione e diritto amministrativo*, in *Scritti giuridici*, II, Milano, 765 ss.
- NIGRO M., *Sulla natura giuridica della Rai - radiotelevisione italiana*, in *Scritti giuridici*, II, Milano, 225 ss.
- NIGRO M., *Giurisprudenza amministrativa e trasformazioni dell'amministrazione: riflessioni sulle conseguenze sostanziali di assetti processuali*, in *Scritti giuridici*, III, Milano, 1996, 2057 e ss.
- NIGRO M., *Diritto amministrativo e processo amministrativo nel bilancio di dieci anni di giurisprudenza*, in *Scritti giuridici*, III, Milano, 1996, 820 ss.
- NIGRO M., *L'azione dei pubblici poteri. Lineamenti generali*, in *Scritti giuridici*, III, Milano, 1996, 1589 ss.
- NIGRO M., *Silvio Spaventa e la giustizia amministrativa come problema politico*, in *Riv. Trim. dir. pubbl.*, 1970, III, 736 ss.
- NOVELLI P., VENTURINI L., *La responsabilità amministrativa di fronte all'evoluzione delle pubbliche amministrazioni e al diritto delle società*, Milano, 2008, 729 ss.
- OPPO G., *Pubblico e privato nelle società partecipate*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, 157 ss.;
- OPPO G., *Diritto privato e interessi pubblici*, in «*Rivista di diritto civile*», 1994, p. 25 ss.
- PALEOLOGO G., a cura di, *Il giudizio amministrativo in Spagna ed in Italia. Un colloquio tra giudici superiori*, Giuffrè, Milano, 1999.

- PALEOLOGO G., a cura di, *I Consigli di Stato di Francia e d'Italia*, Milano, 1998
- PAOLANTONIO N., POLICE A., ZITO A., a cura di *La pubblica amministrazione e la sua azione. Saggi critici sulla legge n. 241/1990 riformata dalle leggi n. 15 e 80/2005* Torino, 2006
- PAPPALARDO N. *L'eccesso di potere "amministrativo" secondo la giurisprudenza del Consiglio di Stato*, in *Studi in occasione del centenario*, Roma, 1932, 471 ss.
- PASQUINI G., SANDULLI A., a cura di, *Le grandi decisioni del Consiglio di Stato*, Giuffrè, 2001
- PATRONI GRIFFI F., *Le nozioni comunitarie di amministrazione: organismo di diritto pubblico, impresa pubblica, società in house*, in *Serv. pubbl. e app.* 2006, 27 ss.
- PEREZ R., *Quali sono le "Pubbliche amministrazioni" sottoposte al controllo della Corte dei Conti?* In *G.d.A.* n. 7/1995
- PEREZ R., *I controlli sugli enti pubblici economici privatizzati*, in *Le trasformazioni del diritto amministrativo*, a cura di AMOROSINO S., Milano, 1995
- PICOZZA C., *I contratti con la pubblica amministrazione tra diritto comunitario e diritto nazionale*, in *I contratti con la pubblica amministrazione*, a cura di FRANCHINI C., Torino, 2006
- PICOZZA E., *Attività private, interessi pubblici, giurisdizione* in *Riv. amm.*, 1996, p. 801 ss.
- PIOGGIA A., *La competenza amministrativa. L'organizzazione amministrativa fra specialità pubblicistica e diritto privato*, Torino, 2001
- PIOGGIA A., *Sulla natura dei bisogni d'interesse generale non aventi carattere industriale o commerciale (a proposito della nozione di organismo di diritto pubblico)*, in *Riv. giur. quadr. serv. pubbl.* 1999, 61 ss.
- PIPERATA G., *Modelli societari e compiti pubblici: un connubio all'insegna dell'incertezza*, in *Giornale diritto amministrativo*, n. 11/2008, p. 1120 ss.
- PIRAS A., *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, Giuffrè, 1962
- PISANESCHI A., *Dallo Stato imprenditore allo Stato regolatore. E ritorno?*, Torino, 2009.

- PIZZA P., *Le società per azioni di diritto singolare tra partecipazioni e nuovi modelli organizzativi*, Milano, 2007
- PIZZA P., *Società per azioni di diritto singolare: rassegna 1999-2003*, in *Giornale dir. a mm.*, 2004, 4, 372 ss.
- POLICE A., *La tutela giurisdizionale, in I contratti della pubblica amministrazione*, a cura di FRANCHINI C., Torino 2007
- POLICE A., *Commento all'art. 1 comma 1 l. n. 241/1990*, in *La pubblica amministrazione e la sua azione. Saggi critici sulla legge n. 241/1990 riformata dalle leggi n. 15/2005 e n. 80/2005*, a cura di, PAOLANTONIO N., POLICE A., ZITO A., Torino, 2005
- POLICE A., *L' illegittimità dei provvedimenti amministrativi alla luce della distinzione tra vizi formali e vizi sostanziali* in *Dir. amm.* 2003, 735 ss.
- POLICE A., *La disciplina attuale della responsabilità amministrativa*, in SCOCA F.G., a cura di, *La responsabilità amministrativa e il suo processo*, Padova, 1997, 61 ss.;
- POLICE A., *Dai concessionari di opere pubbliche alle società per azioni «di diritto speciale»: problemi di giurisdizione* in *Dir. proc. amm.*, 1996, 147 ss.
- PROTO PISANI A., *I rapporti tra diritto sostanziale e processo* in *Le tutele giurisdizionali dei diritti*, Jovene, 2003
- PROTTO M., *Morte e reincarnazione dell'organo indiretto*, in *Giur. it.*, 2000, p. 175 ss.
- PUGLIATTI S., *Diritto pubblico e diritto privato*, in «*Enciclopedia del diritto*», vol. XIII, Milano, Giuffrè, 1964, p. 720 ss.
- PUTTNER G., *Lo Stato di diritto informale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1992
- RAMAJOLI M., *Il controllo della Corte dei conti sugli enti pubblici economici trasformati in società per azioni*, in *Dir. amm.*, 1995
- RENNA M., *Le società per azioni in mano pubblica: il caso delle s.p.a. derivanti dalla trasformazione di enti pubblici economici ed aziende autonome statali*, Torino, 1997
- RENNA M., *La regolazione amministrativa dei beni a destinazione pubblica*, Milano, 2004, 182 ss.
- RESCIGNO G.U., *Sul principio di legalità*, in «*Diritto pubblico*», 1995, p. 247 ss.

- ROMANO A., *I caratteri originari della giurisprudenza amministrativa e la loro evoluzione*, in *Dir. proc. amm.* 1994, 635.
- ROMANO A., *I soggetti e le situazioni giuridiche soggettive del diritto amministrativo*, in *Dir. amm.*, a cura di L. MAZZAROLLI E ALTRI
- ROMANO TASSONE A., *Motivazione nel diritto amministrativo*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, XIII, Torino, I 1997
- ROMANO TASSONE A., *Contributo sul tema dell'irregolarità degli atti amministrativi*, Torino, 1993
- ROMANO TASSONE A., *Tra diversità e devianza. Appunti sul concetto d'invalidità*, in *Studi in onore di Vittorio Ottaviano*, vol. II, Milano, 1993
- ROMANO TASSONE A., *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, Milano, 1987
- ROMEO G., *Il giudice amministrativo nella società post-moderna*, in *Dir. proc. amm.* 1997.
- ROSSI G., *Le gradazioni della natura giuridica pubblica*, in astridonline.it
- ROSSI G., *Diritto pubblico e diritto privato nell'attività della pubblica amministrazione: alla ricerca della tutela degli interessi*, in *Dir. Pubblico*, 1998, p. 661 ss.
- ROSSI G., *Le società per azioni. Enti pubblici*, in *Studi in memoria di Franco Piga*, Milano, 1992, II, p. 1813 ss.;
- ROSSI G., *Gli enti pubblici*, Bologna, 1991
- ROSSI G., *Gli enti pubblici in forma societaria*, in *Serv. pubbl. app.*, 2004, 221 ss
- ROSSI G., CORSO G. – SAVONA P., VELO D., VACCARI V., TORCHIA L., CARDI E., BINDI A. – CARUSO G. M., *Società in mano pubblica. Controlli e responsabilità*, in *Serv. pubbl. app.*, 2/2006, 185 ss.
- ROTIGLIANO R., *La motivazione dei giudizi tra forma e sostanza della funzione pubblica*, in *Foro amm.*, 2003, 3181 ss.;
- ROVERSI MONACO M. G., *Le figure dell'organismo di diritto pubblico e dell'impresa pubblica nell'evoluzione dell'ordinamento*, in *Dir. e proc. amm.*, 2, 2007, p. 387 ss.
- SANDULLI A., *Il procedimento amministrativo e la teoria del Big Rip*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 11/2009, 1133 e ss.

- SANDULLI A., *Verso la codificazione dell'azione amministrativa?* in G.d.a. n. 6/2006, p. 686-691.
- SANDULLI A., *Scienza del diritto amministrativo e giurisprudenza*, in *Le Carte e la storia*, n. 2/2004, p. 52-56.
- SANDULLI A., *Giurisprudenza amministrativa e diritto comparato*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 4/2003, p. 1211-1221
- SANDULLI A., *Il procedimento*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di CASSESE S., parte generale, tomo II, Milano, 2003, 1035 ss
- SANDULLI A., *Il giudice amministrativo e la sua giurisprudenza*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* n. 4/2001.
- SANDULLI A., *L'oracolo del diritto amministrativo: il Consiglio di stato nell'esercizio della funzione giurisdizionale*, in *Le carte e la storia*, 1999, n. 2, 59 ss.
- SANDULLI M.A. *I principi costituzionali e comunitari in materia di giurisdizione amministrativa*, in www.federalismi.it, n. 17/2009
- SANDULLI M.A., *L'art. 16 bis del decreto milleproroghe sulla responsabilità degli amministratori e dipendenti delle società pubbliche: restrizione o ampliamento della giurisdizione della Corte dei Conti?* in www.federalismi.it n. 5/2008
- SANDULLI M. A., *Il paternariato pubblico-privato e il diritto europeo degli appalti*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2005, 1, p. 167 ss.
- SANDULLI M. A., a cura di, *Organismi e imprese pubbliche*, in *Suppl. Serv. pubbl. app.*, n. 4/2004, con contributi di M. A. SANDULLI, R-GAROFOLI, M. P. CHITI, F. CINTIOLI, G. CORSO, R. DE NICTOLIS, E. FERRARI, G. PANZIRONI, M. R. SPASIANO
- SANTI ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Sansoni, Firenze, 1945.
- SANTI ROMANO, *La funzione e i caratteri del C.d.S.* in *Il Consiglio di Stato*, Studi in occasione del centenario, I, Roma, 1932
- SATTA F., *Annullamento dell'aggiudicazione: la fine di un problema*, in *Diritto amministrativo*, 2009, fasc. 1, pagg. 123-129.
- SATTA F., *Esercizio privato di funzioni e servizi pubblici*, in *Enc. giur.*, XIII, Roma, 1989
- SCHINAIA M. E., *Relazione sullo stato della giustizia amministrativa nel 2006*, in *G.d.A.*, 2007, n. 3.

- SCOCA F.G., *Annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto*, febbraio 2008, in www.giustamm.it;
- SCOCA F. G., *Giustizia amministrativa*, Torino, 2006
- SCOCA F.G., *Il punto sulle c.d. società pubbliche*, in *Diritto dell'econom.*, 2005
- F. G. SCOCA, *I vizi formali nel sistema delle invalidità dei provvedimenti amministrativi* in *Vizi formali, procedimento e processo amministrativo* a cura di PARISIO V., Milano 2004, 56 e ss.
- SCOCA F. G., *Attività amministrativa*, in *Enc. Dir.*, vol. III, agg. 2002, 100 ss
- SCOCA S., *Verso la responsabilità amministrativa di amministratori e dipendenti di società a partecipazione pubblica?* in www.giustamm.it
- SCOTTI E., *I nuovi confini dell'organismo di diritto pubblico alla luce delle più recenti pronunce della Corte di Giustizia*, in *Foro it.*, 1999, IV, 140 ss.
- SORACE D., *Il principio di legalità e i vizi formali dell'atto amministrativo*, in *Dir. pubbl.*, n. 2/2007, 385 ss.
- SORACE D., *La responsabilità amministrativa di fronte all'evoluzione della pubblica amministrazione: compatibilità, adattabilità o esaurimento del ruolo*, in *Dir. amm.*, 2006, 249 ss.
- SORDI B., *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia. La prospettiva storica*, in *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia*, Atti del LIII Convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Varenna 20-22 settembre 2007, Milano, 2008, p. 1 ss.
- SPASIANO M., *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Giappichelli, 2003.
- SPASIANO M., *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, Giappichelli, 2003
- SPATTINI G.C., *Poteri pubblici dopo la privatizzazione. Saggio di diritto amministrativo dell'economia*, Torino, 2006
- TANZI A., a cura di, *L'antiformalismo giuridico. – Un percorso antologico*, ed. Cortina, Milano, 1999
- TOMEI R., *La nuova disciplina dell'azione amministrativa*, Padova, 2005

- TORCHIA L., *La responsabilità amministrativa per le società in partecipazione pubblica*, in *Giornale dir. amm .n.*, 7/2009, p. 791 ss.
- TORCHIA L., *La responsabilità degli amministratori di società a partecipazione pubblica*, paper pubblicato in www.astrid.it
- TORCHIA L., a cura di, *Il sistema amministrativo italiano*, capitolo terzo, Bologna, 2009
- TORCHIA L., *Diritto amministrativo, potere pubblico e società nel terzo millennio o della legittimazione inversa*, in *Il diritto amministrativo oltre i confini*, Milano, 2008
- TORCHIA L., *L'attività amministrativa fra diritto privato e diritto amministrativo, nazionale ed europeo* in *Quaderni della Spisa*, 2007
- TORCHIA L., *Responsabilità civile e responsabilità amministrativa per le società in partecipazione pubblica: una pericolosa sovrapposizione*, in *Serv. pubbl. e app.* 2006.
- TORCHIA L., *Privatizzazioni e azione amministrativa*, in *Pubblica amministrazione e privatizzazioni dopo gli anni '90. Un primo bilancio*, a cura di CAMELLI M. e G. SCIULLO, *Quaderni della Spisa*, Rimini, 2004.
- TORCHIA L., *I limiti del controllo pubblico sull'autonomia privata* in *Il Ponte*, 2003, 67 ss.
- TORCHIA L., *La responsabilità*, in CASSESE S., a cura di, *Trattato di diritto amministrativo, Diritto amministrativo generale*, tomo II, Milano, 2003, pp. 1649-1713.
- TORCHIA L., *La scienza del diritto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* n. 4/2001
- TORCHIA L., *Procedimento e processo dopo la legge n. 241/1990: tendenze e problemi*, in *La trasparenza amministrativa a due anni dalla legge n. 241 del 1990*, Atti del convegno di Siena, 1992
- TRAVI A., *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia*, presentazione al convegno Varenna, 20-22 settembre 2007, anche in www.giustamm.it.
- TRAVI A., *Giurisprudenza amministrativa e principio di legalità*, in *Dir. pubbl.* 1995, 91 ss.
- TRAVI A., *Nuovi fermenti nel diritto amministrativo verso la fine degli anni 90* in *Foro it.*, 1995, V, 168 ss.

- TRIMARCHI BANFI F., *Il diritto privato dell'amministrazione pubblica*, in *Dir. amm.*, 2004
- TRIMARCHI BANFI F., *Illegittimità e annullabilità del provvedimento amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, 412 ss.
- TRIMARCHI BANFI F., *Il principio di legalità e l'impiego del diritto privato da parte dell'amministrazione pubblica*, in www.astridonline.it
- URSI R., *Le società per la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica tra outsourcing e in house providing*, in *Dir. amm.*, 2005, 179 ss.
- URSI, *Riflessioni sulla governance delle società in mano pubblica*, in *Dir. Amm.* 2004, 771 e ss.
- VILLATA R., *L'organismo di diritto pubblico*, in *Id. Pubblici servizi. Discussioni e problemi*, Milano, 2003
- VOLPE F., *La non annullabilità dei provvedimenti amministrativi legittimi*, in *Dir. proc. amm.*, 2008, 392 ss.
- VOLPE C., *In house providing, Corte di Giustizia, Consiglio di Stato e legislatore nazionale. Un caso di convergenze parallele?*, in *Urb. e app.*, 12/2008, pp. 1401-1418.
- ZANOBINI G., *L'attività amministrativa e la legge* in *Scritti vari di diritto pubblico*, Milano, 1955, 203
- ZANOBINI G., *L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, a cura di V.E. ORLANDO, II, Milano, 1935, p. 233 ss.
- ZANOBINI G., *L'esercizio privato delle pubbliche funzioni e l'organizzazione degli enti pubblici* (1920), ora in *ID.*, *Scritti vari di diritto pubblico*, Milano, 1955, p. 87 ss.

VOCI ENCICLOPEDICHE

- Voce *Formalismo giuridico* in *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffrè, 1998.
- Voce *Formalismo* in *Novissimo digesto Italiano*, Torino, Utet, 1987
- Voce *Realismo giuridico* in *Novissimo digesto Italiano*, Torino, Utet, 1987
- Voce *Giurisprudenza* in *Novissimo digesto Italiano*, Torino, Utet, 1987
- Voce *Giurisprudenza* in *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffrè, 1998.
- Voce *Interpretazione* in *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffrè, 1998.
- Voce *Interpretazione della legge* in *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, Utet, 1987
- Voce *Dogmatica giuridica* in *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffrè, 1998.