

SARA VALAGUZZA

SOCIETÀ MISTE A
PARTECIPAZIONE
COMUNALE

AMMISSIBILITÀ E AMBITI

A Pietro,

tornando dal mare

INDICE

CAPITOLO I

IL PANORAMA DELLE SOCIETÀ MISTE A PARTECIPAZIONE COMUNALE

1. Premessa di metodo: ingresso <i>in medias res</i>	1
2. Premessa di merito: la duplicità degli schemi di azione del Comune.....	2
3. La partecipazione a società miste nella prospettiva degli studi in argomento	7
3.1. Il dibattito pro concorrenziale.....	8
3.2. Il superamento dell'impostazione pubblicista.....	13
4. La prospettiva del presente lavoro: un contributo sull'analisi del rapporto tra ente locale e diritto privato. Se, come e quando un Comune può partecipare ad una società mista. Problemi e avvertenze.....	16
5. Il mondo delle società a partecipazione comunale. Prime coordinate.....	21
6. Gli elementi caratterizzanti le società miste a partecipazione comunale richiamate dal diritto positivo. L'impossibilità di individuare società di diritto singolare.....	26
7. Le società miste a partecipazione comunale che non trovano riscontro in ipotesi normativamente prefigurate. Problemi sistematici.....	33
7.1. Le previsioni legislative volte a limitare la partecipazione in società: la Legge Finanziaria per il 2008 e le posizioni di dottrina e giurisprudenza. Critica.....	34
7.1.1. Il perseguimento di finalità istituzionali nell'art. 3 comma 27 della Legge Finanziaria per il 2008	44
8. Prime conclusioni, interrogativi aperti e prospettiva dell'indagine che segue. Dall'esegesi alla dogmatica giuridica	46

CAPITOLO II

LA CAPACITÀ DI DIRITTO PRIVATO DELL'ENTE
PUBBLICO

1. Il primo dei riferimenti concettuali necessari al presente studio. La capacità di diritto privato dell'ente pubblico e il suo rapporto con il principio di legalità. Impostazione della problematica	52
2. Parte descrittiva.....	58
2.1. La tesi della capacità speciale nella tradizione del diritto amministrativo del primo e del secondo dopo guerra e l'affermazione della capacità giuridica generale negli studi di M.S. Giannini e di G. Pericu. Aggiornamenti e riflessioni ulteriori.....	60
2.2. Il ritorno alla capacità speciale negli scritti di C. Marzuoli sul principio di legalità. Riflessione e critica.....	70
3. Parte ricostruttiva.....	76
3.1. La tesi della capacità di diritto privato dell'ente locale nel significato attuale dell'art. 11 del codice civile e secondo i principi dell'ordinamento: l'ente locale come persona giuridica e l'attività di impresa degli enti pubblici. Conclusioni sulla capacità del Comune di godere dei diritti e assumere obblighi secondo il diritto civile.....	76
3.1.1. La difficoltà di comprendere il significato dell'espressione "godono dei diritti secondo le leggi e gli usi osservati come diritto pubblico". Impostazione della problematica	78
3.1.1.1. L'attività di impresa degli enti pubblici nel codice civile secondo la Relazione di accompagnamento: unicità di regole e legittimazione generale	81
3.1.1.1.1. Neutralità sul tema del diritto europeo.....	88
3.1.2. Conclusioni sul significato dell'art. 11 del codice civile.....	90
3.2. Il comma 1 <i>bis</i> dell'art. 1 della legge n. 241/1990. La sua marginale rilevanza ai fini del presente studio	93
4. Conclusioni sulla capacità di diritto privato dell'ente locale	100
4.1. Il riconoscimento della capacità giuridica generale e la negazione della funzionalizzazione dell'attività di diritto privato.....	100
4.2. La negazione dell'autonomia privata.....	104
4.3. L'attività di impresa degli enti pubblici.....	113

CAPITOLO III

RUOLO ISTITUZIONALE DEL COMUNE E CAPACITÀ DI DIRITTO PRIVATO

1. Il secondo dei riferimenti concettuali necessari al presente studio. Ente locale: generalità e fini	121
2. Il rapporto tra potere negoziale e discrezionalità amministrativa: l'interesse pubblico primario e gli interessi <i>altri</i> . La logica dell'evidenza pubblica	124
3. Il significato del necessario perseguimento dell'interesse pubblico. Un approfondimento	133
3.1. Le posizioni di dottrina e giurisprudenza	134
3.2. L'irrilevanza della distinzione tra perseguimento diretto e indiretto dell'interesse pubblico	139
4. La sana e prudente gestione del patrimonio pubblico	146
5. Conclusioni in ordine al rapporto tra ruolo istituzionale del Comune e utilizzo del diritto privato. La conformazione dell'autonomia negoziale ai vincoli derivanti dalla natura istituzionale del Comune e la necessaria individuazione dell'interesse pubblico concreto	153

CAPITOLO IV

RIFLESSI SUL TEMA DELLA PARTECIPAZIONE DEL COMUNE A SOCIETÀ MISTE

1. Ripresa delle conclusioni sinora raggiunte	158
2. I riflessi dell'obbligatorietà dell'evidenza pubblica sulla scelta del socio privato e sulla vita della società	159
2.1. La scelta del socio privato nelle società miste che (non ricevono affidamenti diretti e) operano sul mercato in condizioni di concorrenza con altri operatori	159
2.2. L'evidenza pubblica <i>in itinere</i>	164
2.3. La circolazione delle partecipazioni e le operazioni di aumento del capitale sociale come possibile elusione alle regole dell'evidenza pubblica	166
3. I riflessi del perseguimento dell'interesse della comunità locale sulla disciplina delle società miste	169

3.1. Necessità di una giustificazione rispetto alle finalità istituzionali per la partecipazione in società come costante nell'esperienza di altri Paesi europei. Accenni	170
3.2. Conseguenze del necessario perseguimento delle finalità istituzionali sull'attività che costituisce l'oggetto sociale della società partecipata	173
3.2.1. Il legame tra ente pubblico e territorio. I limiti all'attività extraterritoriale delle società miste.....	175
3.2.1.1. Gli orientamenti della giurisprudenza sull'attività <i>extra-moenia</i>	176
3.2.1.2. Il legame tra Comune e territorio alla luce della capacità giuridica generale e del rapporto tra potere negoziale e discrezionalità	178
3.3. Il necessario perseguimento delle finalità istituzionali, le partecipazioni indirette e la rilevanza dell'art. 2361 c. c.	182
3.4. Dubbi sulla compatibilità delle società con partecipazione pubblica non di controllo con le premesse poste.....	185
4. La sana e prudente gestione del patrimonio pubblico. Il divieto delle partecipazioni meramente speculative, la gestione delle società miste e l'impiego degli utili.....	187
4.1. Il principio di sana e prudente gestione e il fenomeno della <i>holding</i> pubblica.....	190
4.2. Il doppio binario della responsabilità degli amministratori di società miste. L'affermazione delle regole di diritto comune e lo spazio che residua per la responsabilità contabile	199
5. Il rapporto tra invalidità pubblicistiche e negozio di società.....	204
6. Il se, il quando e il come delle società miste.....	207
<i>Indice degli Autori</i>	211

CAPITOLO I
IL PANORAMA DELLE SOCIETÀ MISTE A
PARTECIPAZIONE COMUNALE

SOMMARIO: 1. Premessa di metodo: ingresso *in medias res*. — 2. Premessa di merito: la duplicità degli schemi di azione del Comune. — 3. La partecipazione a società miste nella prospettiva degli studi in argomento. — 3.1 Il dibattito proconcorrenziale. — 3.2. Il superamento dell'impostazione pubblicista. — 4. La prospettiva del presente lavoro: un contributo sull'analisi del rapporto tra ente locale e diritto privato. Se, come e quando un Comune può partecipare ad una società mista. Problemi e avvertenze. — 5. Il mondo delle società a partecipazione comunale. Prime coordinate. — 6. Gli elementi caratterizzanti le società miste a partecipazione comunale richiamate dal diritto positivo. L'impossibilità di individuare società di diritto singolare. — 7. Le società miste a partecipazione comunale che non trovano riscontro in ipotesi normativamente prefigurate. Problemi sistematici. — 7.1. Le previsioni legislative volte a limitare la partecipazione in società: la Legge Finanziaria per il 2008 e le posizioni di dottrina e giurisprudenza. Critica. — 7.1.1. Il perseguimento di finalità istituzionali nell'art. 3 comma 27 della Legge Finanziaria per il 2008. — 8. Prime conclusioni, interrogativi aperti e prospettiva dell'indagine che segue. Dall'esegesi alla dogmatica giuridica.

1. *Premessa di metodo: ingresso in medias res*

Le problematiche di cui ci andremo ad occupare sono emerse dalla constatazione della presenza, tra gli operatori economici nazionali, di un gran numero di *società miste a partecipazione comunale*. Questo lavoro non nasce, quindi, dall'intenzione di fornire una sistemazione complessiva al fenomeno delle società a partecipazione pubblica, globalmente considerate, ma, più specificamente, dalla necessità di affrontare alcune questioni giuridiche

connesse al proliferare delle società partecipate dal Comune e agli interventi normativi e giurisprudenziali che hanno interessato il tema.

La particolarità della nostra indagine, rispetto agli studi che l'hanno preceduta, si trova nella prospettiva dalla quale l'argomento viene osservato: la vicenda della partecipazione a società sarà ripercorsa considerandola nella sua essenza più elementare, ossia come una delle possibili espressioni del potere negoziale dell'ente pubblico.

Questo capitolo, che avvia la ricerca, introduce immediatamente il lettore *in medias res*, nel cuore dei problemi che verranno sviluppati nel corso del presente lavoro.

2. *Premessa di merito: la duplicità degli schemi di azione del Comune*

Il Comune è, tra gli enti pubblici territoriali, quello cui la legge assegna il compito di rappresentare la propria comunità, di curarne gli interessi e promuoverne lo sviluppo. Si tratta, dunque, di un ente dotato di fini generali, vincolato al perseguimento degli interessi della comunità locale. Per raggiungere gli obiettivi di tutela e sviluppo ad esso affidati, spettano a tale ente pubblico, in attuazione del principio di sussidiarietà, «*tutte le funzioni amministrative che riguardano la popolazione ed il territorio comunale, precipuamente nei settori organici dei servizi alla persona e alla comunità, dell'assetto ed utilizzazione del territorio e dello sviluppo economico*» (art. 13 D. Lgs. n. 267/2000). Salvo che tali compiti siano espressamente attribuiti ad altri soggetti (1).

Talune attività comunali sono svolte secondo il diritto amministrativo (2), attraverso l'esercizio dei poteri autoritativi (3), di

(1) In questo paragrafo di presentazione è sufficiente accennare al ruolo istituzionale del Comune; per una più dettagliata considerazione di tale profilo, si rinvia al capitolo terzo.

(2) Per riassumere cosa si intenda per diritto amministrativo, si è scelto di citare la definizione fornita da Cammeo, nel suo corso di diritto amministrativo, che ci pare dimostri la stabilità di nozioni assodate nel tempo e il sen-

cui il Comune dispone in quanto amministrazione pubblica; altre sono dispiegate ricorrendo al diritto privato (4), di cui può fare

so più autentico dell'esistenza di un diritto speciale dell'amministrazione pubblica: «Il diritto amministrativo è quel complesso di norme che disciplina i rapporti fra i cittadini e lo Stato in quanto esso agisce, come autorità, nei casi concreti per il raggiungimento dei suoi scopi d'ordine, civiltà e benessere sociale», F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, ult. rist. 1992, vol. I, 3.

(3) Senza poter qui approfondire come meriterebbe il concetto specifico di autoritatività del potere, che gode naturalmente di autonomia dogmatica, si vuole evidenziare, ai nostri fini, la possibilità per il Comune, alternativamente, di: a) imporre precetti e disporre unilateralmente della sfera giuridica altrui, secondo il diritto amministrativo, e dunque facendo uso del potere autoritativo ad esso riconosciuto in quanto amministrazione pubblica; b) essere parte di rapporti giuridici retti dalla consensualità, attraverso l'esercizio di potere negoziale. In realtà, come vedremo nel corso del presente lavoro, diritto pubblico e diritto privato tendono ora a combinarsi o ad alternarsi, più che ad escludersi reciprocamente.

Affermando che talune attività comunali sono svolte attraverso l'esercizio di poteri autoritativi, di cui il Comune dispone in quanto amministrazione pubblica, s'intende semplicemente dire che il Comune può ricorrere all'uso di tali poteri e alla connessa imperatività dei precetti posti, perché rientra nel novero dei soggetti pubblici cui viene delegata la possibilità di definire l'assetto di interessi di un determinato caso concreto, a prescindere dal consenso dei soggetti coinvolti. Più specificamente, la dottrina ci ha ricordato che la nozione di imperatività del provvedimento è stata utilizzata per delimitare i confini che separano il diritto pubblico dal diritto privato, come evoluzione della distinzione tra atti di imperio e atti di gestione, B.G. MATTARELLA, *L'imperatività del provvedimento amministrativo*, Padova, 2000, 355 ss. e ID., *Attività amministrativa*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. CASSESE, Milano, 2006. Emerge chiaramente negli scritti a riguardo che la distinzione in questione (tra atti di imperio e atti di gestione) è legata, da un lato, al dualismo di giurisdizioni e, dunque, alle problematiche del riparto, e, dall'altro, è funzionale a delimitare l'area del diritto pubblico rispetto a quella del diritto privato. La dottrina ha anche approfondito il rapporto tra i caratteri dell'atto amministrativo e la concezione storico-giuridica dell'amministrazione, intesa come soggetto dell'ordinamento. Non potendo, neanche per approssimazione, riferire qui del complesso dibattito dottrinale a riguardo, perché ci porterebbe troppo lontano da ciò che è utile per affrontare le problematiche di cui al presente studio, si preferisce rinviare all'opera di R. VILLATA - M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2006, 1 ss., che contiene ogni riferimento utile in tema.

(4) Interessante la prospettiva storica di recente ripercorsa, con riferimento al rapporto tra amministrazione, diritto pubblico e diritto privato, da

M. TUCCI, *L'Amministrazione tra pubblico e privato e il principio di legalità dall'antichità ai giorni nostri*, Milano, 2008.

Chiarisce che non si tratta di due mondi completamente separabili, anche sviluppando riferimenti colti nel diritto sovranazionale, M. P. CHITTI, *Monismo o dualismo in diritto amministrativo: vero o falso dilemma?*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, 301 ss..

Riflette sul rapporto tra autorità e consenso, riprendendo il significato tradizionale del concetto di potere autoritativo e seguendone l'evoluzione F. G. SCOCA, *Autorità e consenso*, in *Dir. Amm.*, 2002, 431 ss.. Ivi in particolare, si chiarisce che: «Il termine autorità (o autoritatività) designa una nozione strettamente tecnico-giuridica, alla quale non sono consoni i sovraccarichi ideologici derivanti dal collegamento, ormai definitivamente spezzato, con la nozione di sovranità. La funzione amministrativa ha dismesso da tempo le vesti delle funzioni sovrane, per acquisire il più dimesso (ma aggiornato con l'idea della sovranità popolare) ruolo di (attività di) servizio. L'autorità, tecnicamente intesa, non è altro che eteroregolazione; il potere autoritativo è potere di disciplinare interessi altrui (anche senza il consenso e il concorso dei titolari degli interessi da disciplinare). L'autorità è pertanto attributo del potere; in particolare, per quanto interessa in questa sede, del potere precettivo. Non è attributo dell'atto nel quale (o con il quale) il potere viene esercitato; l'atto può qualificarsi semmai imperativo. Così è per il provvedimento amministrativo, almeno secondo una larga parte della dottrina e per la giurisprudenza. Va peraltro sottolineato che il potere precettivo dell'amministrazione può essere autoritativo, ossia capace di eteroregolazione, e può anche non esserlo», par. III.

Si tenga conto che l'attività, e non il provvedimento, è tornata ora al centro del dibattito dottrinale, anche in considerazione del fatto che essa (non il provvedimento) consente di evidenziare che il *proprium* della funzione pubblica risiede nella costruzione della fattispecie reale in confronto con una astratta. Tale processo può portare, alternativamente, all'uso del diritto pubblico o del diritto privato. Sul valore dell'attività e del procedimento L.R. PERFETTI, *Il procedimento amministrativo*, in Palma (a cura di), *Lezioni*, Corso di perfezionamento di amministrazione e finanza degli enti locali 2006-2007 e 2007-2008, Università di Napoli «Federico II» Dipartimento di diritto amministrativo e scienza dell'amministrazione, Napoli, 2009, 663 ss.. Riflessioni che si concentrano sul ruolo del procedimento nell'assunzione delle decisioni amministrative si ritrovano anche nel lavoro di A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative*, Napoli, 1997, spec. 167 ss.. Con ragionamenti in parte sovrapponibili, si era espresso sul valore imprescindibile dei principi del procedimento anche nell'amministrazione consensuale R. FERRARA, *La pubblica amministrazione fra autorità e consenso: dalla specialità amministrativa a un diritto amministrativo di garanzia?*, in *Dir. amm.*, 1997, 225 ss., spec. 259 ss..

uso, come vedremo più dettagliatamente a breve, in virtù del suo essere persona giuridica secondo i caratteri riconosciuti a quest'ultima dall'ordinamento (5).

(5) La duplicità degli schemi di azione che l'ente locale può porre in essere è data per assodata in dottrina. Ciò non ci pare possa comportare, come invece una dottrina mostra di ritenere tuttora, il riconoscimento della doppia capacità degli enti territoriali: l'una di diritto pubblico e l'altra di diritto privato. «La prima è la potestà sovrana o potestà di imperio che l'ente pubblico può esercitare sulle cose e nei confronti delle persone, il suo potere di emanare atti autoritativi (gli atti amministrativi), vincolanti per il loro destinatario anche contro la loro volontà. La seconda è, invece, l'attitudine riconosciuta all'ente pubblico di essere titolare di diritti e di doveri (capacità giuridica) e di compiere atti giuridici (capacità di agire) allo stesso modo dei privati.», F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, Milano, 2010, 299. La teoria della doppia personalità, che ha prodotto, come è noto, la già ricordata distinzione tra atti di imperio e atti di gestione, secondo l'impostazione che fu di O. RANELLETTI, *Per la distinzione degli atti di imperio e degli atti di gestione*, in *Studi in onore di V. Scialoja*, Milano, 1905, I, 703 ss., (alla quale distinzione è seguita poi la ben nota separazione tra potere giurisdizionale del giudice ordinario, sull'*attività*, e potere giurisdizionale del giudice amministrativo, sull'*atto*), è stata progressivamente superata. Già Santi Romano, negli scritti per il Trattato Orlando, proprio con riferimento all'ente pubblico Comune, chiariva che «Il Comune non si distingue più in due enti (uno dedicato ai rapporti privatistici e l'altro all'azione autoritativa, n.d.r), ma è ormai un ente solo, che è regolato, a seconda dei casi, dal diritto pubblico e dal diritto privato. (...) In modo che, da tale punto di vista e per evitare facili equivoci, sembra che, non solo debba non parlarsi del Comune come di due distinte persone, ma che sia bene non contrapporre nemmeno la sua personalità pubblica e quella privata, affermando invece che esso possiede una personalità unica, sia pure svolgentesi in campi diversi.». Gli scritti, pubblicati nel Trattato Orlando del 1908, sono ora raccolti nel volume: SANTI ROMANO, *Gli scritti nel Trattato Orlando*, Milano, 2005, 510.

La dottrina amministrativista successiva agli studi ranellettiani e di Santi Romano e, in particolare, il Miele, ha proseguito nell'elaborare l'idea del superamento della duplicità della persona giuridica pubblica: «La personalità è unica, e non è né di diritto pubblico né di diritto privato, giacché essere persona significa essere destinatari di norme giuridiche, titolari dei diritti ed obblighi che da queste, immediatamente o mediatamente, derivano», G. MIELE, *Principi di diritto amministrativo*, I, 1953, 8. Esiste cioè un ambito, trasversale, del diritto che investe e presuppone l'azione di qualsiasi istituzione, pubblica o privata, e contraddistingue, nell'esatta maniera, tutte le persone giuridiche, pubbliche o private che siano.

Sul tema della personalità giuridica dello Stato ha ripercorso le principali teorie classiche, anche in riferimento alla dottrina tedesca, G. BERTI, *La parabola dello*

Dal punto di vista organizzativo, l'utilizzo del diritto privato può tradursi anche nella costituzione o nella partecipazione a società interamente pubbliche o assieme a soggetti privati. In questo secondo ambito si collocano le nostre riflessioni.

La differenza tra i due generi di società, interamente pubbliche e miste, è particolarmente significativa nella prospettiva che si intende indagare e non ci consente di condurre una riflessione unitaria: qualora il Comune costituisca una società interamente pubblica (anche non gestita come affidataria *in house providing*) saremmo, difatti, al cospetto di un'entità strumentale in cui la sostanza, *pubblica*, e la forma, *privata*, dovrebbero essere combinate in un verso favorevole alla prima, nel senso che l'impiego della forma societaria non varrebbe ad eliminare completamente i vincoli gravanti sull'ente pubblico in virtù del suo essere pubblica amministrazione (si pensi, ad esempio, all'obbligo delle società interamente pubbliche di assumere per concorso). Diversamente, il caso delle società miste propone un modello che è principalmente (per non dire esclusivamente) assoggettato al diritto privato: ove il Comune partecipi o costituisca una società mista, l'ente pubblico condivide un progetto con un imprenditore o con un finanziatore, perciò il nuovo organismo non potrà essere inteso come semi-amministrazione (6), agendo invece, di regola (7), per la pre-

Stato (e dei suoi organi), in *Quaderni fiorentini*, Milano, 1983/83, Tomo II, 1001, ss..

La questione pare dunque ora pacificamente assodata nel senso di riconoscere agli enti pubblici una personalità giuridica unitaria, pur in presenza di due possibili esiti, privatistico o pubblicistico, dell'attività dell'amministrazione.

(6) Definizione che invece ha accompagnato la realtà delle società interamente pubbliche. Il termine compare nel rapporto Assonime *Principi di riordino del quadro giuridico delle società pubbliche*, Roma, settembre 2008, in <http://www.assonime.it>. Dalle società costruite come semi-amministrazioni si distinguerebbero quelle soggette interamente al diritto comune, nei confronti delle quali i profili di specialità restano assorbiti. In commento al rapporto citato, la dottrina ha anche ritenuto di poter individuare società per azioni con personalità di diritto pubblico, M. CLARICH, *Società di mercato e quasi amministrazioni*, in *Dir. amm.*, 2009, 253 ss. sostenendo che, «in fondo, le differenze tra la vecchia figura dell'ente pubblico economico, che, al di là degli aspetti organiz-

senza di capitale privato (8), sotto l'egida del diritto comune (9). Poiché il lavoro di ricerca verrà sviluppato con riferimento specifico alle società miste partecipate dagli enti locali, le considerazioni svolte, nella parte in cui ci si soffermerà su affermazioni a carattere generale, potranno essere considerate validi riferimenti, se non per le società interamente pubbliche, per lo studio delle società miste partecipate da enti pubblici, diversi dal Comune, che sottendono la medesima logica, ossia quella del partenariato pubblico-privato.

3. *La partecipazione a società miste nella prospettiva degli studi in argomento*

La curiosità verso l'utilizzo del veicolo societario di cui si è

zativi, agiva in regime di diritto privato, e certi tipi di società pubbliche sembrano davvero minime», 265.

(7) Salvo specifiche eccezioni previste dalla legge. Si pensi, per esempio, a quanto disposto dall'art. 32 comma 1 lettera c) del D. Lgs. n. 163/2006.

(8) Questo aspetto ha consentito alla dottrina di qualificare le società miste come soggetti con «gradiente di pubblicità a caratterizzazione debole», che si rafforza nel caso in cui la società mista sia destinata alla gestione di servizi pubblici locali e, dunque, a compiti di immediato interesse per la comunità locale, P. CHIRULLI, *Autonomia pubblica e diritto privato dell'amministrazione*, Padova, 2005, 261.

(9) Distingue il caso delle società interamente pubbliche affidatarie *in house* da quello delle società a capitale misto pubblico-privato, S. MONZANI, *Controllo analogo e governance societaria nell'affidamento diretto dei servizi pubblici locali*, Milano, 2009, specificando che la logica del controllo analogo non può essere menzionata per descrivere il fenomeno delle società miste, nonostante per esse una forma di ingerenza pubblica sulla gestione della compagine a capitale misto possa comunque essere costruita sulle basi offerte dalla riforma del diritto societario, 163 ss.. Ingerenza pubblica che, secondo l'Autore, dovrebbe essere mantenuta per «escludere qualsiasi rischio di deviazione dal perseguimento dell'interesse pubblico generato dall'interferenza derivante da interessi propri del socio privato», 186. Le differenze tra i due modelli sono descritte sinteticamente, nei tratti principali delle rispettive discipline, nel recente manuale di R. DE NICTOLIS - L. CAMERIERO, *Le società pubbliche in house e miste*, Milano, 2008.

detto è cresciuta soprattutto nel settore dei pubblici servizi (10), specialmente in virtù della necessità di assecondare la spinta europea verso modelli più flessibili e concorrenziali di gestione, capaci di recepire le domande degli utenti secondo le regole del mercato.

3.1. *Il dibattito pro concorrenziale*

In un tale contesto, la partecipazione del Comune a società, in associazione con imprenditori privati, ha costituito una contropinta all'allontanamento del soggetto pubblico dall'attività economica, altrimenti inevitabile per via dell'affermazione dei principi di concorrenza. Tanto che gli studi più recenti sulle società miste sono stati quasi interamente trascinati nel dibattito *pro* concorrenziale (11), che tende a valorizzare al massimo l'impiego del veicolo societario, in una visione principalmente privatistica (12) (nel

(10) L'interesse all'utilizzo delle società miste, proprio nel settore dei pubblici servizi, è destinato a crescere ulteriormente, ove si confermi l'indirizzo del legislatore nazionale tendente a ridurre gli ambiti di applicazione dei c.d. affidamenti in house e, con essi, l'impiego delle società interamente pubbliche. E' espressione di tale tendenza la riforma apportata all'art. 4 del D. L. n. 138/2011 ad opera, prima, della Legge n. 183/2011, varata a novembre 2011 e, da ultimo, dal Decreto Legge n. 1 del 24 gennaio 2012, contenente Disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività.

(11) Interessanti riflessioni su nozioni e principi europei, su cui si tornerà, in parte, nel corso del presente lavoro sono contenute nelle opere monografiche di A. PERICU, *Impresa e obblighi di servizio pubblico*, *Quaderni di Giurisprudenza commerciale*, Milano, 2001; ID., *La gestione dei servizi pubblici locali in forma societaria. Profili privatistici*, in AA.VV., *Studi in tema di forma societaria, servizi pubblici locali, circolazione della ricchezza imprenditoriale*, Torino, 2007; G. GUZZO, *Società miste e affidamenti in house: nella più recente evoluzione legislativa e giurisprudenziale*, Milano, 2009; D. GALLO, *I servizi di interesse economico generale*, Milano, 2010. Precursore della tendenza a studiare le società miste nell'ottica dei principi della concorrenza è stato P. PIRAS, *Servizi pubblici e società a partecipazione comunale*, Milano, 1994.

(12) Nel confronto con le norme del codice civile, l'argomento su cui la dottrina si è principalmente soffermata ha riguardato la necessità di chiarire il legame (e la compatibilità) tra scopo lucrativo e interesse pubblico, problematica che ha accomunato tutti i diversi tipi di società partecipate (interamente pubbliche o miste). Sul punto, si è anche sostenuto che la contrapposizione tra

i due aspetti sia stata eccessivamente enfatizzata: cfr. F. GOISIS, *Contributo allo studio delle società in mano pubblica come persone giuridiche*, Milano, 2004, che parte dalla seguente condivisibile premessa: “laddove il legislatore preveda la possibile o necessaria costituzione di una società in mano pubblica, lo fa proprio per far sì che una determinata attività sia esercitata secondo le regole proprie del contratto di società”, 218, e dunque “nella normalità dei casi, il richiamo all’istituto societario, comporterà una scelta nel senso della massimizzazione degli interessi economici comuni ai soci”, 219. L’Autore conclude con una prospettiva particolarmente interessante, in quanto giunge ad un temperamento tra interesse economico (interno alla società) ed interesse pubblico (esterno alla stessa): ritenendo che “la caratterizzazione lucrativa del soggetto societario troverà il suo fondamento legislativo non solo nel Codice civile, ma anche nella norma amministrativa che al Codice rinvia, laddove prevede la utilizzazione di un istituto codicistico, nell’organizzazione di attività pubbliche. (...) Ma anche laddove l’attività della società finisca per essere incanalata, materialmente, verso la soddisfazione dell’interesse pubblico, quest’ultimo sta al di fuori della società, e non ne costituisce causa interna, ma (semmai) fattore, esterno, di (parziale) condizionamento”, 220.

Sempre Goisis, ha individuato specificamente i riferimenti di diritto comunitario, legislativo e giurisprudenziale, che si oppongono alla pubblicizzazione delle società a partecipazione pubblica, ID., *La natura delle società a partecipazione pubblica tra interventi della Corte europea di Giustizia e del legislatore nazionale*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2008, 396 ss. ancora in chiave privatista, R. WEIGMANN, *Le imprese di servizi pubblici locali dopo la riforma societaria*, in *Scritti in onore di V. Buonocore*, III, Milano, 2005.

Altra impostazione, parimenti rilevante, è quella di M. RENNA, *Le società per azioni in mano pubblica*, Torino, 1997. L’Autore, tra i primi ad aver approfondito questi temi, ha riletto il rapporto tra interesse pubblico e scopo lucrativo, smitizzando l’essenzialità di quest’ultimo, “giusta la compatibilità di uno schema causale pubblicistico con un modulo societario, per quanto si è visto, causalmente neutralizzato”, 101. In sintesi, la tesi sostenuta nel lavoro di Renna muove dalla premessa che lo scopo lucrativo non sia da considerarsi elemento causale, necessario ed imprescindibile, dell’esperienza societaria, che avrebbe dimostrato di dare spazio ad altri modelli, in grado di superare quello basato esclusivamente, o prioritariamente, sullo scopo di lucro.

Accerta la compatibilità tra l’utilizzo dello strumento societario e il perseguimento degli interessi pubblici, Franco Scoca, il quale segnala, in conclusione alle proprie riflessioni, una certa preoccupazione per lo snaturamento del modello societario e per la carenza di previsioni normative organiche che aiutino a chiarire la disciplina applicabile alle società a partecipazione pubblica e alle società interamente pubbliche, anche per rapporto al diritto comune, F.G. SCOCA, *Il punto sulle società pubbliche*, in *Dir. econ.*, 2005, I, 239 ss..

Sebbene in una prospettiva più ampia, volta a descrivere nei dettagli il mondo delle società partecipate dagli enti locali, è quello indicato il taglio prevalente-

senso sia organizzativo sia gestionale) dell'intervento dei pubblici poteri nell'economia.

Dunque, si può precisare che, nonostante la società mista sia stata supportata, fino ai primi anni novanta, da orientamenti, ancora di recente ribaditi (13), tendenti a metterne in evidenza il legame, strutturale, con l'ente pubblico, al fine di consentire di procedere ad affidamenti diretti da parte dell'ente-socio, l'istituto in questione, oggi, attira consensi prevalentemente per via dell'opzione concorrenziale ad esso sottesa, che si sostanzia nella necessità di indire una gara per la scelta del socio privato (14). In particolare, a quest'ultimo riguardo, il diritto europeo ha contribuito a chiarire, riferendosi alle società miste di gestione dei pubblici servizi, che il ricorso alla società mista (a differenza dell'affidamento *in house*) è perfettamente compatibile con

mente mantenuto nello scritto, dedicato specificamente alle società partecipate dagli enti locali, di M. CAMELLI - A. ZIROLDI, *Le società a partecipazione pubblica nel sistema locale*, Rimini, 1999.

(13) Il parere del Cons. Stato, 18 aprile 2007, n. 456 ha approfondito proprio questo aspetto, restando un riferimento importante in argomento, nonostante alcuni dei passaggi logici argomentati appaiano criticabili. La richiesta di parere proveniva dal Ministero delle politiche agricole e forestali, e riguardava la possibilità, per un'Agenzia del suddetto Ministero, di affidare direttamente un determinato servizio (il sistema informativo agricolo nazionale) ad una società mista, in cui il socio privato era stato scelto con gara, secondo i criteri esposti dalle Comunicazioni della Commissione. In particolare, secondo il Consiglio di Stato, il meccanismo della società mista (e non, si badi bene, l'affidamento diretto alla stessa) doveva reputarsi legittimo in quanto "essa non costituisce, 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 stessa". La costituzione di un'entità a capitale misto veniva a giustificarsi, in tale impostazione, con la maggiore «comodità» di un controllo interno da parte dell'amministrazione, in sostituzione del controllo esterno, esercitato secondo i canoni tradizionali dell'esercizio dei poteri autoritativi di vigilanza del committente. Alcune critiche sull'impostazione appena riferita si trovano nel commento già personalmente svolto in occasione della pubblicazione del volume AA.VV., *La riforma dei servizi pubblici locali*, a cura di R. VILLATA, Milano, 2011, 143 ss..

(14) Privato che, viceversa, non potrebbe essere presente, a nessun titolo, ove una certa attività continuasse ad essere gestita tramite un'azienda speciale piuttosto che tramite una società interamente pubblica.

l'affermazione delle regole di concorrenza, dal momento che gli imprenditori interessati possono contendersi, in una procedura ad evidenza pubblica, la partecipazione alla società e, per l'effetto di quest'ultima, la gestione del servizio (15).

Dobbiamo però specificare che l'affidamento diretto effettuato dall'ente pubblico-socio, che diventa così anche ente affidante, cui si è fatto riferimento poco fa, non è un elemento imprescindibile per la definizione del concetto di società mista. Si tratta di una peculiarità propria di alcune discipline, come quella dei pubblici servizi, che peraltro dà luogo a problematiche del tutto particolari, di cui, non ultima, l'eventualità di un conflitto di interessi tra ente pubblico-affidante ed ente pubblico-socio (16).

(15) In quest'ottica, si deve alla Commissione Europea e alla Corte di Giustizia, prima che al legislatore nazionale, la rivitalizzazione della società mista, nel settore dei servizi pubblici, come strumento in grado di mantenere il servizio in regime di concorrenza, almeno nella fase della selezione del socio privato, scelto in funzione dell'attività che si intende affidare alla società mista. Ci si riferisce in particolare: a) alla Comunicazione della Commissione del 12 aprile 2008 che ha consacrato il regime della doppia gara per la scelta del socio e, dunque, l'affidamento diretto alla mista e b) alla sentenza *Acoset*, Cgce, Sez. III, 15 ottobre 2009, in C-196/08, con commento di G.F. NICODEMO, *Società miste: il giudice europeo detta le condizioni per l'affidamento diretto*, in *Urb. e app.*, 2010, 158 ss. e di A. BROWN, *Selection of the Private Participant in a Public-private Partnership which is entrusted with a Public Services Concession: Acoset (C-196/08)*, in *Public Procurement Law Review*, 2010, NA 45 ss.. Non vi è spazio, in questa sede, per approfondire dettagliatamente le diverse sfaccettature inerenti alla scelta con gara del socio privato, si rinvia quindi a riguardo a quanto ripercorso in S. VALAGUZZA, *Il conferimento della gestione dei servizi pubblici in favore di società miste*, in AA.VV., *La riforma dei servizi pubblici locali*, cit., spec. 169 ss..

(16) Segnala la tensione tra il controllo interno che vorrebbe esercitare il socio pubblico nella società mista e l'autonomia degli amministratori, i quali devono agire nell'interesse della società e non dei singoli soci (quindi nemmeno dell'ente pubblico-socio), F. TRIMARCHI BANFI, *Lezioni di diritto pubblico dell'economia*, Torino, 2009, 44. La studiosa ha sottolineato anche che "il modello legale non pone prescrizioni intese a salvaguardare gli interessi del socio pubblico in quanto responsabile del servizio che è affidato alla società, e credo che questo non accada per caso: il contratto assorbe tutto ciò che riguarda la gestione del servizio, e ciò è coerente con la posizione del socio pubblico all'interno della società, nel senso che la qualità di socio non è e non deve essere il tramite per l'intervento dell'ente locale nella conduzione del servizio",

Diversamente, non è escluso che una società mista, partecipata da un certo Comune, operi in favore di un altro Comune, come affidataria di un'opera, di una fornitura o di un servizio, all'esito di una procedura ad evidenza pubblica (dunque non di un affidamento diretto).

È invece elemento imprescindibile, per qualsiasi società mista (non solo per le società miste di gestione dei pubblici servizi) (17), che il socio privato venga scelto tramite una selezione comparativa.

Ecco perché le preoccupazioni teoriche e pratiche si sono allora concentrate sui meccanismi di selezione del socio, cercando di individuare (necessità non trascurabile) i contenuti della gara (per la scelta del *partner*) e le sue concrete modalità di svolgimento (18). Sarebbe stato facile prevedere quello che è di recente avvenuto, ossia che gli studi giuridici si mescolassero, a questo punto, con le riflessioni economiche e di analisi economica del diritto (19), alla ricerca di un archetipo statutario che garantisca la duttilità del veicolo, perseguendo, assieme, i criteri tradizionali dell'efficienza economica propri di ogni attività imprenditoriale (20).

F. TRIMARCHI BANFI, *Il principio di legalità e l'impiego del diritto privato per compiti dell'amministrazione pubblica*, in *Amministrare* 2008, 5 ss. spec. 19.

(17) Per le ragioni che verranno meglio evidenziate nel capitolo quarto, par 2.

(18) L'interesse del mercato ad un'operazione del genere dipende, è fin troppo ovvio, non solo dall'attività di cui la società si proponga l'esercizio, ma anche dallo specifico ruolo che il *partner* potrà giocare e dal suo grado di autonomia piuttosto che dai vincoli imposti dallo Statuto.

(19) È questa l'impostazione seguita nel corposo saggio di A. PERICU, *La gestione dei servizi pubblici locali in forma societaria*, cit.; con accenni anche al *welfare* e ai diritti sociali, si richiama il recente lavoro di D. GALLO, *I servizi di interesse economico generale*, cit., che osserva i pubblici servizi in una prospettiva generale, soffermandosi sull'assottigliamento della distinzione tra pubblico e privato, alla luce di una rimodulazione del rapporto tra i due, dovuta ai principi della costituzione economica e sociale europea.

(20) La dottrina degli ultimi anni ha molto approfondito, infatti, la logica dell'efficienza e, a partire dall'esame della matrice culturale dei principi ad essa connessi, ha ulteriormente sviluppato l'attitudine dei diversi modelli di attività amministrativa a produrre risultati idonei per il soddisfacimento degli

3.2. *Il superamento dell'impostazione pubblicista*

Le esigenze del mercato e la volontà di rendere interessante per gli operatori privati, dal punto di vista delle prospettive economiche, la partecipazione ad una gara per la costituzione di una società mista hanno condotto, gradualmente, ad abbandonare l'impostazione teorica (prevalente per tutti gli anni novanta) che tendeva a confermare la presenza, nella società mista, specie se di gestione dei pubblici servizi, di ampie facoltà pubblicistiche (21),

interessi pubblici. Individua parametri di efficienza prevalentemente con riferimento all'attività amministrativa tradizionale (non privatizzata) L. MERCATI, *Responsabilità amministrativa e principio di efficienza*, Torino, 2002.

(21) Invocate, ad esempio, da M. DUGATO, *Le società per la gestione dei servizi pubblici locali - Quaderni del Giornale di diritto amministrativo*, Milano, 2001, 127. Più in generale, S. CASSESE, *Quattro paradossi sui rapporti tra poteri pubblici ed autonomie private*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2000, 389 ss. e ID. *Le trasformazioni del diritto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2002, 27 ss..

Sul rapporto tra diritto privato, diritto pubblico e società partecipate da enti pubblici, le diverse impostazioni della dottrina nella prospettiva accennata nel testo emergono in AA.VV., *La società "pubblica" tra diritto privato e diritto amministrativo* - Atti del Convegno, Padova, 8 giugno 2007, a cura di V. DOMENICHELLI, Padova, 2008.

Nel senso cui si è accennato, parla di «oggettiva ambiguità» dello strumento societario, lasciando intendere tutta la complessità dell'argomento, S. PAJNO, *Gli enti locali e gli strumenti di diritto privato*, in *Dir. amm.*, 2010, 555 ss.: «In qualche modo l'utilizzazione del modulo societario nel settore dei servizi pubblici locali ha un valore *simbolico*, nel senso che esso segna ad un tempo l'*inserzione* della strumentazione di diritto comune nell'ambito di un sistema fino ad allora legato alla tipizzazione propria del diritto pubblico e la *modificazione* di tale strumento per le ragioni legate alla necessità di assicurare l'interesse pubblico prevalente. In una logica in cui pubblico e privato sembrano scambiarsi le parti per convergere in un regime che non può non essere letto come sostanzialmente unitario, gli strumenti di diritto privato si fanno organizzazione del soggetto pubblico per lo svolgimento di funzioni di primaria importanza secondo regole ispirate ai principi di efficienza, efficacia ed economicità, mentre gli strumenti tipici del regime pubblicistico - su tutti le procedure di evidenza pubblica - acquistano una connotazione legata alla garanzia dei soggetti privati, dal momento che mantengono la loro presenza ma modificano il loro oggetto, e divengono strumenti chiamati a garantire il principio di concorrenza, ed attraverso questo, l'interesse ad una scelta capace di realizzare l'interesse pubblico. Il risultato è una disciplina in cui si sovrappongono direttive comunitarie, indicazioni della giurisprudenza, comunitaria e nazionale, e disposizioni statali,

in favore del socio pubblico, soprattutto tramite il riconoscimento di poteri di nomina diretta in capo all'ente pubblico di taluni componenti degli organi societari e di intensi controlli sull'attività (riconfermando, pur talvolta sotto mentite spoglie, il potere di controllo che accompagnava la costituzione delle aziende speciali).

Anche qui, il diritto europeo ha avuto un ruolo importante. Infatti, l'indebolimento di questa linea di pensiero è dipeso, in gran parte, dalle posizioni della Commissione e dagli interventi della Corte di Giustizia (basti pensare alla censura dei poteri speciali attribuiti, anche statutariamente, al socio pubblico (22)) che, affermando la soggezione delle società partecipate da pubblici poteri al regime del diritto comune, hanno comportato importanti critiche all'impostazione appena riferita.

Nondimeno, sul rifiuto per una rediviva pubblicizzazione di ciò che si era appena privatizzato hanno inciso i contributi di alcuni studiosi del diritto commerciale, volti a scongiurare il rischio di uno snaturamento del contratto di società, nel rispetto dei lineamenti essenziali del «tipo» per come enunciati dal codice civile (23).

nella quale è alla fine, il *dato normativo* e non la scelta frutto dell'autonomia privata a rivestire un ruolo fondamentale: è la norma - nazionale o comunitaria - che autorizza il ricorso al modulo societario; è la norma che limita le opportunità di utilizzazione; è la norma che esclude o limita, in determinati casi, la possibilità di ricorrere allo strumento societario. Si tratta, quindi, di un regime, come quello pubblicistico, caratterizzato da autorizzazioni o da divieti posti da norme», par 18.

Diversa è la posizione di G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2010, *passim*, che parla di «pseudopubblicità» delle società in mano pubblica, per affermarne schiettamente la natura privata.

Riflette, in questo senso, sulla specialità delle società a partecipazione pubblica anche M. CLARICH, *Società di mercato e quasi amministrazioni*, cit., 253 ss..

(22) CGCE, 6 dicembre 2007, in C-463 e 464 del 2004 e CGCE 6 dicembre 2007, in C-463/04 e in C- 464/04. Sui poteri di nomina, di recente, A. MALTONI - M. PALMIERI, *I poteri di nomina e di revoca in via diretta degli enti pubblici nelle società per azioni ex art. 2449 cc.*, in *Dir amm.*, 2009, 267 ss.. Cfr. anche citazioni in nota (25).

(23) Tra i più recenti, C. IBBA, *Servizi pubblici e diritto societario*, in AA.VV., *Studi in tema di: forma societaria, servizi pubblici, circolazione della ricchezza imprendito-*

In particolare, è stata constatata (24) la riluttanza delle amministrazioni a dare piena applicazione alle norme del codice civile nei confronti delle società miste. In questo senso: «*vi è un'enorme difficoltà ad accettare la mancanza, in capo all'ente pubblico socio, di poteri di stampo pubblicistico (o comunque "gerarchico") che gli consentano di condizionare pesantemente la gestione della società (invece di limitarsi a scegliere e controllare i gestori). La sensazione, insomma, è che talvolta lo strumento societario venga scelto per la gestione di servizi pubblici, o per l'esercizio di altre attività di interesse pubblico, senza la consapevolezza dei presupposti e delle implicazioni di tale scelta, sol perché è "di moda" (...)*» (25).

In quest'ottica, è andata affermandosi la necessità di smantellare quei *residui di pubblicismo*, dalla discutibile compatibilità con la soggezione della società mista alle regole del codice civile (26). Conseguentemente, anche l'espressione *società pubbliche* è apparso inadeguato e contraddittorio «*abbinando due termini (dai significati) per certi versi antitetici*», perché «*sembra predicare la natura pubblica di enti (quelli societari) situati nell'ambito del diritto privato e regolati dal codice civi-*

riale , Torino, 2007, 179 ss.; F. GALGANO, *Diritto commerciale - Le società*, Bologna, 2009, 445 ss..

(24) C. IBBA, *Servizi pubblici e diritto societario*, in AA.VV., *Studi in tema di: forma societaria, servizi pubblici, circolazione della ricchezza imprenditoriale*, Torino, 2007, 179 ss..

(25) C. IBBA, *Servizi pubblici*, ult. cit., 181.

(26) Rilegge, ad esempio, la nomina pubblica alle cariche sociali in chiave privatistica, con un testo carico di spunti teorici non usuali per gli studiosi del diritto amministrativo, V. DONATIVI, *Nomina pubblica alle cariche sociali nelle società per azioni*, Torino, 2010. Più in generale e con la medesima impostazione F. SANTONASTASIO, *Le società di diritto speciale*, Torino, 2009.

In uno studio recente, dedicato al diritto amministrativo, si dimostra che anche la dottrina pubblicista riconosce il diritto privato come diritto *comune*, senza che debbano introdursi automaticamente deroghe derivanti dallo *status* pubblico del soggetto agente: S. SCOCA, *Evidenza pubblica e contratto: profili sostanziali e processuali*, Milano, 2008: «Anche prescindendo dalla odierna finalità dell'evidenza pubblica, si deve osservare che se l'amministrazione vuole utilizzare strumenti di diritto privato, essa è da trattarsi, in linea di principio come qualsiasi privato che contratta (e rischia). Mantenere reti di sicurezza comporta che si avranno amministrazioni irresponsabili che non temono di sbagliare perché non ne subiscono le conseguenze che dai medesimi errori subirebbero i privati.», 6.

le» (27).

Ciò precisato, si può capire anche perché utilizzeremo, nel corso del presente lavoro, i termini «*società a partecipazione pubblica*» in luogo di «*società pubbliche*».

Ricapitolando quanto detto sinora, per effetto del diritto europeo, e con una presa di coscienza sempre maggiore delle conseguenze derivanti dall'utilizzo del diritto privato, la riflessione della dottrina si è ora concentrata: a) sulla necessità di mettere in concorrenza determinate attività e sul perseguimento dei criteri economici dell'efficienza imprenditoriale, se ci si riferisce, nello specifico, al settore dei pubblici servizi, nonché: b) sulla possibilità di perseguire i fini istituzionalmente attribuiti agli enti pubblici utilizzando il codice civile, in generale.

Nel contesto descritto, alcuni aspetti risultano però estranei alle riflessioni inerenti alle società miste a partecipazione comunale. In particolare, qual è il rapporto tra Comune e contratto di società? Quando e come è possibile dare vita ad una società mista? Che limiti, se di limiti si può parlare, derivano dalla natura pubblica del soggetto contraente?

Proprio questi interrogativi necessitano di una risposta urgente, se si considerano le problematiche attuali, sollevate anche dai recenti interventi normativi e giurisprudenziali che hanno interessato il tema.

Ad essi, perciò, si è deciso di dedicare le riflessioni che seguono.

4. *La prospettiva del presente lavoro: un contributo sull'analisi del rapporto tra ente locale e diritto privato. Se, come e quando un Comune può partecipare ad una società mista. Problemi e avvertenze*

La possibilità per l'ente locale di partecipare ad una società,

(27) In questo senso si è espresso in uno dei suoi numerosi contributi sul tema in studio C. IBBA, *Società pubbliche e riforma del diritto societario*, in *Riv. soc.*, 2005, 1 ss..

con uno o più soggetti privati, non si fonda su una norma generale che consenta all'amministrazione di utilizzare, sempre e comunque, il veicolo societario. Del resto, parimenti non esiste, ad esempio, una disposizione che, sempre in via generale, consenta all'amministrazione di stipulare contratti di locazione, piuttosto che contratti atipici.

Se non si dubita però che l'amministrazione possa stipulare contratti di locazione o essere parte di contratti (28) atipici, tanto che in dottrina si è parlato fin di un *principio contrattuale dell'attività amministrativa* (29), si è dubitato, invece, enfatizzando, da un lato, la natura pubblica del soggetto, dall'altro, lo scopo lucrativo delle società, che l'ente pubblico sia legittimato a dare vita a fenomeni associativi ascrivibili ai tipi di società descritti dal codice civile, in assenza di una norma espressamente autorizzatoria (30).

Dunque: non esiste una previsione che, in senso positivo, abbia esplicitato e generalizzato tale facoltà; ne è stata invece di recente adottata una (31) che, in senso negativo, ha introdotto un divieto, escludendo che gli enti pubblici possano costituire società aventi per oggetto produzione di beni e servizi non strettamente necessari al perseguimento delle proprie finalità istituzionali.

Si tratterà, a questo punto, di capire se il legislatore, con la norma del cui tenore si è appena riferito, abbia voluto introdurre un principio in grado di definire restrittivamente, una volta per tutte, il rapporto tra ente pubblico e contratto di società, o se,

(28) Il tema, in generale, è presentato nei suoi tratti essenziali nella voce di P. VIRGA, *Contratto (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, 979 ss..

(29) L'espressione è di G.BERTI, *Il principio contrattuale nell'attività amministrativa*, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, Milano, Vol. II, 1988, 49 ss., poi ripreso ripercorrendo le tesi esposte intorno al rapporto tra amministrazione e contratto, con l'obiettivo di fondo di confrontarsi con la compatibilità tra modi di agire privatistici dell'amministrazione e modi di essere del soggetto pubblico, da S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Contributo al principio contrattuale nell'attività amministrativa*, Torino, 1997.

(30) Da ultimo lo ha negato l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato; cfr. successivo par. 7.1..

(31) Ci si riferisce alla L. 24 dicembre 2007, n. 244, art. 3 comma 27.

piuttosto, il divieto introdotto debba intendersi come espressione di un'esigenza contingente (32).

Il significato del presente lavoro, dal punto di vista dogmatico, è quindi quello di accertare *se, quando e come* un Comune possa costituire o partecipare ad una società assieme ad uno o più soggetti privati. In questo senso, l'indagine che sta per essere svolta ha una sua utilità collocandosi in un filone diverso da quello degli studi richiamati nei paragrafi precedenti, perché si pone, rispetto ad essi, *a monte*, nel senso che osserva la vicenda della partecipazione pubblica in società dal lato della capacità negoziale dell'ente locale e dei vincoli che essa eventualmente subisca per via di norme di legge o di principi appartenenti al diritto pubblico (33).

Bene, sul *se*, è immediata la risposta affermativa, almeno nei casi in cui il diritto vigente prevede che una determinata attività possa essere svolta da una società mista (come nel caso della gestione dei servizi pubblici locali) (34).

Tuttavia, osservando il diritto in azione, la realtà ci offre una molteplicità di casi in cui i Comuni partecipano a società al di fuori di casi espressamente presi in considerazione dalle norme (35). In queste situazioni, va affrontato specificamente anche

(32) Alla normativa appena richiamata saranno dedicati specificamente, i seguenti par. 7.1. e 7.1.1..

(33) Un'impostazione simile si ritrova in una monografia dedicata ad approfondire il tema della partecipazione dello Stato a società: A. ROSSI, *Profili giuridici della società a partecipazione statale*, Milano, 1977, spec. 32 ss.. Ivi si precisa che il problema relativo all'inserimento dell'amministrazione nell'ambito dell'ordinamento societario è un problema di autonomia privata, e dunque va risolto a partire dall'esame della relazione intercorrente tra P.A. e diritto privato.

(34) Con riferimento alla possibilità per lo Stato di partecipare a società, postosi in astratto il quesito, rispondeva assentivamente quella dottrina che ragionava, in via deduttiva, sulla presenza di norme, contenute nel codice civile (artt. 2458 cc. e 2459 cc.), dalle quali si poteva inferire che l'ordinamento avesse considerato e valutato positivamente quella situazione: A. ROSSI, *Profili giuridici della società a partecipazione statale*, cit., 36.

(35) Cioè da norme appartenenti convenzionalmente al diritto amministrativo, che richiamino la possibilità per l'ente locale di partecipare o dare vita a società miste per lo svolgimento di una determinata attività.

l'interrogativo che riguarda il *se* sia legittimo che un Comune costituisca o partecipi a società.

Strutturalmente, poi, l'evenienza in cui il Comune si proponga di istituire o di partecipare ad una società si risolve in un procedimento complesso in cui l'ente pubblico delibera, per *ragioni proprie*, di diventare parte di un rapporto contrattuale che risponde ad uno dei tipi societari regolati dal codice civile. Dunque, sul *quando* e sul *come*, il discorso richiede, in entrambe le ipotesi enunciate (cioè sia nel caso si tratti di società miste costituite sulla base di specifiche previsioni di legge sia nel caso di società miste che non trovano riscontro in specifiche disposizioni di legge), di approfondire il rapporto tra ente locale e codice civile, valutando se gli enti pubblici soffrano di particolari limitazioni all'autonomia privata (e, prima ancora, se di autonomia privata degli enti pubblici si possa parlare) e se i principi propri del diritto amministrativo, *in primis* quello di legalità, debbano, ed eventualmente in che maniera, trovare spazio qualora un'amministrazione si avvalga di strumenti del diritto privato.

Poiché il Comune, per le ragioni che verranno in seguito esposte (36), in quanto persona giuridica pubblica, anche ove si determini ad utilizzare strumenti di diritto privato, è *contestualmente* (37) soggetto a previsioni appartenenti alla sfera del diritto pubblico, le norme in tema di obbligazioni e contratti dovranno, in altre parole, essere coordinate con disposizioni pubblicistiche che trovano applicazione nei confronti dell'ente locale. Ne segue che sarà necessario intendersi su quali siano le regole di diritto pubblico in grado eventualmente di influenzare, da un lato, la legittimità della deliberazione con cui si manifesti la volontà di costituire o

(36) Si rinvia sul punto al capitolo terzo.

(37) Nel nostro ragionamento, il richiamo alla contestualità ha un valore particolare, perché significa intendere sullo stesso piano norme del codice civile e norme di diritto pubblico, ritenendo non corretto considerare il diritto pubblico come limite al diritto privato ove il soggetto pubblico agisca utilizzando le norme del codice civile. Piuttosto, diritto privato e diritto pubblico devono essere coordinati per non tradire la natura *pubblicistica* del soggetto e la natura *privatistica* dello strumento prescelto. Approfondimenti su questa importante precisazione saranno svolti successivamente al capitolo terzo.

partecipare ad una società mista e, dall'altro, la concreta definizione dello statuto della società partecipata.

Possiamo anticipare, in questi cenni introduttivi, che il fenomeno della partecipazione comunale a società risente, da un lato, dell'ampiezza della capacità degli enti pubblici di utilizzare strumenti propri del diritto privato e, dall'altro, del ruolo istituzionale del Comune, tenuto ad agire entro i confini determinati dalla legge, che ne definisce le specifiche attribuzioni. Entrambi gli elementi menzionati si riflettono sulla concreta configurazione del contratto che porta alla costituzione della società e sull'analisi che accompagna la valutazione dell'ente di acquisirne partecipazioni. Su entrambi perciò ci concentreremo.

Va chiarito pure che la prospettiva nella quale ci si muove è, dunque, diversa da quella, più ampia, del rapporto tra ente locale e diritto privato (38). Si tratta, infatti, di ragionare sul tema, pur sempre attiguo, ma più specifico, dell'utilizzo di strumenti negoziali e, in particolare, del contratto, quindi non del diritto privato e dei suoi istituti in generale.

L'utilità dello studio, sempre che i risultati dello stesso vengano ritenuti accettabili, sarà quella di ricondurre la partecipazione societaria alla capacità di diritto privato dell'ente locale, espressa nella stipula del contratto di società. Con l'obiettivo, non secondario, di fornire parametri che consentano di cogliere le implicazioni delle valutazioni, discrezionali, che portano il Comune ad investire nella partecipazione in società miste piuttosto che in altre operazioni, di natura pubblicistica o privatistica che siano.

Si avverte sin d'ora il lettore che non troverà, nelle pagine seguenti, una parte autonoma, specificamente dedicata al diritto comparato o al diritto europeo. La scelta sul punto merita una spiegazione: i diritti stranieri e il diritto europeo sono stati oggetto di studio e, come potrà essere verificato, hanno consentito di prendere in considerazione alcuni aspetti non esaminati dalla dot-

(38) Tema al quale la dottrina si è ampiamente dedicata, e sul quale verranno spese alcune considerazioni nel corso dei capitoli secondo e terzo del presente lavoro.

trina nazionale. Difatti, se ne darà conto, orizzontalmente, durante tutto il corso del presente lavoro.

Tuttavia, i problemi individuati verranno esposti ed analizzati facendo prevalentemente riferimento al sistema nazionale, per facilitare così la sistematica dell'esposizione, rendendola più sintetica e lineare. Del resto, l'intera problematica, come si potrà facilmente verificare, sottende quesiti che andranno affrontati considerando categorie giuridiche proprie del nostro ordinamento giuridico, tra cui l'autonomia privata e il principio di legalità.

Come si è già chiarito, l'oggetto della ricerca verte attorno ad aspetti legati non alla tutela della concorrenza e del mercato (che pur sarebbero imprescindibili se si volesse riflettere, in maniera generale, sulla categoria delle società miste), quanto piuttosto al rapporto tra ente locale e autonomia negoziale. Il campo delle società miste è, in questa prospettiva, un ambito di sperimentazione (tra i tanti possibili) di concetti dogmatici da anteporre, perché non riguardano l'attività, bensì l'esistenza stessa delle società miste.

Ciò premesso, possiamo ora procedere nel percorso di ricerca appena tracciato, dedicandoci, preliminarmente, all'osservazione del fenomeno della partecipazione comunale a società miste nei suoi tratti essenziali.

5. *Il mondo delle società a partecipazione comunale. Prime coordinate*

Un limite che emerge, in generale, riguardo alla partecipazione degli enti pubblici in società, sebbene indirettamente, dal diritto positivo (39), è costituito dal divieto di partecipare a socie-

(39) La possibilità per gli enti pubblici di partecipare solo a società di capitali si può dedurre dalla lettura dell'art. 42 comma 2 lettera e) del D. Lgs. n. 267/2000, il quale attribuisce al consiglio comunale la possibilità di organizzare la partecipazione dell'ente «a società di capitali».

Il limite di cui si parla nel testo si poteva già dedurre dalle prime formulazioni normative che si sono inserite in una prassi piuttosto variegata: l'art. 22 della l.

tà di persone (40). Divieto la cui *ratio* si coglie tenendo conto della necessità di proteggere, da un'eventuale aggressione dei creditori sociali, il patrimonio dell'ente pubblico socio che, laddove fosse applicabile la disciplina delle società di persone, potrebbe essere intaccato (41). È interessante notare che, analogicamente, per ragioni di conservazioni del patrimonio facente capo al socio ma dedicato a fini specifici, si è negato anche alle organizzazioni con fini sociali di partecipare a società che prevedano la responsabilità illimitata dei soci. Si tratta cioè di evitare che strutture nate non per scopo di lucro, come gli enti pubblici e le organizzazioni sociali, attraverso la partecipazione in società, possano perdere la disponibilità di fondi, destinati, istituzionalmente, al raggiungimento di fini pubblici o sociali.

n. 142/1990, in tema di servizi pubblici, faceva riferimento, ancora più restrittivamente, alla possibilità per gli enti locali di costituire società per azioni. Sia l'art. 113, comma 5, del D. Lgs. n. 267/2000 sia l'art. 23 *bis* del D. L. n. 112/2008, ora abrogato, sia l'art. 4 del D. L. n. 138/2011, contenente la disciplina vigente per l'affidamento della gestione dei servizi pubblici locali, non fanno espresso riferimento alle società di capitali. La legge istitutiva del Ministero della partecipazioni statali, anch'essa abrogata, prevedeva la partecipazione dello Stato «in società per azioni».

(40) A riprova di quanto affermato nel testo, là dove la legge ha ammesso la partecipazione di enti pubblici in società di persone ha introdotto una deroga espressa alle regole della responsabilità patrimoniale, esplicitando che, in nessun caso, eventuali perdite della società partecipata possono ricadere sulla gestione dell'ente pubblico partecipante. Questo è quello che è stato previsto, ad esempio, dal D. Lgs. n. 288/2003, in tema di Riordino della disciplina degli Istituti di ricovero e cura a carattere scientifico, a norma dell'articolo 42, comma 1, della legge 16 gennaio 2003, n. 3.

A. ROSSI, *Profili giuridici della società a partecipazione statale*, cit., 42 riteneva inammissibile la partecipazione dello Stato a società in nome collettivo, considerato che le norme di contabilità non consentivano alla P.A. l'assunzione di obbligazioni che non fosse possibile determinare nel loro esatto ammontare (cosa che invece sarebbe accaduta ove il socio pubblico avesse potuto trovarsi a rispondere solidalmente e illimitatamente per le obbligazioni assunte dalla società).

(41) Anche se, come vedremo nel corso del quarto capitolo par. 4.1., ove si ritenesse estendibile all'ente pubblico la responsabilità inerente all'attività di direzione e controllo, se non schermata da una struttura societaria *ad hoc*, si rischierebbe di riaprire la possibilità per i creditori di aggredire, direttamente, il patrimonio comunale.

Il mondo delle società a partecipazione comunale, come si accennava, trova in parte riscontro nelle norme del diritto positivo, in altra parte si sviluppa autonomamente nella prassi.

Vediamo di riassumere, tentando una divisione per categorie, quello che accade nella realtà giuridica e fenomenica e che sarà oggetto di analisi, più nel dettaglio, nei paragrafi seguenti.

Il diritto positivo offre numerosi esempi di norme che presuppongono la possibilità, per il Comune, di costituire società e operare in determinati settori. Il caso delle società miste costituite per la gestione dei pubblici servizi, già ricordate per il numero e l'importanza degli studi in argomento, è quello più noto (42). Il

(42) Sulle principali problematiche afferenti alla gestione in forma societaria delle attività di servizio pubblico, si segnala ancora il saggio di A. PERICU, *La gestione dei servizi pubblici locali in forma societaria*, cit., 183 ss..

In particolare l'Autore segnala le diversità dei ruoli e di interessi tra socio pubblico (appunto istituzionalmente vincolato al perseguimento di finalità pubbliche) e socio privato (animato da un interesse soggettivamente lucrativo): «con ciò si evidenzia l'attrito tra due polarità potenzialmente eversive dello schema causale tipico: da un lato l'oggetto sociale è indirizzato allo svolgimento di attività di pubblico interesse; dall'altro lato, il socio pubblico è portatore di finalità astrattamente antitetiche a quelle tipiche», 184.

Sullo stesso tema, ma con riferimento alla normativa precedente, M. DUGATO, *Le società per la gestione dei servizi pubblici locali*, cit., che sottolinea le ragioni per cui si è ricorso al modello societario: «la società di capitali rappresentava la soluzione ottimale dei problemi. Essa è per vocazione destinata alla gestione di attività che pretendono l'equilibrio tra la migliore qualità del prodotto e la massima economicità di produzione. In altri termini, è il modello organizzativo naturale dei regimi di concorrenza. Consente la collaborazione stabile tra soggetti di natura diversa (entro certi limiti, anche con scopi diversi), esaltando le caratteristiche professionali ed il *know how* di ognuno; l'elasticità del capitale sociale permette di adattare le risorse agli obiettivi da raggiungere e agli investimenti necessari; la dinamicità dei meccanismi giuridici che la regolano le consentono di adattarsi al mutare del contesto in cui il servizio dev'essere prestato e delle condizioni alle quali dev'essere prestato. Non solo. Almeno in teoria, la sostituzione dei modelli pubblicistici con uno strumento di diritto privato avrebbe consentito una maggiore flessibilità decisionale e operativa, eliminando o riducendo al minimo le fasi disciplinate dal diritto amministrativo», 17-18.

In generale, numerosi gli aspetti affrontati nel convegno di Varenna 21-23 settembre 1995, i cui scritti sono raccolti nel volume AA. VV., *Servizi pubblici locali e nuove forme di amministrazione*, Milano, 1997; in particolare, G. CORSO, *La ge-*

campo dei pubblici servizi, però, non è l'unico in cui il diritto amministrativo abbia previsto la costituzione di società miste. Anche solo limitando l'analisi alle previsioni contenute nel Testo Unico degli enti locali, ci si imbatterebbe almeno in due casi ulteriori di società compartecipate, caratterizzate in ragione della loro attività: a) le società miste per la realizzazione di infrastrutture e di altre opere di interesse pubblico; b) le società miste per la trasformazione urbana.

Neanche il Testo Unico esaurisce i casi in cui il legislatore nazionale menzioni le società miste, eppure ci pare possa valere come esemplificazione sufficiente. Per questo motivo: il richiamo alle società miste prese in considerazione dal diritto positivo trova spazio in questo lavoro non con intento descrittivo, ma solo in quanto ci consente di verificare quali siano le situazioni in cui è affermata con certezza (perché appunto ammessa dal legislatore) la compatibilità tra ente locale e partecipazione in società e in ragione di che cosa ciò avvenga.

È sufficiente, a questo riguardo, indagare se vi sia o meno una *ratio* in grado di accomunare, sebbene sommariamente, le tipologie di società miste cui il legislatore rinvia, al fine di intendere su quali basi sia stato risolto positivamente il quesito in ordine al *se* gli enti locali possano costituire o partecipare a società assieme a soggetti privati. Viceversa, una descrizione più ampia ci allontanerebbe dallo scopo.

Perciò, la descrizione a riguardo non sarà, appositamente, minuziosa e programmata nei dettagli; il lettore potrà, di conseguenza, intendere i casi cui ci si richiama come semplicemente in-

stione dei servizi locali fra pubblico e privato, ivi, 21, che, in una visione particolarmente attuale, mette in evidenza la necessità di consentire all'iniziativa privata di svolgersi liberamente anche nel settore dei pubblici servizi, giustificando, solo di conseguenza, l'iniziativa pubblica e M. CAMMELLI, *La società per azioni a partecipazione pubblica locale*, ivi, 125, che constata l'ambiguità dei dati normativi e i limiti della gestione dei servizi pubblici tramite società partecipate che, da un lato, rischiano di sfuggire ai controlli propri del diritto amministrativo e, dall'altro, non supportano, fino in fondo, la scelta verso il diritto comune.

dicativi di una tendenza più ampia (43).

Vi è di più. Accanto alle società miste avallate dal diritto positivo hanno avuto notevole espansione anche società miste che non trovano riscontro in ipotesi normativamente prefigurate. Come si accennava, il diritto vivente, con il beneplacito della giurisprudenza (44), ospita, da anni, società che non sono menziona-

(43) Si legge nel quaderno dedicato alle *Società a partecipazione pubblica*, redatto dal centro studio della Camera dei deputati con data 27 maggio 2011 che, nel triennio 2005-2007, «Dall'analisi sono risultati 5.860 organismi partecipati da 5.928 enti (comuni e province). Si tratta in particolare di 3.787 organismi con forma giuridica societaria (società per azioni, società a responsabilità limitata, società consortili e società cooperative) e 2.073 organismi con forma giuridica diversa (consorzi, fondazioni, istituzioni, azienda speciali). Dal punto di vista dell'attività svolta, il 34,67% degli organismi partecipati si occupa di servizi pubblici locali. Il 65,33% degli organismi partecipati svolge attività riconducibili ad altri servizi: quali in particolare, attività culturali sportive e di sviluppo turistico, supporto alle imprese, scientifiche e tecniche, agricoltura silvicoltura e pesca, sanità e assistenza sociale, farmacie».

Sono menzionate società miste, partecipate dagli enti locali, per esempio, nel D. Lgs. n. 164/2000, di attuazione della direttiva 98/30/CE recante norme comuni per il mercato interno del gas naturale, che all'art. 14 prevede la possibilità che partecipino alle gare per l'attività di distribuzione «senza limitazioni territoriali, società per azioni o a responsabilità limitata, anche a partecipazione pubblica». È chiaro che si tratta di una normativa di settore, da cui sarebbe imprudente trarre indicazioni generali.

(44) La giurisprudenza amministrativa, fin dagli anni ottanta, ha assecondato tale tendenza, affermando che «La capacità negoziale dei Comuni ha carattere generale e può essere circoscritta o esclusa solo in forza di specifiche disposizioni e non anche per quelle attività di competenza comunale per le quali la legge indica i relativi sistemi di gestione (nella specie si è ritenuta legittima la costituzione di una società per azioni a partecipazione comunale per l'esercizio del servizio di trasporto pubblico locale sebbene il r.d. 15 ottobre 1925 n. 2578 e la l. 10 aprile 1981 n. 151 indicassero specificamente altre modalità di gestione)»: Cons. St, Sez. V, 14 dicembre 1988, n. 818. Secondo questo orientamento, potevano essere individuati solo due generi di limitazioni a tale capacità negoziale: a) l'obbligo di motivazione della scelta dell'ente, per cui la deliberazione del Comune volta ad istituire una società doveva essere congruamente motivata con riferimento alle ragioni di convenienza economica che giustificavano, nel pubblico interesse, la costituzione della società stessa e b) il limite territoriale, nel senso che il territorio dell'ente locale era inteso come il limite spaziale entro il quale gli interessi della collettività erano rimessi alla cura dell'ente stesso che, quindi, poteva provvedere alla loro realizzazione nel solo ambito spaziale della propria competenza. Ammessi tali limiti, il Co-

te da normative di settore, attive in contesti molteplici, che si differenziano in considerazione di una numerosa serie di variabili, tra cui l'ambito in cui la società opera, la quantità della partecipazione pubblica, il contesto territoriale di azione della società, il rapporto tra la società e l'ente pubblico affidante (45).

Distinti, in termini introduttivi e per categorie di massima, i due modelli di società miste a partecipazione comunale presenti nel sistema (quelle previste dal legislatore e quelle nate nella prassi), possiamo ora procedere, come anticipato, a prendere in considerazione separatamente le due ipotesi preannunciate.

6. *Gli elementi caratterizzanti le società miste a partecipazione comunale richiamate dal diritto positivo. L'impossibilità di individuare società di diritto singolare*

Prima di procedere oltre, occorre introdurre una breve precisazione. Non tutte le norme che si applicano alle società miste rilevano in questa parte del nostro studio. Non rilevano (almeno non immediatamente) quelle sul regime della società mista, perché, per il momento, ci stiamo interrogando sulla possibilità per il Comune di costituire società o di parteciparvi, non invece sul regime cui la società partecipata, di cui sia ammessa la costituzione, sarebbe soggetta. Così non è significativa, ai nostri fini, la norma che, ad esempio, ricomprende la società mista nel novero dei soggetti che sono tenuti ad affidare lavori, servizi o forniture tramite una procedura ad evidenza pubblica (art. 32 del D. Lgs. n.

mune poteva ritenersi libero di costituire o partecipare a società secondo le proprie discrezionali valutazioni.

(45) La varietà delle ipotesi, con riferimento in generale alle partecipazioni pubbliche, emerge in AA.VV., *Le società a partecipazione pubblica*, a cura di F. GUERRERA, Torino, 2010. In particolare, la descrizione dei problemi principali emerge negli scritti di M. CLARICH, *Le società partecipate dallo Stato e dagli enti locali fra diritto pubblico e diritto privato*, ivi, 1 ss.; C. IBBA, *Tipologia e natura delle società a partecipazione pubblica*, ivi, 13 ss.; R. CHIEPPA, *Le società a capitale misto alla luce degli ultimi interventi normativi*, ivi, 69; F. GUERRERA, *Lo Statuto della nuova società a partecipazione mista pubblico-privata*, Torino, 2010

163/2006) (46), mentre lo è, sempre a titolo esemplificativo, quella che consente, cumulativamente, a Comuni, Province e Regioni, di costituire società miste per «*progettare e realizzare interventi di trasformazione urbana, in attuazione degli strumenti urbanistici vigenti*».

Dunque, per formulare le considerazioni che seguono, si terranno a mente (47) solo quelle disposizioni in cui le società miste, a partecipazione comunale, siano menzionate come soggetti legittimati allo svolgimento di una determinata attività.

Ebbene: qual è la *ratio* sottintesa alle società miste che il legislatore ha inteso considerare espressamente nel senso appena precisato? Ha il legislatore, nel settore delle società a partecipazione comunale, introdotto delle società di diritto singolare, cioè ha istituito un nuovo genere di società di capitali, strutturate in deroga alle previsioni contenute nel codice civile?

Anzitutto, si può osservare che i casi in cui il legislatore ha introdotto espressamente l'utilizzo delle società miste coincidono con ipotesi che rientrano nella competenza istituzionale del Comune. Possiamo, su questo punto, generalizzare: l'attività oggetto della società mista, menzionata nelle norme di diritto amministrativo considerate, corrisponde, sempre, ad un ambito di pubblico interesse (48).

Nel caso delle società miste di gestione dei pubblici servizi è particolarmente evidente che il campo di operatività della società coincida con una delle funzioni essenziali dell'ente locale, indicata ora all'art. 112 del Testo Unico: «*la produzione di beni ed attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle co-*

(46) Aspetto, questo, ampiamente approfondito da N. AICARDI, *Le società miste*, in *Trattato sui contratti pubblici*, a cura di M.A. SANDULLI - R. DE NICTOLIS - R. GAROFOLI, Milano, 2008, I, 260, ss.; ID., *Società miste ed evidenza pubblica a monte*, in *Scritti in onore di Leopoldo Mazza*, Padova, 2007, II, 219 ss..

(47) Come si diceva, si è ritenuto di non indugiare sulla descrizione delle singole ipotesi, per non appesantire la trattazione e disperdere il ragionamento principale, preferendo rimandare, ove necessario, in nota, per le integrazioni del caso.

(48) Secondo quanto sarà meglio precisato in seguito «un ambito di interesse per la comunità locale». Si rinvia per i necessari approfondimenti sul punto al capitolo terzo, par. 1 e par. 3.

munità locali». Nel contesto dei pubblici servizi, la società mista viene ad interpersi tra Comune e comunità in un settore certamente riconducibile all'erogazione di prestazione di pubblico interesse (49). Come del resto sarebbe anche per qualsiasi concessionario privato, gestore di un pubblico servizio (50), nell'ottica, peraltro, della cosiddetta amministrazione oggettivata (51).

Un ragionamento simile varrebbe per le altre società miste la cui istituzione è considerata dal Testo Unico degli enti locali. Sottintendendo la medesima logica, infatti, coincide con un ambito di competenza dell'ente locale anche l'attività delle società mi-

(49) Per apprezzare il ruolo istituzionale del Comune in relazione alla gestione dei pubblici servizi, appaiono particolarmente interessanti le osservazioni di Feliciano Benvenuti, sull'origine dei servizi pubblici: «Maggiore estensione ed importanza economica e giuridica, ma naturalmente anche sociale, hanno le ipotesi che possono essere chiamate di servizi pubblici in senso stretto, nelle quali la Pubblica Amministrazione si inserisce nel processo produttivo per fornire utilità ai privati cittadini. Gli scopi di tali interventi sono dei più vari: talora essi servono a sottrarre alla speculazione privata settori particolarmente delicati (ad es. la produzione e il commercio del sale); talaltra perseguono puri scopi fiscali o di vantaggio patrimoniale (ad es. la produzione ed il commercio dei tabacchi); altre volte, invece, si tratta di forme tradizionali (ad es. servizi postali) o anche di casi in cui l'intervento fu adottato soprattutto per favorire il progresso tecnico del servizio e la sua utilizzazione da parte del pubblico (ad es. i telefoni e le ferrovie)», F. BENVENUTI, *Disegno dell'Amministrazione italiana. Linee positive e prospettive*, ult. ed., Padova, 2007, 336.

(50) Con l'ovvia e ben nota differenza che, nella società a partecipazione pubblica, il Comune assume, sebbene indirettamente (perché il gestore è, in fatto e in diritto, la società mista), il ruolo di gestore e quello di controllore della corretta gestione. Ma quest'ultimo tema, sebbene rilevante in un discorso complessivo, non incide sulla problematica per il momento in esame.

(51) Che prescinde, cioè, da chi eserciti, in concreto, determinate prestazioni, essendo «un'unità statutaria e costitutiva di finalità, di principi, di regole comuni», in questo senso si è espresso in dottrina, approfondendo il legame tra sussidiarietà e servizi pubblici, G. SALERNO, *Servizi di interesse generale e sussidiarietà orizzontale, tra ordinamento costituzionale e ordinamento dell'Unione europea*, Torino, 2010, 115. Infatti, in attuazione del concetto comunitario di servizio di interesse economico generale, gli Stati membri devono garantire, chiunque sia il gestore, un nucleo di principi comuni ed inderogabili: che la gestione di un servizio pubblico avvenga tramite una società mista, un concessionario privato o una società interamente pubblica che operi *in house* risulta, in quest'ottica, irrilevante.

ste, con partecipazione minoritaria, previste per la realizzazione di opere necessarie all'esecuzione del servizio pubblico o per la realizzazione di infrastrutture ed altre opere di interesse pubblico (52). Anche qui abbiamo a che fare con compiti istituzionali dell'ente locale, che diventano oggetto dell'attività societaria. Analogo discorso vale con riferimento alle società di trasformazione urbana (53), il cui oggetto sociale è la progettazione e la realizza-

(52) Previste dall'art. 116 del D. Lgs. n. 267/2000, che riprende pedissequamente quanto statuito con la L. n. 489 del 23 dicembre 1992, normativa con la quale le società a partecipazione pubblica minoritaria hanno ricevuto la propria prima consacrazione, che all'art. 12 prevedeva: «Le Province e i Comuni possono, per l'esercizio di servizi pubblici e per la realizzazione di infrastrutture e altre opere di interesse pubblico, che non rientrino, ai sensi della vigente legislazione statale e regionale, nelle competenze di altri enti, costituire apposite società per azioni, anche mediante accordi di programma di cui al comma 9, senza il vincolo della partecipazione pubblica maggioritaria di cui al comma 3 lettera e) dell'art. 22 della legge 8 giugno 1990, n. 142». Sul punto in dottrina si è escluso che l'art. 12 citato potesse considerarsi di per sé disposizione generale di legittimazione del ricorso da parte dei soggetti pubblici allo strumento societario in posizione di minoranza, se non altro perché tale possibilità doveva ritenersi implicitamente riconosciuta dall'ordinamento già prima: in questo senso, M. CAMELLI - A. ZIROLDI, *Le società a partecipazione pubblica nel sistema locale*, cit., 269 ss., 271. Per un primo commento alla norma G. DE NITTO, *Società per azioni con partecipazione minoritaria degli enti locali*, in *La riforma degli enti locali*, a cura di F. PITERÀ - R. VIGOTTI, Torino, 2002, 533; E. SCOTTI, *Commento all'art. 116 del T.U. enti locali*, in *Commentario breve al testo unico sulle autonomie locali*, a cura di R. CAVALLO PERIN - A. ROMANO, Padova, 2006, 684 ss..

Il citato art. 12 è stato poi integrato grazie al regolamento n. 533 del 16 settembre 1996, emanato in attuazione della L. n. 498/1992, il quale contiene, a tutt'oggi, l'unico tratto di normativa applicabile alla gara per la scelta del socio privato di una società a capitale misto. Le società miste con capitale pubblico di minoranza che agiscono per la realizzazione di infrastrutture o di opere di interesse pubblico, rappresentano, infatti, il solo ambito in cui il legislatore ha individuato specifiche regole concernenti le modalità di selezione del *partner* privato.

(53) Previste all'art. 120 del D. Lgs. n. 267/2000. Questo tipo di società, denominata società di trasformazione urbana, rappresenta un'ipotesi di partenariato pubblico-privato, da realizzarsi obbligatoriamente nella forma della società per azioni, per l'attuazione delle politiche urbane, introdotta per la prima volta con legge Bassanini n. 127/1997 e ora inserita, con qualche modifica, nel D. lgs. n. 267/2000. Alcuni dei problemi applicativi e di disciplina ine-

zione di interventi di trasformazione urbana, in attuazione degli strumenti urbanistici vigenti.

Poi, approfondendo l'esame delle norme, si scoprirebbe che molte di esse sono applicabili solo ad alcune tipologie di società miste e porterebbero alla luce una serie di problematiche specifiche, non in grado di caratterizzare il modello. Per esempio: l'indicazione o meno di un tetto, minimo o massimo, per la percentuale di capitale privato nelle società di gestione dei pubblici servizi; la possibilità per l'ente pubblico di rilasciare una garanzia fideiussoria agli istituti mutuanti in misura non superiore alla propria quota di partecipazione societaria e fino al secondo anno successivo alla realizzazione dell'opera, per le società minoritarie volte alla realizzazione di infrastrutture di interesse pubblico; la necessità che la società provveda alla preventiva acquisizione degli immobili per la realizzazione degli interventi, per le società di trasformazione urbana. Questi appena menzionati sono dei profili che, oltre a non consentirci di continuare con una riflessione dalla portata euristica generale sulle società a partecipazione comunale, possono essere trascurati perché, appunto, incidono sul regime, e non sull'esistenza della società mista. Un elemento comune a tutti

renti alle società di trasformazione urbana sono stati chiariti dalla circolare del Ministero dei lavori pubblici n. 622 del 2000. Sulle previsioni introdotte dalla legge Bassanini e sul tema specifico delle società di trasformazione urbana si rinvia ai commenti di: G. BERGONZINI, *Le società di trasformazione urbana (art. 17, comma 59, legge 127 del 1997)*, in *Riv. Giur. Urb.*, 1997, 127 ss.; M. BREGANZE, *Le società di trasformazione urbana: prime note*, in *Riv. Giur. Urb.*, 1997, 163 ss.; L. DE LUCIA, *Le società di trasformazione urbana nell'ordinamento italiano (comma 59 dell'art. 17 della legge 15 maggio 1997, n. 127)*, in *Riv. Giur. Ed.*, 1998, 68 ss.; G. DE MARZO, *Le società di trasformazione urbana*, in *Urb. e appalti*, 1997, 855 ss.; P. MANTINI, *Le società di trasformazione urbana. Profili giuridici e organizzativi*, in *Riv. giur. Appalti*, 1997, p. 519 ss. e G. PAGLIARI, *Le società di trasformazione urbana*, in *Riv. Giur. Urb.*, 1998, p. 87 ss.; M. DUGATO, *Oggetto e regime delle società di trasformazione urbana*, in *Dir. Amm.*, 1999, 512 ss., che indica le società di trasformazione urbana come modello a "geometria variabile"; S. VENTURI, *Lo strumento contrattuale di pianificazione territoriale delle società miste*, in *Contratti dello Stato e degli enti pubblici*, 2005, 569 ss.; A.M. BALESTRIERI, *Considerazioni in tema di società di trasformazione urbana*, in *Riv. giur. ed.*, 2006, 513 ss.; G. GUZZARDO, *Urbanistica consensuale e società di trasformazione urbana*, *ivi*, 2006, 3 ss..

i modelli legislativamente menzionati è, invece, (come si diceva) la necessità che la scelta del socio privato avvenga tramite una procedura ad evidenza pubblica (54).

Il diritto positivo, dunque, si è occupato di società miste a partecipazione comunale richiamandone la presenza in settori di pubblico interesse, direttamente riconducibili alle funzioni attribuite *ex lege* al Comune, fuggendo, di conseguenza, ogni dubbio sulla legittimità, in quegli ambiti, della loro costituzione ed esplicitando alcuni vincoli incidenti sulla fase costitutiva della società e sul tipo di attività che la società può svolgere, che si traducono (55) in limiti dell'oggetto sociale.

Le disposizioni menzionate non hanno introdotto, invece, deroghe alla disciplina ordinaria del codice civile tali da incidere sulla causa del rapporto societario o sull'interazione tra i soci, piuttosto che sul funzionamento della società (56). Quindi, è possibile affermare che il legislatore non ha inteso creare società di

(54) Non è chiaro, per la verità, se la società di trasformazione urbana debba essere necessariamente partecipata almeno da un soggetto privato e, dunque, debba sempre avere le caratteristiche della società mista ovvero se essa possa essere investita delle funzioni di cui all'art. 120 del D. Lgs. n. 267/2000 anche ove in composizione totalitariamente pubblica. Nel caso in cui però essa veda la partecipazione di privati, sono da distinguere due ipotesi: a) quella dei proprietari delle aree o degli edifici di trasformazione, i quali possono diventare soci mediante il conferimento di beni; b) quella di altri soci privati, scelti attraverso un procedimento di gara pubblica. Nel primo caso, la gara non potrà, invece, trovare spazio. In dottrina, però, il punto non è così chiaro: sembra propendere per una estensione generalizzata della regola della gara C. VITALE, *La scelta del socio privato nelle società di trasformazione urbana*, cit.; favorevole alla trattativa privata con i soci proprietari, condivisibilmente, M. DUGATO, *Le società per la gestione dei servizi pubblici locali*, cit., 83.

(55) Come vedremo meglio nel corso del capitolo quarto, par. 3.2..

(56) Per aversi società di diritto singolare, afferma anche la Cassazione, è necessario poter configurare uno statuto speciale che, come si è visto, non si è riscontrato per le società menzionate dal Testo Unico degli enti locali. Cfr. Cass. Sez. Un., 19 dicembre 2009, n. 26806, che, più in generale, nega, in riferimento alle disposizioni del codice civile dettate per le società partecipate da enti pubblici, l'esistenza di uno statuto speciale, affermando conseguentemente, salva l'applicazione di specifiche disposizioni di legge, la soggezione al diritto comune delle società a partecipazione pubblica.

diritto singolare (57). Il sistema appena descritto sembrerebbe presupporre, difatti, l'applicabilità piena delle norme del codice civile in tema di obbligazioni e contratti.

Riassumendo, possiamo concludere che:

- a) le società miste a partecipazione locale che trovano riscontro in una norma di legge operano in contesti di pubblico interesse, occupandosi di attività che rientrano nelle competenze istituzionali del Comune;
- b) la normativa in materia non è particolarmente dettagliata e si dedica a enunciare, prevalentemente, condizioni legittimanti le modalità di ingresso dei soggetti privati nell'entità a capitale misto, sancendo l'obbligo della procedura ad evidenza pubblica per la scelta del socio;
- c) le società partecipate vengono prese in considerazione prevalentemente *ex ante*, ossia limitatamente alla definizione dell'oggetto sociale;
- d) le società a partecipazione comunale non sono qualificabili come società di diritto singolare;
- e) le norme di legge che rinviano alla possibilità di costituire società miste in determinati settori non risolvono, in via generale, il problema esposto al paragrafo 1 (sul se, come e quando un Comune possa costituire o partecipare ad una società mista).

(57) Il significato delle società di diritto singolare viene ampiamente approfondito, scegliendo il campo delle società create dalle amministrazioni statali che, negli ultimi anni ha ospitato il proliferare di società speciali, nel lavoro di P. PIZZA, *Le società per azioni di diritto singolare tra partecipazioni pubbliche e nuovi modelli organizzativi*, Milano, 2007, cui si rinvia sia per la definizione del fenomeno sia per il percorso ermeneutico e problematico ivi svolto. Sul tema, considerazioni molto interessanti, in relazione all'assoluta specificità delle esigenze che danno vita alle società di diritto speciale o singolare, si ritrovano nello scritto di G. NAPOLITANO, *Le società pubbliche tra vecchie e nuove tipologie*, in *Riv. soc.*, 2006, 999 ss., spec. par. 3.

Sulle società di interesse nazionale, va richiamata anche la ricerca di Santonastasio, che esemplifica una serie di interessanti casi emblematici di società a partecipazione pubblica e si sofferma anche sul rapporto tra società di diritto singolare e diritto comune, F. SANTONASTASIO, *Le società di interesse nazionale*, Milano, 2002, spec. 63 ss. e 445 ss. e ID., *Le società di diritto speciale*, cit..

7. *Le società miste a partecipazione comunale che non trovano riscontro in ipotesi normativamente prefigurate. Problemi sistematici*

Passiamo ora alle società miste cui l'ente locale dia vita o partecipi in assenza di norme autorizzative.

Di per sé, il fatto che esistano società miste operative nei più svariati settori dell'economia non significa che il fenomeno sia corretto (58), sotto il profilo giuridico. Lo sarebbe in presenza delle condizioni necessarie per ritenere che l'ente locale sia dotato di una capacità giuridica generale e, conseguentemente, possa utilizzare le norme del codice civile e, tra di esse, le norme sul contratto di società, senza bisogno di venir *autorizzato* da norme pubblicistiche; non lo sarebbe, invece, se la capacità dell'ente locale dovesse intendersi come capacità speciale, cioè attribuita da una specifica norma che riguardi la singola fattispecie considerata (59).

Il legislatore comunitario e quello nazionale non hanno, in maniera diretta, né affermato né escluso che un ente locale, in assenza di una norma specifica, possa diventare socio di una società attiva sul mercato in condizioni di parità con gli altri operatori e al di fuori dei settori appena enunciati.

Tuttavia, la normativa nazionale, come si vedrà meglio a breve, ha di recente ristretto tale possibilità (60). Il legislatore comunitario e la giurisprudenza della Corte di Giustizia hanno assunto, invece, una posizione neutrale (61), restando per essi irrilevante che l'assetto proprietario di una determinata entità sia pubblico, privato o misto, poiché il regime applicabile ai fini della tutela della concorrenza e del mercato si applicherebbe comunque, indistintamente, a società private, pubbliche o partecipate.

(58) Non è ancora il momento di addentrarci nel tema del rapporto tra eventuali illegittimità pubblicistiche e vizi del contratto di società, perciò si è fatto riferimento ad una generica *correttezza*. Sul punto si rinvia agli approfondimenti contenuti nel capitolo quarto, par 5.

(59) Sull'argomento torneremo tra breve, in chiave problematica, e nel capitolo successivo, in chiave ricostruttiva.

(60) Si rinvia sul punto al successivo par. 5.1..

(61) Gli approfondimenti a riguardo sono svolti al capitolo secondo, par 3.1.1.1.1..

Dunque, per capire i termini delle problematiche poste da questa categoria di società miste, ed individuare poi le risposte da darsi ai quesiti sollevati, appare necessario ripercorrere il dato normativo e le tesi sostenute in giurisprudenza e in dottrina circa la loro legittimità.

7.1. *Le previsioni legislative volte a limitare la partecipazione in società: la Legge Finanziaria per il 2008 e le posizioni di dottrina e giurisprudenza. Critica*

Sul problema se, e in quali limiti, sia consentito agli enti locali di costituire o partecipare a società, come già accennato, è intervenuta la legge finanziaria per il 2008 (L. 24 dicembre 2007, n. 244, all'art. 3 comma 27), che ha ridotto la possibilità per gli enti pubblici di costituire società o mantenere partecipazioni in società in questi termini: «*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*».

La seconda parte della norma è stata poi ampliata con una previsione poco chiara e di cui è difficile cogliere la *ratio*. Tramite una modifica disposta dalla normativa contenente *Misure urgenti per il sostegno a famiglie, lavoro, occupazione e impresa e per ridisegnare in funzione anti-crisi il quadro strategico nazionale* (62) sono ora escluse, dall'ambito di operatività dei divieti, oltre alle società di gestione dei servizi di interesse generale, pure le società che forniscono servizi di committenza o di centrali di committenza a livello regionale a supporto di enti senza scopo di lucro e di amministra-

(62) Art. 18 del D. L. 29 novembre 2008, n. 185.

zioni aggiudicatrici di cui all'articolo 3, comma 25, del codice dei contratti pubblici.

A completamento del nuovo regime, il comma 28 del medesimo articolo ha previsto altresì che «*l'assunzione di nuove partecipazioni e il mantenimento delle attuali devono essere autorizzati dall'organo competente con delibera motivata in ordine alla sussistenza dei presupposti di cui al comma 27. La delibera di cui al presente comma è trasmessa alla sezione competente della Corte dei Conti*».

Si tratta di una normativa particolarmente significativa nell'ambito del presente studio, in quanto offre uno spunto per ragionare, in via deduttiva, muovendo cioè dal diritto positivo, sulla possibilità per l'ente locale di essere parte di un contratto di società e sui vincoli derivanti dalla sua qualità di soggetto di diritto pubblico.

Proprio in relazione a quest'ultimo aspetto, una parte della dottrina ha individuato, nell'art. 3 della legge n. 244/2007, la disposizione in grado di sciogliere i nodi problematici inerenti al *se* e al *quando* un ente pubblico possa partecipare o dare vita ad una società mista.

La posizione della dottrina appena rievocata è interessante, ai fini della nostra ricerca, perché giunge ad ipotizzare che la legge n. 244/2007 abbia introdotto, con riferimento alla partecipazione in società, la regola della capacità giuridica speciale, in base alla quale l'ente pubblico potrebbe partecipare a società *se*, e solo *se*, esista una specifica disposizione di legge che a ciò lo *zi* (63). In sostanza, ove la riferita impostazione fosse corretta, la

(63) Così si è espresso A. MAZZONI, *Limiti legali alle partecipazioni societarie di enti pubblici*, in AA.VV., *Le società pubbliche*, a cura di C. IBBA - C. MALAGUTI - A. MAZZONI, Torino, 2011 spec. 78: “si deve, ormai considerare vigente il principio opposto: gli enti pubblici hanno soltanto la capacità speciale di acquisire o mantenere partecipazioni nelle società in cui la partecipazione è consentita in ragione della corrispondenza dell'oggetto sociale a una delle fattispecie consentite dalla legge”, 79. Riflessioni sul tema si ritrovano anche nel lavoro di P. PIZZA, *Partecipazioni pubbliche locali e regionali e art. 13 del D. L. n. 223/2006 (C.D. decreto Bersani)*, *ivi*, 109 ss..

Sull'argomento anche S. ROSTAGNO, *Finalità istituzionali e oggetto sociale nella società a partecipazione pubblica*, in www.giustamm.it, che suggerisce di interpretare

legge finanziaria avrebbe risolto la questione che stiamo esaminando, suggellando la tesi secondo cui, in assenza di precise disposizioni, sarebbe precluso all'ente locale di essere parte di un contratto di società.

Secondo l'impostazione predetta, ci si potrebbe interessare all'ampiezza della capacità di diritto privato dell'ente locale solamente a livello *de iure condendo*, ma non in un'analisi che si basi sul diritto positivo, perché lo *ius positum* avrebbe risolto, per il tramite della normativa considerata, l'alternativa tra capacità giuridica generale e capacità giuridica speciale in favore della seconda. Questa conclusione sarebbe imposta dal fatto che «*la liceità di una partecipazione societaria dipenderà inesorabilmente dalla corrispondenza tra fatto-partecipazione e fattispecie-oggetto sociale conforme alle categorie consentite*» (64).

Le conseguenze di quanto affermato si colgono, in tutta la loro criticità, in ordine al regime di invalidità ipotizzato per violazione dei divieti di partecipazione sanciti dalla norma in questione. Chi inverte la prospettiva, sostituendo alla capacità generale (secondo cui l'ente pubblico può fare tutto ciò che non è vietato dalla legge) la capacità speciale (secondo cui l'ente pubblico può fare solo ciò che la legge gli consente), sostiene pure che debbano applicarsi le regole di nullità originaria o sopravvenuta del contratto di società concluso in violazione del divieto, o comunque che detto contratto sia inefficace, data la supposta incapacità dell'ente pubblico di essere parte del rapporto al di fuori di un'autorizzazione legislativa (65).

Conclusioni che evocherebbero quelle cui era pervenuta altra dottrina, negli anni ottanta, seguendo l'impostazione anglosas-

la norma sulla scorta dell'art. 2361 codice civile, che vieta l'assunzione di partecipazioni in altre imprese se per la misura e l'oggetto della partecipazione ne risulta sostanzialmente modificato l'oggetto sociale determinato dallo statuto.

(64) A. MAZZONI, *Limiti legali alle partecipazioni societarie di enti pubblici*, cit., 79.

(65) A. MAZZONI, *Limiti legali alle partecipazioni societarie di enti pubblici*, cit., 98 ss..

sone del *nec ultra vires* (66).

Una posizione in parte differente nelle motivazioni, ma sovrapponibile quanto agli effetti, è stata sostenuta di recente dall'Adunanza Plenaria (67), la quale è intervenuta sul tema, affermando che la legge n. 244 del 2007 sarebbe espressione di un «*principio immanente al sistema*», che vieterebbe agli enti pubblici, in quanto privi di fini lucrativi, di svolgere attività di impresa e, dunque, di costituire o partecipare a società, in assenza di espressa autorizzazione. Riferendosi ai principi del sistema, dunque, la citata pronuncia non si è fermata al livello dell'esegesi, spingendosi fino a quello della dogmatica giuridica.

Il Consiglio di Stato ha distinto il caso delle società che si occupino di servizi pubblici o operino *in house*, per le quali il legislatore e la giurisprudenza hanno autorizzato e, in alcuni casi favorito, la partecipazione pubblica, da quello delle società interamente assoggettate alle regole del mercato, che non operino in favore dell'ente socio, ma in concorrenza con operatori privati, per le quali occorrerebbe individuare una *norma espressamente legittimante*, pena l'illegittimità della delibera di partecipazione del soggetto pubblico.

Entrambe le posizioni riferite (della dottrina e dell'Adunanza Plenaria) non paiono convincenti, in quanto basate su di un dato normativo che dice molto meno di quello che risulterebbe nell'interpretazione che ne è seguita.

La critica alle due impostazioni può essere condotta parallelamente, stante l'assonanza delle argomentazioni addotte.

In questo paragrafo ci fermeremo all'esegesi delle norme, mettendo in evidenza i vari significati del dato testuale; nel prossimo capitolo sposteremo l'indagine sul piano sistematico, cercando, nei fondamenti del nostro sistema giuridico, la risposta agli interrogativi sollevati.

La disposizione in esame è stata introdotta per rispondere

(66) Sul tema non si indugia oltre nel testo perché l'argomento sarà specificamente approfondito nel corso del capitolo secondo, par. 2.2..

(67) Con la sentenza del 7 giugno 2011, n. 10.

alla preoccupazione che lo strumento societario venisse eventualmente utilizzato per forzare le regole poste a tutela della concorrenza e del mercato e, soprattutto, per evitarne l'utilizzo, da parte delle pubbliche amministrazioni, in settori estranei ai propri compiti istituzionali (68). Il presupposto su cui essa si basa è dun-

(68) Conclusione, questa, che si deduce dal contesto in cui la norma citata è collocata, cui peraltro già era approdata sia la giurisprudenza amministrativa sia la Corte dei Conti, affermando entrambe che il perseguimento degli scopi istituzionali affidati all'ente dovesse determinare anche la misura della legittimità della delibera di partecipazione a società. In altre parole, la giurisprudenza ha ritenuto legittima la costituzione di società miste senza richiedere la presenza di una specifica norma legittimante, affermando però che le società miste, al cui capitale partecipino (in misura maggioritaria o minoritaria) gli enti locali, debbano essere istituzionalmente astrette ad un vincolo teleologico, indirizzato al soddisfacimento concreto dei bisogni della comunità locale: ad esempio, Cons. St., Sez. V, 3 settembre 2001, n. 4586; TAR Puglia, Lecce, Sez. I, 1 luglio 2007, n. 2017. È dato per presupposto, cioè, che l'ente locale sia legittimato a partecipare solo a società funzionali al perseguimento degli interessi della collettività di riferimento. In generale, che cosa poi si intenda con il richiedere che la società a partecipazione pubblica (non solo se partecipata dal Comune) svolga attività "finalizzata agli interessi della collettività di riferimento" dovrà essere chiarito. Si rinvia sul punto al capitolo terzo, par 3.

Anche la Corte dei Conti, con un orientamento ancora più restrittivo, ha ritenuto necessario individuare un preciso pubblico interesse come presupposto della partecipazione a società e come oggetto dell'attività sociale, sulla base di ragionamenti dal seguente tenore: «Gli apparati amministrativi, ivi comprese le società pubbliche (società partecipate da una o più pubbliche amministrazioni, sia direttamente che mediamente), devono ispirare la propria attività a principi di contenimento dei costi e di massima redditività. La differenza tra una società privata e una pubblica risiede, difatti, nella circostanza che l'imprenditore non è un privato (sempre libero di disporre delle proprie sostanze a proprio piacimento nei limiti del rispetto delle norme inderogabili e di ordine pubblico a tutela dei creditori sociali, dei terzi e dei soci di minoranza), bensì una persona (fisica o giuridica che sia) che gestisce risorse della collettività da destinarsi al perseguimento di specifici interessi pubblici. Quando una Pubblica Amministrazione decide di costituire o partecipare ad una società per perseguire fini di interesse pubblico (l'inesistenza di scopi di interesse pubblico precluderebbe in radice tale possibilità ...) si determina una scelta che incide sul denaro della collettività dei cittadini e delle imprese poiché la PA pone in essere atti dispositivi di risorse finanziarie (...)), Corte dei Conti, Sezione Campania, del 16 marzo 2011, n. 359. Completa la Corte che «L'uso di modelli privatistici deve essere consentito all'Amministrazione solo nei limiti in cui esso consenta una gestione più produttiva, efficiente ed economica e non quale

que il riconoscimento della necessità che sussista un legame, in linea generale, tra capacità di diritto privato dell'amministrazione e perseguimento delle proprie finalità istituzionali. La previsione in commento introduce però un particolare rigore nel legame suddetto: con l'utilizzo dell'avverbio «*strettamente*» dà un'indicazione ulteriormente restrittiva del rapporto che deve intercorrere tra attività oggetto della società e funzioni istituzionali dell'ente, valorizzando pienamente, si è sostenuto di recente, il principio di sussidiarietà orizzontale (69), cioè limitando l'intervento pubblico nell'economia a casi eccezionali, in favore invece di quello privato.

Procediamo con ordine.

Dalla lettura del testo emerge che il legislatore ha ritenuto legittime solo le partecipazioni in società che abbiano per oggetto la produzione di beni e servizi *strettamente necessari* per il perseguimento delle attività istituzionali dell'ente. Non è scritto nella norma, invece, che debbano disconoscersi quelle società partecipate che non trovino riscontro in una disposizione specifica che autorizzi l'uso dello strumento societario (70); anzi, la formulazione letterale pare presupporre proprio il contrario (71).

Infatti, secondo l'art. 3 comma 27 della legge n. 244/2007, la valutazione circa la coerenza del rapporto di necessità tra de-

strumento di elusione dei meccanismi di controllo, anche di natura giurisdizionale, previsti dall'ordinamento a tutela della generalità dei cittadini e delle imprese contribuenti».

(69) Principio inteso «quale direttiva fondamentale dell'ordinamento che assegna la priorità alle autonomie sociali ed economiche per lo svolgimento di attività di interesse generale, quale che ne sia la rilevanza (economica o sociale)»: G. SALERNO, *Servizi di interesse generale e sussidiarietà orizzontale, tra ordinamento costituzionale e ordinamento dell'Unione europea*, cit., 285-286.

(70) Come conclude invece, come vedremo, l'Adunanza Plenaria 7 giugno 2011, n. 10.

(71) Una tale conclusione pare in linea anche con la giurisprudenza costituzionale: la Corte infatti, con la sentenza n. 148/2009, nel sindacare la legittimità costituzionale della norma in commento, ha dato per presupposta la possibilità per gli enti pubblici, in via generale, di esercitare attività di impresa, ritenendo che l'intenzione del legislatore sia stata quella di espungere condotte che avrebbero avuto effetti distorsivi sulla concorrenza.

terminate prestazioni o servizi e il perseguimento delle attività istituzionali dell'ente pubblico, compete a quest'ultimo, non alla legge. Ciò comporta che non sul piano del confronto con le previsioni di legge che delimitano l'ambito delle società miste, ma su quello delle scelte amministrative deve potersi verificare la legittimità della partecipazione a società.

In altre parole, il divieto posto non si rivolge alle società miste non menzionate da specifiche normative di settore, quanto invece a quelle estranee ad un fine pubblicistico (72). Il che è ben diverso, perché significa che la previsione considerata *non* implica l'eliminazione della possibilità di costituire società al di fuori di modelli preconciati, ma rappresenta una restrizione di tendenze volte a favorire, al limite dell'abuso, l'utilizzo del veicolo societario, anche in settori non necessariamente riconducibili alle competenze e alle finalità istituzionali delle amministrazioni pubbli-

(72) Per verificare l'influenza che, in concreto, l'art. 3 comma 27 della legge n. 244/2007 ha avuto sulla decisione dei Comuni di partecipare a società, possiamo riferire di un caso recente che ha interessato il Comune di Milano. Il Sindaco del Comune di Milano ha chiesto alla Corte dei Conti un parere al fine di verificare la legittimità di un'eventuale decisione dell'ente di partecipare alla società per azioni Arexpo, costituita dalla Regione Lombardia per dare attuazione al contenuto dell'accordo di programma volto alla realizzazione dell'Esposizione Universale 2015. Nella deliberazione n. 470 del 22 luglio 2011, la Corte dei Conti ha svolto buona parte del proprio ragionamento con l'intenzione di verificare se la società di nuova istituzione fosse indirizzata al perseguimento degli scopi pubblici indicati nell'accordo di programma e funzionali all'evento Expo 2015, dichiarato di interesse generale. In particolare, si è trattato di verificare la coerenza tra l'oggetto sociale della *newco* e le finalità predette. In linea generale, ribadita la discrezionalità del Comune nel valutare l'iniziativa nel suo complesso, la Sezione regionale di controllo ha ritenuto che «La scelta di utilizzare lo strumento societario per facilitare la complessa operazione di acquisizione (...) non si pone in contrasto con alcuna previsione che disciplina l'attività degli Enti locali. Infatti, la partecipazione al capitale della società Arexpo S.p.A. sembra in linea con le previsioni contenute nel citato art. 3 co. 27 e segg. della legge n. 244 del 2007 poiché è diretta a consentire al Comune ed agli altri Enti pubblici interessati di perseguire uno degli obiettivi di medio periodo che l'ente si è dato: la realizzazione dell'EXPO 2015», Deliberazione Sezione regionale di controllo Regione Lombardia n. 470 del 22 luglio 2011.

che (73).

Peraltro, induce alle medesime conclusioni anche il fatto che il legislatore abbia escluso, come si diceva, che il divieto possa operare con riferimento alle società che producono servizi di interesse generale o di committenza, per le quali vi è dunque una presunzione di compatibilità rispetto ai compiti istituzionali dell'ente. Questa aggiunta può avere un significato solo nell'ipotesi in cui si concluda che il divieto introdotto comporti che le amministrazioni locali non possono costituire società solamente in presenza di una norma espressa. Diversamente, l'esclusione non si spiegherebbe, in quanto il divieto generale di costituire società al di fuori di un espresso richiamo nelle norme pubblicistiche sarebbe assorbente, affermandosi, a contrario, la possibilità di istituire quelle previste *ex lege*, com'è il caso delle società di gestione dei pubblici servizi e delle società che prestano servizi di committenza. Se invece, come si ritiene, il testo dell'articolo citato appare volto a contenere, entro il limite della stretta necessità, la costituzione di società (tipizzate o non tipizzate dal diritto pubblico), per evitarne il proliferare, l'esclusione dal divieto delle società di gestione dei servizi di interesse generale e delle società che prestano servizi di committenza è indice solo della valutazione, in quei casi fatta dal legislatore, della compatibilità, diciamo a priori, delle società che operino in quei settori con le finalità istituzionali dell'ente pubblico. Valutazione del legislatore che, dal punto di vista pratico, ha l'effetto di esonerare l'ente dal predisporre qualsiasi motivazione a supporto di una propria decisione di partecipare a società attive nei suddetti ambiti e dunque si fonda su ragioni di economicità e di efficienza dell'amministrazione.

(73) Infatti, ancora oggi, una delle più pesanti critiche rivolte alle società miste è la seguente: «è stata incentivata la gestione mediante società partecipate in un'ottica rivolta (solo) formalmente alla *aziendalizzazione* dei servizi e *ad una privatizzazione effettiva*, in realtà sostanzialmente diretta ad evitare procedimenti ad evidenza pubblica e a sottrarre comparti dell'amministrazione ai vincoli di bilancio, anche in considerazione della mancata applicazione *all'entecapogruppo* dei *principi di consolidamento* di diritto societario a partire dall'elisione delle partite reciproche», F. FIMMANÓ, *Le società di gestione dei servizi pubblici locali*, in *Riv. not.*, 2009, 897 ss..

In altre parole, è indiscutibile che la legge n. 244/2007 abbia introdotto un divieto. Divieto che però, come si è detto, non riguarda le società non riconducibili ad una espressa norma legittimante, ma che presuppone la loro esistenza.

In conclusione, la previsione lascia inequivocabilmente impregiudicata la possibilità per le amministrazioni di istituire società che si occupino di attività necessarie al perseguimento delle funzioni istituzionali dell'ente, anche in campi diversi da quelli in cui le società miste abbiano ricevuto espressa menzione in norme di settore, purché rientranti nelle competenze dell'ente locale.

Tale prospettiva appare coerente con il ruolo istituzionale del Comune, costruito con grande flessibilità dal D. Lgs. n. 267/2000. Se l'attività istituzionale del Comune consiste nel rappresentare la propria comunità, curarne gli interessi e promuoverne lo sviluppo, le previsioni in commento *concorrono* a dimostrare (sarebbe già così ad una semplice lettura del D. Lgs. n. 267/2000) che al Comune medesimo è precluso di costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e di servizi che *non* siano (strettamente) necessarie alla cura e alla promozione degli interessi e dello sviluppo della comunità locale (74).

Che poi la necessità di un collegamento con le finalità istituzionali dell'ente locale sia indicata, nella norma, come «*stretta*» necessità non pare espressione di un principio immanente al sistema, bensì di una scelta contingente determinata dalle ragioni di contenimento della spesa e della tutela della concorrenza, assunte come presupposto, in termini finalistici, della disposizione intro-

(74) Va ricordato però che le finalità attribuite dalla legge agli enti locali e, in particolare, ai Comuni, sono piuttosto generiche. L'impressione, che verrà sviluppata più dettagliatamente nel capitolo terzo, è che non si tratti di un limite particolarmente stringente, poiché la determinazione degli interessi della collettività compete all'ente locale medesimo e non alla legge. Perciò dalla disposizione in commento finisce per derivare un onere di motivazione in capo all'ente locale, tenuto a dettagliare il collegamento tra decisione assunta e perseguimento dei fini ad esso istituzionalmente delegati. Motivazione che peraltro dovrebbe comunque accompagnare ogni determinazione discrezionale dell'ente e perciò anche quella che porti alla costituzione o alla partecipazione ad una società.

dotta.

Il legislatore ha inteso affrontare due aspetti: il contenimento della spesa pubblica e la valorizzazione della concorrenzialità del sistema (75).

É per ragioni contingenti, dunque, legate al necessario contenimento della spesa pubblica (obiettivo nazionale che giustifica anche il fatto che la previsione sia contenuta in una legge finanziaria) che si è deciso di vietare agli enti pubblici di disperdere risorse in società che non siano *strettamente* rivolte al soddisfacimento di un pubblico interesse. Ciò equivale a dire che il legislatore ha ritenuto necessario, in considerazione di problematiche specifiche, imporre alle amministrazioni un regime di maggiore contenimento della spesa rispetto al passato.

Quanto alla protezione della concorrenza, va tenuto conto che la norma non è esclusivamente diretta alle società a partecipazione locale, rivolgendosi, più in generale, a tutte le società partecipate dalle amministrazioni soggette al D. Lgs. n. 165/2001, statali o locali e, dunque, anche alle società partecipate dagli enti locali, siano esse società miste o società interamente pubbliche.

Ricomprendendo dunque le società interamente pubbliche che come sappiamo operano *in house*, e le società miste, soggette alle regole della concorrenza per la scelta del socio privato, il vincolo della stretta necessità in vista del perseguimento delle finalità istituzionali potrebbe essere inteso in maniera più restrittiva, nel primo caso, e meno, nel secondo. Lì infatti, limitare la costituzio-

(75) Entrambi questi profili emergono nelle riflessioni contenute nel quaderno dedicato alle *Società a partecipazione pubblica*, redatto dal centro studio della Camera dei deputati, della scorsa primavera, già citato, che, riportando le conclusioni di un esame condotto dalla Corte dei Conti, afferma che «la costituzione e la partecipazione in società da parte degli enti locali risulta essere spesso utilizzata quale strumento per forzare le regole poste a tutela della concorrenza e sovente finalizzato ad eludere i vincoli di finanza pubblica imposti agli enti locali. A tale fenomeno distorsivo il legislatore ha ritenuto di dover porre rimedio attraverso l'adozione, nel 2010, di specifici divieti alla costituzione e al mantenimento di società da parte dei Comuni piccoli e medio piccoli, che come visto, sono a livello locale i maggiori detentori di partecipazioni azionarie».

ne di società interamente pubbliche alla «*stretta necessità*» proteggerebbe il mercato dalla presenza di società costituite dalle amministrazioni per beneficiare di un regime privilegiato in deroga alle regole della concorrenza. Viceversa, ove rivolto alle società miste, che non sottraggono settori del mercato alla concorrenza, in quanto gli imprenditori che siano interessati potranno candidarsi ad assumere la qualità di socio, un'interpretazione restrittiva della norma non pare necessaria, alla luce delle finalità appena riepilogate.

7.1.1. *Il perseguimento di finalità istituzionali nell'art. 3 comma 27 della Legge Finanziaria per il 2008*

Proseguendo nell'esegesi della norma, il punto centrale per la verifica di legittimità in ordine all'acquisizione o al mantenimento di partecipazioni in società dipende dal significato che si voglia attribuire al termine «*finalità istituzionali*».

Riflettendo sulla locuzione «*perseguimento delle finalità istituzionali*», ci pare di dover condividere l'osservazione dottrinale per cui acquisterebbe rilevanza sempre maggiore, per questa via, l'oggetto sociale *in concreto*, inteso come attività su cui l'impresa sia effettivamente impegnata, in quanto la conformità alla legge dell'attività della società dovrà trovare rispondenza in ogni singola gestione sociale (76).

Non è invece condivisibile l'ulteriore conseguenza, che la dottrina appena richiamata deduce, secondo cui, per il rispetto della normativa in questione, sarà necessario (e sufficiente) che il Comune, data la generalità dei suoi fini, «*adotti un programma che prevede iniziative da realizzarsi tramite il ricorso a forme societarie perché tale ricorso sia tendenzialmente legittimo (...)*» (77).

(76) A. MAZZONI, *Limiti legali alle partecipazioni societarie di enti pubblici*, cit., 84.

(77) «(...) perché l'ente, autodeterminando come propria finalità istituzionale un programma o un obiettivo che esige il ricorso ad una struttura societaria, perciò stesso rende strettamente necessario per il perseguimento di quel programma o di quell'obiettivo l'attività della società in cui intenda assu-

Se si può concordare con la prima parte del ragionamento esposto, ossia sulla constatazione che le finalità istituzionali dell'ente-Comune, per come risultano dal Testo Unico degli enti locali e dallo Statuto, sono ampie (e dunque l'art. 3 comma 27 della legge n. 244/2007 non potrà bloccare la discrezionalità politico-amministrativa dell'ente nel perseguire, anche tramite la partecipazione a società, i propri obiettivi), la deduzione che ne segue non pare corretta. Infatti, la stretta necessità, a nostro modo di vedere, deve legare l'attività di produzione di beni e di servizi di cui la società si occupa e il perseguimento delle finalità istituzionali dell'ente. Non invece il rapporto tra la forma societaria e il perseguimento delle predette finalità. Quello che rileva, dal punto di vista della programmazione del Comune, non è che esso manifesti, *ex ante*, la propria intenzione di utilizzare un veicolo societario, ma che l'oggetto sociale sia direttamente ascrivibile alle attività di pubblico interesse programmate dall'amministrazione, e che lo sia *in concreto* (cioè esaminati gli atti di programmazione interni all'ente) (78). In quest'ottica, l'utilizzo del diritto pubblico o del diritto privato sarebbe del tutto equivalente.

Nello scrutinio di legittimità rispetto alla finalizzazione, la Corte dei Conti ha già avuto modo di ritenere irrazionali gli affidamenti di nuove attività a società costantemente in perdita e scarsamente operative (79); dubbi sono stati sollevati in ordine alla legittimità del mantenimento di partecipazioni societarie in società aventi ad oggetto l'analisi complessiva delle società partecipate di un determinato ente pubblico, con lo scopo di studiarne

mere la partecipazione», A. MAZZONI, *Limiti legali alle partecipazioni societarie di enti pubblici*, cit., 84.

(78) Ciò appare coerente con i principi di programmazione bilancistica contenuti negli artt. 162 e ss. del D. Lgs. n. 267/2000.

Indicazioni in questo senso si potevano già trarre dalle riflessioni di G. BERTI, *Caratteri dell'amministrazione comunale e provinciale*, Padova, 1969: «Il rapporto tra mezzi giuridici e pratici con gli interessi valutabili dalle amministrazioni locali, è controllabile da queste ultime e non è legato a congegni fissi e predeterminati, né quindi condizionato all'adozione di certe misure piuttosto che di altre (ad esempio, azienda municipalizzata invece che società per azioni)», 215.

(79) Delibera Sez. reg. Molise n. 12/2009.

L'organizzazione e le prospettive di rilancio (80); forti perplessità sono state espresse anche in merito alla mancanza di motivazioni circa la persistenza delle condizioni richieste dalla legge, in ipotesi di trasformazione di società per azioni in società a responsabilità limitata, non operativa, sottocapitalizzata e del tutto inadatta a realizzare le attività statutarie (81).

8. *Prime conclusioni, interrogativi aperti e prospettiva dell'indagine che segue. Dall'esegesi alla dogmatica giuridica*

L'esposizione che precede ci ha consentito di individuare una serie di problematiche, emergenti in parte dall'esercizio dell'attività interpretativa e, in altra parte, dall'osservazione della realtà fenomenica. È così tracciato, di conseguenza, il percorso dell'indagine che segue.

In particolare, il nodo che occorre sciogliere per intendere correttamente il rapporto tra ente locale e società mista consiste nell'alternativa tra, da un lato, il riconoscimento di un principio, immanente al sistema, in base al quale affermare, anche in capo agli enti pubblici (e dunque agli enti locali), una piena capacità di diritto privato (e, con essa, tra l'altro, la possibilità di stipulare un contratto di società) e, dall'altro e all'opposto, la convinzione che la partecipazione in società debba essere consentita solo in virtù di una specifica previsione di legge in tal senso (e, dunque, legittimante). Questa tematica incontra, necessariamente, quella, attigua, della valenza, speciale o meno, del principio di legalità con riferimento all'attività di diritto privato degli enti pubblici (82).

(80) Delibera Sez. reg. Campania n. 8/2009.

(81) Delibera Sez. reg. Lombardia n. 245/2009.

(82) Difatti, ove si affermasse la vigenza del principio di legalità con riguardo all'attività di diritto privato svolta da enti pubblici, potrebbe ritenersi necessario, anche per questa via, individuare una norma che espressamente autorizzi la costituzione di società con scopo lucrativo, al di fuori delle ipotesi già considerate, seppure in via generale, dalle legge. Come si vede, i termini della questione non cambiano nemmeno spostando la prospettiva attorno al principio di legalità dell'azione amministrativa. Si tratta, comunque, di chiarire

La constatazione della presenza di casi in cui norme di settore richiamano la società mista come possibile modalità operativa non è immediatamente risolutiva per affrontare l'ambiguità prospettata e risolvere i dubbi che ne derivano, perché la scelta del legislatore risulta di per sé compatibile sia con la tesi che afferma la piena capacità di diritto privato delle amministrazioni pubbliche (e, dunque, la possibilità per queste ultime di essere parte di un contratto di società anche al di fuori di norme legittimanti), sia con la tesi che la nega. Nell'un caso, le disposizioni particolari non sarebbero altro che specificazioni nell'ambito di una capacità generale, nell'altro esse delimiterebbero il campo di azione dell'ente, esauendo le possibilità ammesse dall'ordinamento.

Neanche l'esame dell'art. 3 comma 27 della legge n. 244/2007, come si è appena cercato di dimostrare, è, di per sé, risolutivo. La norma non esprime un'opzione in un senso o nell'altro in ordine alla capacità dell'ente locale, ma, più probabilmente, la sottende.

E, infine, nemmeno il diffuso utilizzo delle società miste, anche là dove ciò non sia previsto da norme specifiche, è significativo, perché potrebbe essere a rischio d'illegittimità. Infatti, ove si disconoscesse la capacità giuridica generale, dovrebbe conseguentemente escludersi, al di fuori di un'espressa previsione legislativa che facoltizzi l'amministrazione a procedere in tal senso, la possibilità per gli enti pubblici di costituire società o di partecipare ad esse fuori dai casi enunciati dal legislatore (che, naturalmente, non si esauriscono nelle citate previsioni del Testo Unico degli enti locali).

È dunque necessario indugiare ora in un'analisi più ampia, che verta prevalentemente sui principi del sistema, esaminando la complessa relazione intercorrente tra enti pubblici e diritti, obblighi o facoltà ascrivibili al diritto civile. In fondo, la partecipazione

i termini del rapporto tra ente pubblico e diritto privato. Riflessioni specifiche a riguardo si trovano nel capitolo terzo par. 5.

in società altro non è che una delle manifestazioni della capacità di diritto privato dell'ente locale astrattamente configurabile.

Una volta accertato se gli enti pubblici godano di una capacità giuridica generale o speciale, sarà possibile tornare, allora, al tema delle società a partecipazione comunale, avendo individuato nell'ordinamento, considerato nel suo complesso, la risposta alle domande che ci siamo sinora posti.

È noto che il problema con il quale ci confronteremo ha un'origine risalente ed ha animato il dibattito di dottrina e giurisprudenza. Tuttavia, l'analisi che ci si propone non pare inutile, se non altro alla luce dei recenti interventi giurisprudenziali e legislativi e dei commenti che ne sono seguiti, che hanno, in alcuni casi negato, in altri limitato, la capacità degli enti pubblici e degli enti locali in particolare di utilizzare il diritto privato e, dunque, di avvalersi degli strumenti offerti dal codice civile.

Per seguire questo percorso, ripartiremo dai noti studi degli anni sessanta sul tema dell'attività di diritto privato dell'amministrazione, cercando di rileggerli alla luce del diritto vigente e degli approfondimenti ad essi successivi. Sarà necessario, in particolare, ridiscutere posizioni ormai consolidate, tanto consolidate che si è perso, nel tempo, il loro fondamento sistematico.

Così, una volta affrontato il quesito attorno al *se e quando* un Comune possa costituire o partecipare ad una società mista, ragionando sulla capacità di diritto privato, potremmo passare al *come*, analizzando anche alcuni profili significativi del regime delle società compartecipate.

Possiamo dunque comunicare al lettore i riferimenti concettuali che definiscono l'ambito dell'indagine. Tali imprescindibili riferimenti, che saranno inseriti in un contesto dinamico e, tra loro, relazionale, sono: *la capacità di diritto privato delle amministrazioni pubbliche*, in generale, e dell'ente locale, in particolare; *il Comune*, inteso come persona giuridica di diritto pubblico e i vincoli su di esso derivanti in virtù del diritto pubblico e il *riflesso di questi ultimi sul contratto* di società mista.

Attorno a questi tre poli si svilupperà l'analisi che segue.

Resteranno necessariamente sullo sfondo alcuni aspetti, pur significativi, che interagiscono di frequente con il tema delle so-

cietà miste, come quello dell'organismo di diritto pubblico o alcuni interessanti frammenti di disciplina, come i connotati della procedura ad evidenza pubblica per la scelta del *partner* privato. Ma ciò è inevitabile, considerato che ogni studio giuridico è accompagnato dalla relatività dell'approccio, determinata dall'impostazione che si decida di seguire.

Un'ultima, brevissima, avvertenza, il cui significato si coglierà meglio nel prosieguo. Il percorso delineato non ci porterà, se non tangenzialmente, ad occuparci della cosiddetta privatizzazione dell'amministrazione (83), restando astretto ad un fenomeno diverso e più specifico, quello dell'esercizio del potere negoziale, che non attiene dunque tanto all'organizzazione, quanto all'attività.

(83) Nel testo, con il termine privatizzazione dell'azione amministrativa ci si riferiva alla trasformazione delle strutture amministrative, rette dalle forme organizzative del diritto pubblico, in realtà astrette al diritto privato.

CAPITOLO II

LA CAPACITÀ DI DIRITTO PRIVATO DELL'ENTE PUBBLICO

SOMMARIO: 1. Il primo dei riferimenti concettuali necessari al presente studio. La capacità di diritto privato dell'ente pubblico e il suo rapporto con il principio di legalità. Impostazione della problematica. — 2. Parte descrittiva. — 2.1. La tesi della capacità speciale nella tradizione del diritto amministrativo del primo e del secondo dopo guerra e l'affermazione della capacità giuridica generale negli studi di M.S. Giannini e di G. Pericu. Aggiornamenti e riflessioni ulteriori. — 2.2. Il ritorno alla capacità speciale negli scritti di C. Marzuoli sul principio di legalità. Riflessione e critica. — 3. Parte ricostruttiva. — 3.1. La tesi della capacità di diritto privato dell'ente locale nel significato attuale dell'art. 11 del codice civile e secondo i principi dell'ordinamento: l'ente locale come persona giuridica e l'attività di impresa degli enti pubblici. Conclusioni sulla capacità del Comune di godere dei diritti e assumere obblighi secondo il diritto civile. — 3.1.1. La difficoltà di comprendere il significato dell'espressione «*godono dei diritti secondo le leggi e gli usi osservati come diritto pubblico*». Impostazione della problematica. — 3.1.1.1. L'attività di impresa degli enti pubblici nel codice civile secondo la Relazione di accompagnamento: unicità di regole e legittimazione generale. — 3.1.1.1.1. Neutralità sul tema del diritto europeo. — 3.1.2. Conclusioni sul significato dell'art. 11 del codice civile. — 3.2. Il comma 1 *bis* dell'art. 1 della legge n. 241/1990. La marginale rilevanza ai fini del presente studio. — 4. Conclusioni sulla capacità di diritto privato dell'ente locale. — 4.1. Il riconoscimento della capacità giuridica generale e la negazione della funzionalizzazione dell'attività di diritto privato. — 4.2. La negazione dell'autonomia privata. — 4.3. L'attività di impresa degli enti pubblici.

1. *Il primo dei riferimenti concettuali necessari al presente studio. La capacità di diritto privato dell'ente pubblico e il suo rapporto con il principio di legalità. Impostazione della problematica*

Al fine di affrontare la tematica delle società a partecipazione comunale nella prospettiva illustrata nel capitolo precedente (1), è fondamentale chiarire, in linea generale, in che modo gli enti pubblici si rapportino con il diritto privato e, in particolare, quando e come possano utilizzare gli strumenti offerti dal codice civile, tra cui rientra anche il contratto di società. Per far ciò è necessario accertare, preliminarmente, se essi siano dotati di una capacità giuridica generale o piuttosto di una capacità giuridica speciale e quale sia la valenza, rispetto al diritto privato, del principio di legalità (2). Solo così sarà possibile rispondere, coerentemente con il sistema, ai quesiti sollevati.

(1) Ossia per valutare se e quando l'ente locale possa partecipare a società miste e di quali vincoli risenta.

(2) Negli anni cinquanta del secolo scorso, in particolare negli studi dello Zanolini, si mise in evidenza la diversità tra principio di legalità nel diritto privato e principio di legalità nel diritto pubblico: G. ZANOLINI, *Corso di diritto amministrativo. Principi generali*, Milano, 1958, 28 ss. e, già prima, ID., *L'attività amministrativa e la legge*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1924, I, 383; anche R. ALESSI, *Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano*, Milano, 1953, 8; G. MIELE, *Principi di diritto amministrativo*, Padova, 1953, 24 ss.. Riflettendo sul ruolo delle norme di legge, si riteneva che alla funzione di limite, che è propria del diritto in generale, il diritto amministrativo ne aggiungesse un'altra, cioè quella di determinazione positiva della condotta delle pubbliche amministrazioni, nell'esercizio dei pubblici poteri. E, dunque, il diritto amministrativo veniva ad acquisire una funzione più sostanziale, colta sia nei confronti dell'attività interamente vincolata dalle norme del diritto oggettivo, sia nei confronti dell'esercizio di poteri discrezionali, a garanzia degli amministrati. In questa prospettiva, si precisò che l'attività discrezionale dovesse concretizzarsi, diversamente dalla libertà privata, in una facoltà di scelta con cui l'amministrazione doveva agire *al servizio di altri*, cioè per il conseguimento di fini voluti ed imposti dal legislatore. Si poté cogliere così l'*eteronomia* dei fini che caratterizza l'attività dell'amministrazione. Di questo passo, si giunse alla conclusione che le leggi amministrative non delineassero solo i confini esterni dell'attività della pubblica amministrazione, ma ne determinassero anche e in modo penetrante

il contenuto positivo. In sostanza, il diritto pubblico richiedeva che la conformità alla legge fosse non solo formale, ma anche sostanziale. Va quindi tenuto presente che il principio di legalità, nel senso predetto, ha caratterizzato l'azione *autoritativa* dei soggetti pubblici, in funzione di garanzia per gli amministrati, proprio in antitesi all'ambito dominato dal diritto privato, in cui lo *ius commune* e il connesso consenso non avrebbero reso necessario rivendicare tale specifica nozione.

In sostanza, il principio di legalità crebbe nell'ambito del diritto pubblico e in relazione a quella supremazia giuridica generale riconosciuta all'amministrazione, come titolare del potere di imperio: esemplare la ricostruzione in V. E. ORLANDO - F. D'ALESSIO, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Torino, 1949, 25.

Sul principio di legalità la letteratura è vastissima, si riferirà perciò solo degli scritti che hanno attinenza con aspetti rilevanti ai fini della presente ricerca e che dunque trattano anche il tema del rapporto tra principio di legalità dell'azione amministrativa e utilizzo del diritto privato: A. TRAVI, *Giurisprudenza amministrativa e principio di legalità*, in *Dir. pubbl.*, 1995, 91 ss.; M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, ult. ed. 1993, I, 87, per cui non si ravviserebbe la necessità che, nell'attività di diritto privato basata sul principio della consensualità, rilevi il principio di legalità, che nasce a garanzia dei cittadini nei confronti dell'esercizio di poteri autoritativi; C. MARZUOLI, *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, cit., 1-47, per cui, invece, il concetto di legalità-indirizzo deve vincolare anche l'utilizzo del diritto privato; S. COGNETTI, *Profili sostanziali della legalità amministrativa*, Milano, 1993; P. M. VIPIANA, *L'autolimita della pubblica amministrazione*, Milano, 1990, che approfondisce il concetto di eterolimita, cioè di ogni tipo di vincolo non posto dall'amministrazione stessa ma derivante dall'ordinamento che l'amministrazione incontra, sempre, nell'esercizio della sua attività; M. MAZZAMUTO, *La legalità debole dei principi*, in *Dir. e soc.*, 1993, 475; e, tra i più recenti, S. PAJNO, *Considerazioni su principio democratico e principio di legalità*, in *Dir. pubbl.*, 2005, 467 ss.; P. CHIRULLI, *Autonomia pubblica e diritto privato nell'amministrazione*, cit., 22 ss.; F. SICILIANO, *La legalità amministrativa (comunitaria ed interna) e certezza del diritto: riflessi sui rapporti amministrativi e istituzionali*, Milano, 2010.

Sulla problematica del rapporto tra amministrazione e diritto privato, alcuni dei contributi più recenti si devono a Merusi. Secondo F. MERUSI, *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia*, in *Dir. Pubbl.*, 2007, 427 ss. e ID., *Sentieri interrotti della legalità*, Bologna, 2007 spesso si utilizza il diritto privato proprio per sfuggire all'applicazione del principio di legalità; lo studioso, proprio ragionando sul principio di legalità, esclude che le amministrazioni possano vantare una capacità di diritto privato, perché «quando esiste, è limitata dal

La natura *pubblica* (3) dei soggetti considerati comporta che non risultano applicabili, *sic et simpliciter*, le conclusioni che si sono consolidate riguardo alle persone giuridiche private, dovendoci invece interrogare sull'eventuale esistenza di un regime speciale, derivante dal diritto amministrativo, che articoli diversamente l'utilizzo del diritto privato quando sia coinvolta una pubblica amministrazione.

Dunque, gli studi sulla capacità giuridica degli enti pubblici precedono e condizionano la ricostruzione che si voglia fornire in relazione al fenomeno della costituzione o della partecipazione a società.

Che si tratti di un aspetto indubbiamente preliminare è indiscutibile, considerato che, riflettendo sulla capacità giuridica, ci si occupa di quella qualità che consente ad un soggetto di essere titolare di diritti e doveri secondo le previsioni di un determinato ordinamento; la capacità giuridica è, cioè, un requisito condizionante, che permette alla persona giuridica di divenire un «*punto di imputazione*» (4) e determina il modo in cui, nel nostro caso, l'ente locale diviene, appunto, centro di imputazione di atti ed effetti

fine da perseguire, con la conseguenza che l'attività di diritto privato delle pubbliche amministrazioni non è regolata dal principio della generale capacità di diritto privato, bensì dall'opposto principio dell'*ultra vires*», 441. Si vedrà meglio nel corso del presente lavoro che, secondo quanto a noi pare, l'affermazione del vincolo nel fine è compatibile con il riconoscimento della capacità di diritto privato, posto che, anzitutto, un vincolo nel fine è sempre presente ove ci si trovi di fronte ad una persona giuridica, sia essa privata o pubblica, la quale è comunque tenuta ad operare nei limiti delle competenze ad essa delegate.

(3) Per soggetti di natura pubblica intendiamo riferirci a quegli organismi che siano destinati alla cura di interessi generali e che, in virtù di ciò, possono esprimere la propria autorità anche mediante l'esercizio di poteri autoritativi. Dunque, tralasciando il tema degli enti pubblici economici, ci concentreremo su quello degli enti pubblici propriamente detti.

(4) L'espressione è ripresa da Kelsen, che precisa: «la persona giuridica è soltanto l'espressione unitaria di un complesso di norme», H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino, 1952, 89-91.

giuridici (5).

Tratteggiato il quadro sistematico, affronteremo poi il caso più specifico di quella particolare manifestazione della capacità privatistica dell'ente locale che si sostanzia nella possibilità di costituire o partecipare ad una società assieme a soggetti privati.

Entriamo ora nel merito della questione.

La dottrina civilista, all'esito di indagini sofisticate, è giunta con piena consapevolezza alla conclusione che le persone giuridiche, mente la loro natura di soggetti autonomi dell'ordinamento (6), godono, al pari delle persone fisiche, di una capacità generale (7).

(5) Chiarita la prospettiva del presente lavoro, non potrà essere oggetto di specifico approfondimento (perché si andrebbe fuori tema) la problematica degli accordi pubblicistici conclusi tra amministrazioni e privati, regolati ora nella legge sul procedimento amministrativo, né l'elaborazione dottrinale che essa ha prodotto. Per ragioni di sintesi, quindi, si rinvia all'indagine a riguardo svolta da S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Contributo allo studio del principio contrattuale nell'attività amministrativa*, cit., 33 e ss., in cui si espongono criticamente anche le tesi di Forti, De Valles, D'Alberti, Carnelutti, Miele, Bodda, Giannini, Ledda.

(6) Fa il punto M. V. DE GIORGI, *Le persone giuridiche*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. RESCIGNO, Torino, 1999, 279 ss.: «con l'espressione persona giuridica si è inteso individuare, sin dal momento della sua introduzione nel lessico dei giuristi, quel fenomeno per il quale l'ordinamento considera soggetti di diritto e destinatari di norme entità diverse dall'uomo», 279. Molte delle problematiche definitorie appartenenti alla teoria generale del diritto sono ormai sopite dalla presenza di norme che hanno fornito una soluzione alle questioni più generali. Il dibattito fu invece particolarmente vivo negli studi dei primi del novecento e traspare in tutta la sua complessità nel già richiamato scritto di H. Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, cit., 87 ss..

(7) Dà conto del dibattito in argomento F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, cit., 173 ss., evidenziando anche che la teoria della capacità delle persone giuridiche dipendeva dalla concezione, *realistica o finzionistica*, che si avesse della personalità giuridica delle organizzazioni collettive. Chi propendeva per la tesi realista, assimilava i caratteri delle persona giuridica a quelli dell'individuo, riconoscendo, perciò, in capo alla persona giuridica una capacità piena; viceversa, chi propendeva per la tesi finzionistica, concepiva la capacità delle persone giuridiche in maniera molto limitata, 200.

Attualmente, la prevalenza della concezione realista emerge anche negli interventi normativi, tramite cui si tende ad ampliare il più possibile l'ambito della capacità delle persone giuridiche che, ad esempio, con il D.Lgs. n. 231/2001 possono vedersi riconosciuta una responsabilità amministrativa da reato.

Nel senso che sono potenzialmente destinatarie di una serie infinita di rapporti, salve le limitazioni previste dalle norme di legge.

Il nostro ordinamento dota le persone giuridiche anche della capacità d'agire (8) (che, molto semplificando (9), rappresenta il lato operativo della capacità giuridica), per mezzo della quale è possibile compiere atti o concludere negozi tramite gli organi che ne abbiano la rappresentanza.

Alla capacità d'agire si accompagna l'autonomia privata (10) delle persone giuridiche (appunto) private (11), che comporta il potere di regolare nel modo che si ritenga più opportuno, insindacabilmente e senza l'intromissione di terzi, i propri interes-

(8) In linea generale, per capacità d'agire s'intende la capacità di disporre dei propri diritti e di assumere impegni mediante manifestazioni di volontà. In senso descrittivo: P. RESCIGNO, *Capacità di agire (voce)*, in *Dig. disc. Priv.* (sez. civ.), II, Torino, 1988, 216.

(9) La semplificazione è necessaria, considerato che un esame più dettagliato della capacità di agire ci allontanerebbe dagli snodi principali del presente studio.

(10) Sul tema dell'autonomia privata sono moltissimi i contributi di approfondimento degli studiosi del diritto civile, sui quali si tornerà più dettagliatamente nel successivo par. 4.2.. Si riferirà nelle pagine che seguono degli scritti apparsi più significativi nell'ottica mantenuta nel nostro lavoro. In generale basti, per ora, il riferimento agli scritti di S. PUGLIATTI, *Autonomia privata*, in *Enc. Dir.*, IV, 1959, 366 ss. ID, per quanto qui interessa, *Diritto pubblico e diritto privato*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964; sul tema anche T. ASCARELLI, *Studi in tema di contratto*, Milano, 1952; R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, in *Commentario Scialoja – Branca*, Bologna-Rimini, 1972; R. SACCO, *Autonomia nel diritto privato*, in *Dig. civ.*, Torino, 1987; F. GALGANO, *Le obbligazioni e i contratti*, in *Dir. civ. comm.*, II, 1, Torino, 1996; G. B. FERRI, *La nozione di contratto*, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. RESCIGNO, Torino, I, 1999, 3 ss.; A. CATAUDELLA, *I contratti, Parte generale*, Torino, 2000. Nello specifico sull'autonomia contrattuale, per un'analisi recente di storia del diritto e di diritto comparato: A. SOMMA, *Autonomia privata e struttura del consenso contrattuale*, Milano, 2000.

(11) Persone giuridiche private che, come si diceva, hanno tratti caratterizzanti differenti da quelli delle persone giuridiche pubbliche. Ha ampiamente evidenziato le differenze tra persona giuridica pubblica e persona giuridica privata S. CASSESE, *Le persone giuridiche e lo Stato*, in *Contr. imp.*, 1993, 1 ss.. Prima G. MIELE, *Attualità e aspetti della distinzione fra persone giuridiche pubbliche e private*, in *Scritti giuridici*, Milano, II, 1987, 819 ss..

si (12). L'autonomia privata, intesa come capacità di autoregolamentazione della propria sfera giuridica tramite strumenti di diritto privato, si esplica poi in negozi giuridici e in contratti (13). In quest'ultimo caso, dà luogo alla cosiddetta autonomia negoziale o contrattuale (14). Verificheremo, nelle conclusioni del presente capitolo, dopo aver affrontato il tema della capacità giuridica degli enti pubblici, se, anche a questi ultimi, sia riferibile il concetto di autonomia privata (15).

Ora si tratta di capire se quanto detto (e pacificamente avvalorato dal diritto positivo) possa valere anche per le persone giuridiche pubbliche e perciò anche per l'ente locale. Affermare la piena capacità giuridica e di agire del Comune, quale persona giuridica pubblica (16), secondo i medesimi caratteri delle persone giuridiche private, equivarrebbe a riconoscere che esiste un ambito in cui l'amministrazione locale può assumere obblighi e essere titolare di diritti secondo le fattispecie astrattamente determinate

(12) Fondamentale, per capire provenienza e sviluppi del concetto, lo studio di F. VASSALLI, *Extratestualità del diritto civile*, in *Studi giuridici*, Milano, 1960, II, 2, spec. 775.

(13) Va precisato allora che la nozione di autonomia privata esprime un concetto più ampio di quello dell'autonomia contrattuale; accogliendo la teoria del negozio giuridico si è portati a distinguere tra autonomia privata (che comprende atti di autonomia che contratti non sono: come il testamento, la procura etc.) e autonomia contrattuale, riferibile alla conclusione di contratti tipici e atipici, nei limiti ammessi dall'ordinamento. Sul rapporto tra autonomia negoziale e autonomia contrattuale si richiamano, in particolare, le opere di N. IRTI, *Lecture bettiane sul negozio giuridico*, Milano, 1991, 3; G. B. FERRI, *Causa e tipo della teoria del negozio giuridico*, Milano, 1996, 28; F. GALGANO, *Il negozio giuridico*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da Mengoni, Milano, 1988, 1 ss..

(14) In pratica, la capacità giuridica indica un aspetto potenziale, l'autonomia negoziale un aspetto *reale*, basato sulla libertà del volere.

(15) Le nostre conclusioni sul punto saranno negative. Si rinvia, a tale proposito, al par. 4.2..

(16) Si intende soggetto prevalentemente regolato dal diritto pubblico e dotato di poteri autoritativi. La precisazione non sembri scontata: parte della dottrina va infatti ritenendo che la persona giuridica pubblica sia solo una delle possibili forme che il perseguimento organizzato di pubblici interessi può oggi assumere: F. GALGANO, *Pubblico e privato nella qualificazione della persona giuridica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1966, 278 ss..

dal codice civile e, dunque, anche stipulare un contratto di società (pur in assenza di una norma legittimante).

Ritenere, invece, come fa parte della dottrina pubblicista, che alla natura pubblica debba accompagnarsi l'integrale soggezione dell'ente ai principi del diritto amministrativo, tra cui il principio di legalità, rischia fortemente di comportare che anche il potere negoziale, al pari del potere autoritativo debba essere circoscritto secondo quanto autorizzato da norme di legge e limitato di conseguenza.

2. *Parte descrittiva*

Studi dedicati alla capacità giuridica e di agire delle persone giuridiche *pubbliche* non sono numerosi (17). La dottrina, negli ultimi anni, si è concentrata maggiormente sui profili attinenti alle conseguenze, per il sistema del diritto amministrativo, dell'impiego di strumenti privatistici, come la società per azioni (18), dando per presupposta l'adesione ad una piuttosto che all'altra delle tesi prospettate intorno al rapporto tra diritto privato e amministrazione pubblica. Tuttavia, tra i pochi, ve ne sono al-

(17) Sulla capacità di diritto privato degli enti pubblici, ripercorre le tesi precedenti all'entrata in vigore del codice civile del 1942 lo studio di F. CAMMEO, *I contratti della pubblica amministrazione: capacità e legittimazione a contrarre*, Firenze, 1937. Riassuntivamente anche F. P. PUGLIESE, *Contratto – sub Contratti della pubblica amministrazione*, ad vocem, in *Enc. giur.*, Roma, 1988. Contributi importanti, e citati pressoché in tutti gli scritti sul tema, quelli di M. CANTUCCI, *L'attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Padova, 1941; F. FRANCHINI, *Pubblico e privato nei contratti della pubblica amministrazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1962, 35 ss.; U. BRECCIA, *L'immagine che i privatisti hanno del diritto pubblico*, in *La necessaria discontinuità*, Bologna, 1990.

(18) Peraltro con studi particolarmente interessanti, cui ci è facile rinviare, considerato che le conclusioni prospettate ci paiono del tutto da condividere. F. GOISIS, *Contributo allo studio delle società in mano pubblica come persone giuridiche*, cit.; F. MERUSI, *La privatizzazione per fondazioni tra diritto pubblico e diritto privato*, in *Dir. Amm.*, 2004, 447; M. G. ROVERSI MONACO, *La teoria dell'ente pubblico in forma di società*, Torino, 2004; G. NAPOLITANO, *Soggetti privati «enti pubblici»?*, in *Dir. amm.*, 2003, 801; L. R. PERFETTI, *Miti e realtà nella disciplina dei servizi pubblici locali*, in *Dir. amm.*, 2006, 387 ss..

cuni particolarmente significativi (per il contributo fornito agli studi giuridici), diffusi tra la fine degli anni sessanta e i primi anni ottanta, da cui si traggono indicazioni utili per il progredire del nostro ragionamento (19). Vediamo ora in quale contesto tali riflessioni si sono collocate.

La tesi che attribuisce alle persone giuridiche pubbliche una capacità generale, con le stesse caratteristiche riconosciute alle persone giuridiche private, ha prevalso in dottrina per buona parte del secolo scorso, pur non essendo ora condivisa unanimemente. Le argomentazioni che hanno sorretto la conclusione appena riferita sono molteplici, ma possono essere tutte raggruppate attorno all'idea dell'unicità del concetto di persona giuridica e, difatti, sono state rafforzate con l'adozione del codice civile del 1942 che non distingue, individuando categorie concettuali separate, persone giuridiche private e persone giuridiche pubbliche.

Senonché, affrontando la medesima problematica, altra parte della dottrina pubblicista, nello stesso quadro normativo, ha inteso riaffermare la specialità dei soggetti pubblici e, per essi, del

(19) Ci si riferisce alle opere di: A. FALZEA, voce *Capacità (teoria generale)*, in *Enc. Dir.*, vol. VI, Milano, 1960; G. PERICU, *Note in tema di attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Milano, 1966; M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit.; C. MARZUOLI, *Principio di legalità è attività di diritto privato*, Milano, 1982; G. GRECO, *I contratti dell'amministrazione tra diritto pubblico e diritto privato*, Milano, 1986. I contributi citati, anche per l'autorevolezza di chi li ha sviluppati, si sono presto trasformati in necessari punti di partenza per gli approfondimenti successivi, alleggerendo gli studiosi che se ne sono serviti dall'onere di motivare, sotto questo aspetto, le proprie teorie. La giurisprudenza, dal canto suo, ha riconosciuto piuttosto facilmente agli enti pubblici, in quanto persone giuridiche, una soggettività piena, per cui, in mancanza di previsioni contrarie, si è ritenuto, con una certa facilità, che potessero far uso di strumenti del diritto privato, tipici o atipici, senza che sussistessero limitazioni particolari, al di là dei divieti espressi nelle norme vigenti: cfr. Cons. St., Sez. I, 11 novembre 1977, n. 2062 (con riferimento alla possibilità per l'amministrazione di stipulare contratti misti, pur in assenza di una norma legittimante); Cass. Sez. III, 2 ottobre 1978, n. 4371 (sui contratti innominati). E successivamente Cass., Sez. II, 26 aprile 1984, n. 2626 (in relazione ad un contratto avente ad oggetto il trasferimento di un bene immobile verso il corrispettivo costituito in parte dal pagamento di una somma di danaro ed in parte dalla costruzione di una strada da parte dell'acquirente).

diritto amministrativo, ritenendo *funzionalizzata* (20) al diritto pubblico anche l'attività dell'amministrazione svolta tramite il diritto privato. L'argomentazione principale che sorregge tale diverso punto di vista consiste nel valore attribuito al principio di legalità (inteso come necessaria attribuzione specifica di potere), per effetto del quale agli enti pubblici sarebbe precluso far ricorso a meccanismi negoziali o, in genere, appartenenti al diritto privato, al di fuori da una norma che a ciò autorizzi.

Non manca nemmeno una posizione mediana tra le due linee di pensiero enunciate, che riconosce in capo agli enti pubblici una capacità giuridica generale, pur ritenendo imprescindibile che ogni attività dell'amministrazione sia vincolata ai fini per cui essa è costituita, senza che ciò porti, però, a sostenere che il principio di legalità imponga una specifica autorizzazione per l'utilizzo di strumenti privatistici.

A questo punto, dobbiamo convenire, riflettendo con maggiore dettaglio sulle tesi seguite in dottrina, su quale sia la nozione da accogliere.

2.1 *La tesi della capacità speciale nella tradizione del diritto amministrativo del primo e del secondo dopo guerra e l'affermazione della capacità giuridica generale negli scritti di M.S. Giannini e di G. Pericu. Aggiornamenti e riflessioni ulteriori*

Nel primo e nel secondo dopo guerra (21), parallelamente al diffondersi dell'utilizzo del diritto privato, il necessario collegamento dell'azione dei soggetti pubblici con le finalità di pubblico interesse stabilite dalla legge aveva portato a invocare, in favore

(20) Vedremo più oltre che cosa si intenda con il termine funzionalizzazione, si rinvia a riguardo al par. 4.1..

(21) Per evitare la c.d. *Flucht ins Privatrecht*, cioè quel meccanismo per cui l'utilizzo di strumenti privatistici avrebbe potuto comportare che l'amministrazione cominciasse a sottrarsi al sistema di garanzie proprie del diritto pubblico. G. PERICU, *Note in tema di diritto privato dell'amministrazione*, cit., 117, nota 16.

delle persone giuridiche pubbliche, soltanto una capacità giuridica limitata, ritenendo legittimo il ricorso al diritto privato solo in presenza di specifiche norme che consentissero all'amministrazione di utilizzare il tale o il talaltro strumento privatistico, escludendo quanto non autorizzato da precise disposizioni di legge (22) (in analogia con quanto, come vedremo tra poco, affermato nel sistema anglosassone). La capacità delle persone giuridiche pubbliche ne risultava doppiamente limitata: dalla necessità di aderenza allo scopo pubblico e attuazione del medesimo nonché da quella di individuare, *ex ante*, una previsione specificamente legittimante.

È evidente che, in questi ragionamenti, si voleva proteggere l'inscindibilità tra azione dell'ente pubblico e finalità pubblicistiche, con l'obiettivo di scongiurare il rischio che il diritto privato consentisse agli enti pubblici di allontanarsi dal mandato cui erano, per missione istituzionale, vincolati.

La tendenza ad equiparare soggetti pubblici e soggetti privati sotto la nozione unitaria di persona giuridica è invece, come si accennava, alla base delle riflessioni di poco successive, che hanno indotto a ritenere sussistente, anche in capo alle persone giuridiche pubbliche, una capacità generale, ritenendo invocabile il concetto stesso di autonomia privata (23). Questa prospettiva si può

(22) Diversamente l'attività del soggetto pubblico sarebbe risultata *stornata* rispetto alla sua destinazione istituzionale: F. FERRARA, *Teoria delle persone giuridiche*, Torino, 1923, spec. 856. Anche C. CAMMEO, *I contratti della pubblica amministrazione*, cit., 131 ss. e 154; M. CANTUCCI, *L'attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, cit., 65; S. ROMANO, *Autonomia*, in ID. *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947, 22, per cui «da loro autonomia (degli enti pubblici, n.d.r.) è, per definizione, un'autonomia funzionale», nel senso che essa è limitata all'adempimento della funzione pubblica, cioè al perseguimento degli scopi che la legge attribuisce al soggetto.

L'ipotesi interpretativa in questione ha trovato nuovo vigore in commento alle importanti restrizioni di recenti introdotte dal legislatore proprio riguardo alla (limitata) possibilità degli enti pubblici di partecipare a società di capitali, cfr. A. MAZZONI, *Limiti legali alle partecipazioni societarie di enti pubblici*, cit., 57 ss.. V. capitolo primo, par. 7.1..

(23) In questi termini, come stiamo per vedere: G. PERICU, *Note in tema di attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, cit., 189.

facilmente riassumere nella seguente sintetica affermazione: gli enti pubblici possono fare, con il diritto privato, tutto ciò che non sia vietato dalla legge.

In questo filone, il primo contributo organico che ha affermato, in termini radicali, la capacità giuridica generale degli enti pubblici è del 1966 (24). Non a caso è apparso in un momento in cui il progressivo espandersi dell'azione delle pubbliche amministrazioni tramite istituti e strumenti di diritto privato stava assumendo dimensioni importanti (25).

(24) Ci si riferisce allo scritto di G. PERICU, *Note in tema di attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, cit..

(25) Gli studi storici dimostrano che già dalla fine del primo conflitto mondiale si poté registrare una nuova tendenza volta a ridurre gli spazi di utilizzo del diritto pubblico in favore del diritto comune, di cui riferiscono dettagliatamente, anche rispetto ad esperienze di altri Paesi europei, L. MANNORI - B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Roma - Bari, 2001: «In modo opposto alle dinamiche ottocentesche, la crescita della presenza pubblica, lo stesso impianto di un governo dell'economia ha associato allo sviluppo di forme di gestione indirette, forme di gestione sempre più marcate di intervento diretto, che spostano gli strumenti stessi dell'economia (...). Lo Stato che scende nell'economia è costretto a calarsi nella tipologia organizzativa e negli Statuti propri del diritto comune, comincia la fuga verso il diritto privato dell'amministrazione pubblica», 473-474.

Ci ricorda la dottrina che il passaggio dalle forme pubblicistiche alle forme privatistiche è il risultato di fattori economici e della sensibilità verso una maggiore valorizzazione dell'iniziativa economica privata «sia come riconoscimento della efficienza della concorrenza sia come riconoscimento della nuova posizione che è fatta ai cittadini quali elementi essenziali per lo sviluppo dell'interesse generale della comunità», F. BENVENUTI, *Disegno dell'Amministrazione italiana. Linee positive e prospettive*, cit., 339. Mette in luce, l'Autore, che questa prospettiva si incrocia con un altro tema fondamentale, «che è quello delle finalità perseguite dallo Stato nel senso che si tratta di decidere se lo Stato debba sostituirsi alla iniziativa privata, ovvero debba avere soltanto una funzione sussidiaria», 340. Ove prevalga la seconda opzione si afferma così «il principio per cui là dove non ci siano esigenze di carattere inderogabile e nei limiti minimali, la migliore soddisfazione dell'interesse pubblico avviene attraverso i principi, appunto, della concorrenza. Tra l'altro anche perché la proprietà privata delle imprese, quando essa assuma la forma della società per azioni, permette la partecipazione dei singoli alla struttura azionaria e facilita così quell'indirizzo sancito dalla Costituzione, secondo cui anche comunità di lavoratori o utenti possono diventare responsabili di determinate imprese o categorie di imprese», 340. E così, il fenomeno dell'utilizzo di forme privatistiche

Negli stessi anni, esperienze di valorizzazione del diritto privato da parte dei pubblici poteri caratterizzavano anche gli altri Paesi europei, dove lo stesso fenomeno prendeva piede (26).

ha un grande significato «concettuale, perché tende a privilegiare anziché il rapporto autoritario tra l'Amministrazione e i cittadini, il rapporto paritario», 353.

Un quadro preciso del mutamento della concezione della supremazia generale della P.A. emerge anche dalla lettura del saggio di F. BASSI, *Autorità e consenso*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1962, 744 ss., che si interroga sul se possa affermarsi che il momento autoritativo possa ancora costituire il pilastro portante della pubblica amministrazione. Più di recente, osserva i mutamenti che interessano i pubblici poteri, S. CASSESE, *Quattro paradossi sui rapporti tra poteri pubblici ed autonomie private*, cit., 389 ss..

(26) Nella Costituzione tedesca mancano disposizioni generali che descrivano il ruolo dello Stato nell'economia. Ciò tuttavia non ha ostacolato l'intervento diretto, anche tramite strumenti di diritto privato, delle amministrazioni. Pur in assenza di specifica copertura costituzionale, l'esperienza tedesca ha dato spazio ad un processo di privatizzazione tra i più significativi, grazie soprattutto al pensiero socialista degli anni di Weimar (1919-1933). Dopo la Seconda Guerra Mondiale, con il progressivo abbandono dell'idea di uno Stato interventista, la posizione dello Stato mutò, in ragione dell'affermazione dei principi della tutela della concorrenza. Il governo Kohl del 1982, con lo slogan «*mehr Markt und weniger Staats*» (più mercato e meno Stato), attuò la privatizzazione di molte imprese pubbliche, come reazione allo stato di difficoltà del bilancio pubblico. Su questo tema specifico: S. NINATTI, *Le privatizzazioni in Germania*, in *Le privatizzazioni in Europa*, in *Trattato di Diritto Amministrativo*, a cura di G. SANTANIELLO, Padova, 2003, vol. XXXIV, 17 ss.. Testimonia l'importanza dello sviluppo del diritto pubblico dell'economia in Germania lo scritto, dedicato a Franz Wieacher, di P. GROSSI, *Un grande giurista del nostro tempo*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, 490.

In Francia, V. in generale, sulle privatizzazioni, M. DURUPTY, *Le privatizzazioni in Francia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1988, 44; P. MARCHETTI, *Le privatizzazioni in Francia*, in *Riv. soc.*, 1994, 264 ss.; M. SARACENO, *Le privatizzazione in Francia*, in *Econ. Pubbl.*, 1993, 365 ss.. Si è di recente interrogato sul diritto amministrativo che si sviluppa in forme privatistiche B. PLESSIX, *L'utilisation du droit civil dans l'Élaboration du droit administratif*, Paris, 2003, sul quale si veda anche la recensione di C. TOCCAGNI, in *Dir. pubbl.*, 2004, 355 ss. che precisa come «in Francia il Consiglio di Stato, innanzi allo stesso fenomeno, interviene anticipando il potere legislativo, nel senso di creare – esso stesso – un nuovo diritto amministrativo che, pur ispirandosi ad istituti propri del diritto civile, mantiene, tuttavia, la propria natura pubblicistica», 355.

In Spagna il fenomeno dell'impresa pubblica ha avuto una grande espansione durante il regime franchista, sotto il quale è stato creato, nel 1941, l'*Instituto Nacional de Industria de España* (INI), sul modello dell'IRI italiano, con il compi-

La tesi richiamata riprese, ampliandola (27), la teoria, comparsa qualche decennio prima, della «attività di diritto privato dell'amministrazione» (28), intesa come una delle tre modalità di azione dell'amministrazione astrattamente configurabili (attività amministrativa di diritto pubblico; attività amministrativa di diritto privato; e, appunto, attività di diritto privato dell'amministrazione) (29).

to di promuovere e finanziare la creazione e la rinascita delle industrie spagnole. Successivamente, la Costituzione spagnola del 1978, a differenza di quella tedesca, ha riconosciuto, all'art. 38.1, la libertà d'impresa nel quadro dell'economia di mercato, e all'art. 128.2, la pubblica iniziativa nell'attività economica. Sulle privatizzazioni in Spagna: A. M. NICO, *Le privatizzazioni in Spagna*, in *Le privatizzazioni in Europa*, cit., 395 ss., in particolare pp. 479-50.

Nel Regno Unito, il percorso di privatizzazione iniziato con il Governo Thatcher ed il *Local Government, Planning and Land Act* del 1980, proseguito con il *Local Government Act* del 1988, ha imposto la messa in concorrenza di numerose attività prima di competenza degli enti locali (come smaltimento dei rifiuti, servizi sociali, supporto alle scuole), ed ha costretto le autorità locali non intenzionate ad abbandonare il mercato e ad organizzarsi diversamente per competere con le imprese private, dando vita a specifiche strutture, rette dai principi imprenditoriali. Fin qui l'esperienza britannica ha tratti comuni a quelle degli altri Paesi europei. Per il resto, nel sistema anglosassone, la capacità di diritto privato degli enti pubblici segue un'impostazione del tutto peculiare, basata sulla tendenza di quell'ordinamento a ridurre la discrezionalità amministrativa, legittimando ogni attività delle *public authorities* con previsioni dettagliate e minuziose, nel rispetto dell'affermazione più piena della *rule of law*. Così, anche la possibilità di costituire o partecipare a società da parte dei pubblici poteri è ammessa solo ove vi sia una previsione normativa che lo consenta e nei limiti previsti. W. WADE - C. F. FORSYTH, *Administrative law*, Oxford, 2009, 276 ss..

(27) *Ampliandola* nel senso che utilizza il medesimo schema ricostruttivo per intendere sia l'attività che precedentemente era confluita nella c.d. attività amministrativa di diritto privato sia quella di diritto privato dell'amministrazione, generalizzando i canoni di quest'ultima.

(28) A. AMORTH, *Osservazioni sui limiti dell'attività amministrativa di diritto privato*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1938, 445 ss.. Sul valore descrittivo della distinzione cui si è accennato torna F. G. COCA, *Attività amministrativa*, in *Enc. dir.*, Milano, 1959, 988 ss..

(29) Gli studi di Amorth riguardano un tema che costituisce premessa e non oggetto della nostra indagine. Li richiameremo tuttavia nei loro assunti fondamentali data la loro importanza per la scienza del diritto amministrativo e dato il condizionamento che essi hanno indubbiamente avuto in chi ha ap-

Ebbene, valorizzando il concetto di attività di diritto privato dell'amministrazione, si ritenne che la tesi della capacità giuridica speciale fosse stata costruita arbitrariamente, sulla base di argomenti *metagiuridici*, senza che si potesse rinvenire alcun dato, nel diritto positivo, che obbligasse a sostenere quanto prospettato

profondito il tema dell'attività negoziale delle amministrazioni pubbliche. Il caso da cui prese le mosse la ricerca di Amorth è particolarmente interessante: si trattava della questione sorta attorno alla validità di una garanzia fideiussoria con cui alcune pubbliche amministrazioni si erano vincolate a garantire un prestito obbligazionario contratto da una società costituita per la costruzione e l'esercizio di un'opera pubblica.

Secondo l'autorevole maestro, l'attività amministrativa non poteva essere considerata come un blocco unitario, dovendosi suddividere invece in a) *attività amministrativa* propriamente detta, di diritto pubblico o di diritto privato, se direttamente volta al perseguimento di un pubblico interesse, e in b) *attività di diritto privato dell'amministrazione*, intendendosi con ciò «quella che gli enti pubblici esplicano con mero intento economico, a titolo di buona amministrazione del proprio patrimonio, che viene compiuta, in una parola, non soltanto formalmente, ma pure sostanzialmente come un privato qualsiasi». Perciò, quest'ultima non sarebbe attività amministrativa, ma di amministrazione. Cfr., A. AMORTH, *Osservazioni sui limiti dell'attività amministrativa di diritto privato*, cit., 34-35.

L'attività amministrativa di diritto privato sarebbe, dunque, attività sostanzialmente amministrativa, espletata tramite il diritto privato, retta da «norme che valgono pure, anzi soprattutto, per i comuni soggetti giuridici: persone fisiche ed enti privati», 464; mentre l'attività di diritto privato dell'amministrazione riguarderebbe le situazioni in cui «gli enti pubblici non realizzano la loro destinazione fondamentale, bensì traggono solo mezzi patrimoniali necessari, esclusivi o integrativi di altri (...) esso resta in pieno un negozio di diritto privato» 465.

La terza categoria rispetto alle due richiamate nel testo era quella dell'attività amministrativa di diritto pubblico «cioè quella che le pubbliche amministrazioni pongono in essere per raggiungere e realizzare la loro destinazione fondamentale, ma che è retta da norme di diritto pubblico-amministrativo, norme cioè specifiche, esclusive potremmo dire, degli enti pubblici», A. AMORTH, *Osservazioni sui limiti dell'attività amministrativa di diritto privato*, cit., 464.

Riprendono questi temi gli scritti di poco successivi di F. BENVENUTI, *Pubblica amministrazione e diritto amministrativo*, in *Jus*, 1957, 159; M. GIORGIANNI, *Il diritto privato ed i suoi attuali confini*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1961, 391 ss., in cui, con riferimento all'attività dell'amministrazione, si attesta che «molteplici fatti e situazioni sono stati ormai attratti senza riserve alla disciplina del diritto privato, che per l'addietro veniva preclusa o limitata dalla concezione di questo, quale diritto dei *particulares*», 413.

con effetti tanto limitativi sulla capacità giuridica dei soggetti pubblici. Così ragionando, si disse, la tesi della capacità speciale «*sposta arbitrariamente un elemento – lo scopo – dalla fattispecie in cui è stato normativamente previsto – l'attività amministrativa di diritto pubblico – in ogni altra fattispecie che abbia come punto terminale di imputazione l'ente stesso*» (30). Al contrario si sottolineò che il diritto positivo conosceva (e conosce), all'opposto, un'unica categoria di capacità giuridica, quella generale appunto, attribuita ad ogni persona giuridica.

In secondo luogo, si mise in evidenza come il principio della capacità speciale fosse foriero di una perniciosa incertezza (31), e per questo, infatti, avesse visto ad esso contrapporsi la giurisprudenza (32).

In definitiva, sul presupposto che «*un principio di specialità può essere affermato o sostenendo che ogni persona giuridica, in quanto tale, è sottoposta ad una disciplina improntata a tale principio, oppure che simile normativa trovi applicazione solo nei confronti degli enti pubblici, proprio perché soggetti pubblici*» (33) e accertata, invece, l'univocità e l'unicità del concetto di capacità giuridica generale, alla tesi della capacità speciale si oppose quella della capacità giuridica generale, in virtù della quale, «*sembra esatto ritenere che sia stato impiegato lo schema che comporta la possibilità di imputazione di tutte le conseguenze giuridiche astrattamente ipotizzabili*» (34).

Dunque, riconoscere una capacità speciale per le persone giuridiche pubbliche sarebbe equivalso ad una deviazione non consentita al modello costruito dal legislatore.

Perciò, viene chiarito nell'evoluzione successiva, ove si rinvenivano norme specifiche che restringano l'autonomia negoziale

(30) G. PERICU, ult. cit., 138.

(31) Soprattutto con riferimento alla determinazione dell'invalidità degli atti che si fossero posti in contrasto con il fine pubblico.

(32) G. PERICU, ult. cit., 143, che cita, a sostegno della propria tesi, la giurisprudenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, 18 febbraio 1955, n. 470 e Cass. Civ. 24 aprile 1961, n. 925.

(33) G. PERICU, ult. cit., 147.

(34) G. PERICU, ult. cit., 156.

di un'amministrazione, queste devono essere intese come limitazioni alla legittimazione negoziale (35), non alla capacità giuridica (36), e devono, di conseguenza, essere interpretate restrittivamente (37). Si badi che non si nega, con ciò, che, in ordine allo svolgimento dell'attività di diritto privato, occorra avere riguardo alle norme e agli statuti che individuino l'ambito delle attribuzioni di un determinato soggetto.

Quello che le tesi in discussione negano, piuttosto, è la necessità di una norma che autorizzi l'amministrazione ad impiegare il diritto privato, non invece la necessità del perseguimento dell'interesse pubblico, alla base della decisione dell'amministrazione.

Per maggiore chiarezza della lettura, occorre formulare alcune precisazioni.

Mentre, come spesso si rammenta, la bipartizione dell'Amorth tra attività amministrativa di diritto privato e attività di diritto privato dell'amministrazione si giustificava proprio sul presupposto che, nell'attività di diritto privato dell'amministrazione,

(35) In questi termini si è espresso con dettagliate riflessioni M. S. GIANNINI, *L'attività amministrativa*, Milano, 1967, 21 e ID, *Diritto amministrativo*, cit., 352 ss..

(36) Riflessioni *ad hoc* dalla portata generale, si trovano fin dalla prima edizione e, dunque, dai primi anni settanta, nel manuale di diritto amministrativo di M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., II, 341 ss.. Secondo l'Autore, l'unico ente a legittimazione illimitata era, secondo il diritto positivo, lo Stato. «Per gli enti territoriali le norme distinguono tra funzioni (compiti) obbligatorie e facoltative, introducendo una distinzione che ha rilevanza però solo nei rapporti di controllo: un Comune può impiantare un'impresa di floricoltura, se dimostra all'autorità di controllo che vi è una ragione di pubblico interesse comunale; sicché la legittimazione negoziale è illimitata, solo che per le materie dei compiti non obbligatori si richiede un più complesso procedimento di evidenza pubblica», 355-356. Eliminato il problema dei controlli, non pare che il ragionamento venga di molto a modificarsi.

(37) In questo senso si è espresso G. GRECO, *I contratti dell'amministrazione tra diritto pubblico e diritto privato*, cit., 25: «le limitazioni alla capacità di diritto privato non discendono più e non possono discendere dalla tradizionale concezione (metagiuridica) dell'ente pubblico (...) e dal rilievo che in essa si riteneva di dover attribuire al fine pubblico. Dette limitazioni, viceversa, possono derivare esclusivamente dal diritto positivo e costituiscono non già il risultato di ovvie presunzioni, sibbene il risultato (eventuale) della stretta interpretazione della normativa vigente», 25.

venisse a mancare una diretta finalità pubblica, rimanendo la stessa «*puramente accessoria rispetto al raggiungimento delle finalità costitutive delle pubbliche amministrazioni*» (38), successivamente la dottrina, sconfessando il principio della capacità speciale, ha riunificato la distinzione tra attività di diritto privato, che persegue direttamente pubblici interessi, e attività di diritto privato, che non li persegue direttamente, sul presupposto che lo scopo istituzionale dell'ente debba essere sempre, direttamente o mediatamente che sia, perseguito (39).

Del resto, come si vedrà meglio in seguito, è una regola basilare dell'ordinamento che le persone giuridiche, pur private, debbano attenersi a quanto indicato statutariamente come scopo della propria attività (40). Dunque, la necessità che l'azione, anche privatistica, dell'ente locale debba rispondere alle finalità, istituzionali ad esso attribuite dalla legge appare coerente con il concetto di persona giuridica e con il riconoscimento della persona giuridica come istituzione *formale*. Al contrario, l'allontanamento dallo *scopo costitutivo* della persona giuridica tradirebbe questa logica, che comprende, certamente, questo è fin troppo ovvio, anche le attività strumentali al perseguimento dei fini istitutivi (41).

(38) Ivi si riconducevano attività attinenti principalmente alla gestione del patrimonio pubblico, posseduto dalle amministrazioni *a titolo privato*, A. AMORTH, ult. cit., 465.

(39) G. PERICU, ult. cit., 167.

In realtà, a ben vedere, anche nelle tesi di Amorth, l'attività di diritto privato dell'amministrazione non è svincolata dal perseguimento dell'interesse pubblico, che rimane, però, esterno alla vicenda negoziale e deve comunque essere perseguito dall'amministrazione, sebbene in modo indiretto. Si è già chiarito, infatti, che deve trattarsi di un'attività comunque accessoria al perseguimento delle finalità istituzionali dell'ente. Sui limiti connaturati al perseguimento *indiretto* dell'interesse pubblico si rimanda al capitolo terzo, par. 3.2..

(40) Difatti, il codice civile afferma la regola per cui la gestione della società deve comprendere le operazioni *necessarie per l'attuazione dell'oggetto sociale* (art. 2380 *bis* c. c.) e vieta l'assunzione di partecipazioni che, per la loro misura e per il loro oggetto, possano modificare *sostanzialmente* l'oggetto sociale determinato dallo statuto (art. 2361 c. c.). Questo aspetto sarà approfondito in seguito al capitolo quarto par. 3.3..

(41) Ciò dimostra anche l'utilità attuale della bipartizione di Amorth, in termini descrittivi, perché consente di mettere in luce i casi di perseguimento,

Chi riconosce in capo agli enti pubblici una capacità giuridica generale (42), sul presupposto, come si è detto, della ricostruzione in termini unitari dei caratteri della persona giuridica, ha trascurato, in alcuni casi (43), ed eliminato, in altri (44), la questione della valenza del principio di legalità nell'attività dell'amministrazione

diretto o indiretto, dello scopo istitutivo della persona giuridica pubblica; non pare invece che la citata distinzione possa essere utilizzata per epurare l'attività amministrativa di diritto privato da qualsiasi riferimento a principi o regole di diritto pubblico, almeno nella fase del suo concepimento.

(42) Riconoscendo, come ha fatto la giurisprudenza, in capo alle persone giuridiche pubbliche, gli stessi attributi, generali appunto, in termini di diritti, facoltà e obblighi, affermati per le persone giuridiche private: Cass. Sez. Un., 16 aprile 1952, n. 983, in *Foro Pad.*, 1952, I, 950; Cons. St., Sez. VI, 25 maggio 1979, n. 384, in *Il Cons. Stato*, 1979, I, 801.

(43) Il rapporto tra principio di legalità e attività amministrativa di diritto privato non viene approfondito negli scritti sul tema di A. AMORTH né in quelli di G. PERICU, il quale però precisa che «l'affermazione di una precisa autorizzazione legislativa (per l'attività di diritto privato, n.d.r.) è contraddetta da quanto si è sostenuto sui caratteri della posizione giuridica di un soggetto pubblico nel diritto privato, e cioè con quella che si ritiene essere la disciplina vigente.», 189.

(44) Contrario a ritenere applicabile il concetto pubblicistico di legalità all'attività di diritto privato dell'amministrazione è M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., 87 ss.. L'Autore, dopo aver ricostruito il significato proprio del principio di legalità, collegandolo intimamente all'attività dell'amministrazione che si risolve in atti aventi contenuto autoritativo, incidenti con effetto di estinzione o limitazione sulla sfera giuridica dei privati, nella logica propria della dialettica tra autorità e libertà, concludeva per negare ogni effetto al principio di legalità per le attività che si esprimessero in moduli convenzionali, «in cui l'assenso della controparte è idoneo a superare l'efficacia del principio», 89.

Del resto, anche alla base dello studio di Berti relativo al principio contrattuale dell'azione amministrativa vi era già l'idea che il *contratto*, come *principio*, potesse rappresentare, appunto, l'alleggerimento del contrasto tra autorità e libertà posto alla base dell'esercizio di potere autoritativo, e, quindi, forse anche, una differente accezione del principio di legalità, G. BERTI, *Il principio contrattuale nell'attività amministrativa*, cit., 49 ss.; similmente già F. P. PUGLIESE, *Il procedimento amministrativo tra autorità e contrattazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1971, 1469; F. BENVENUTI, *Il ruolo dell'amministrazione nello stato democratico contemporaneo*, in *Jus*, 1987, 277 e G. PASTORI, *L'amministrazione per accordi nella recente progettazione legislativa*, in *Atti de Convegno di Messina – Taormina 25-26 febbraio 1988*, Milano, 1990, 77 ss.. Riflette, in quest'ottica, sul cambiamento della posizione dell'amministrazione nell'ordinamento S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Contributo allo studio del principio contrattuale nell'attività amministrativa*, cit., capitolo primo.

che si esprima tramite il diritto privato, equiparando, nei fatti, il rapporto tra norme di legge e l'attività regolata dal diritto privato svolta sia da soggetti pubblici sia da soggetti privati.

Ragionando invece attorno al principio di legalità e alla sua specifica valenza sull'attività privatistica delle amministrazioni, le tesi appena ricordate sono state confutate da un noto lavoro monografico dedicato proprio al rapporto tra principio di legalità e attività di diritto privato dell'amministrazione, di cui è il momento di occuparsi (45).

2.2 *Il ritorno alla capacità speciale negli scritti di C. Marzuoli sul principio di legalità. Riflessione e critica*

La premessa del ragionamento condotto nello studio appena citato (al contrario di quanto riportato sinora) è che la *qualità* della relazione tra *soggetto agente - legge - interessi perseguiti* assuma caratteristiche del tutto peculiari ove il soggetto agente sia un'amministrazione pubblica che faccia ricorso a strumenti propri del diritto privato (46).

Se «*nell'ordinamento vigente la regola fondamentale che organizza ed esprime il nesso fra popolo e amministrazione è data dalla soggezione dell'amministrazione alla legge ed agli organi politici ed essa determina, da un lato, la ragione della pubblicità e, dall'altro, la posizione del soggetto amministrazione*» (47), sarebbe allora il diverso atteggiamento del rapporto con la legge che distingue persone giuridiche pubbliche e persone giuridiche private.

Tale differenza (nel rapporto con la legge) conduce a negare la possibilità di estendere agli enti pubblici il concetto di auto-

(45) Ci si riferisce, evidentemente, al lavoro di C. MARZUOLI, *Principio di legalità e attività di diritto privato*, cit..

(46) «Qualora si prende in esame l'agire dell'amministrazione, si incontrano norme e principi appositamente dettati per essa, che non possono essere ritenuti irrilevanti al fine di individuare la qualità, il modo in cui si compongono a sistema quelle norme, nel caso, di diritto privato, di cui l'amministrazione è pure, in astratto, destinataria», C. MARZUOLI, *Principio di legalità e attività di diritto privato*, cit., 113.

(47) C. MARZUOLI, ult. cit., 118.

mia privata, in quanto quest'ultima sarebbe non una *quantità* della capacità giuridica (o, più propriamente della capacità d'agire), ma una *qualità* della stessa (48). Qualità che mancherebbe nel caso ci si riferisca al rapporto tra ente pubblico e diritto privato, che non è guidato dall'autonoma gestione del proprio volere (49).

Conseguentemente, l'amministrazione sarebbe dotata di capacità giuridica di diritto privato solo ove ciò significhi che il soggetto pubblico risulta astrattamente idoneo ad essere destinatario (non solo di regole di diritto pubblico, ma anche) di norme di diritto privato, senza che ciò, invece, comporti che sia destinatario di quelle norme allo stesso modo dei privati (50). Dunque, gli elementi di analogia tra persone giuridiche pubbliche e private acquistano un significato del tutto diverso da quello esposto nelle tesi precedentemente menzionate. In questo caso, l'elemento unificante le due nozioni consisterebbe unicamente nell'esistenza di un centro autonomo di imputazione (51).

(48) La differenza terminologica riferita (tra *quantità* e *qualità* della capacità giuridica) non è soltanto nominalistica, perché consente, da un lato, di riconoscere la capacità giuridica degli enti pubblici e, dall'altro, di escludere che essi siano dotati di autonomia privata.

(49) Aderisce a questa tesi anche V. CERULLI IRELLI, *Diritto privato dell'amministrazione pubblica*, cit., 19.

(50) C. MARZUOLI, *Principio di legalità è attività di diritto privato*, cit., 85 ss.. Rielabora il concetto, con gli stessi obiettivi, ossia per evitare che l'utilizzo del diritto privato si trasformi in un regime totalmente impermeabile ai principi di diritto pubblico, V. CERULLI IRELLI, *Diritto privato dell'amministrazione pubblica*, Torino, 2008, 19: «l'attività amministrativa di diritto comune non è attività disciplinata senz'altro ed esclusivamente dalla formazione privatistica, ma in essa l'applicazione della normativa privatistica è limitata e condizionata dalla presenza di molteplici istituti di diritto pubblico (...). Questi istituti sono intesi, segnatamente nell'attività contrattuale, ad assicurare, almeno in certi limiti, la funzionalizzazione della volontà amministrativa nei casi concreti (invero essa non è mai veramente libera come nei soggetti dotati di autonomia privata) e la tutela delle posizioni dei terzi interessati».

(51) C. MARZUOLI, ult. cit., spec. 114 ss. la differenza tra i due modelli si coglie in ciò che «L'amministrazione, anche quando appare come persona, ha come termine di riferimento non i singoli ma i singoli come generalità; d'altra parte i singoli come generalità non vengono in rilievo che attraverso quella organizzazione e dunque vi è una correlazione necessaria fra quella or-

Infatti: «*se l'attività di diritto privato sta al soggetto (l'amministrazione) allo stesso modo di come l'attività di diritto privato sta al soggetto privato, viene a mancare qualsiasi elemento che possa rilevare nei confronti delle attività; l'attività di diritto privato scaturisce e si esaurisce in una sfera, l'autonomia privata, del tutto autosufficiente rispetto alla legge*» (52).

Ne segue, secondo la tesi in esame, anticipata, seppure con diverse sfaccettature, in scritti precedenti (53) (sulla base di ragionamenti poggiati sull'art. 97 della Costituzione nonché sulla difficile compatibilità tra discrezionalità amministrativa e autonomia privata, che presupporrebbe la libertà di agire secondo i *propri* interessi), che in capo alle persone giuridiche pubbliche sussiste non una capacità generale, bensì una capacità speciale, di volta in volta attribuita da specifiche norme di legge.

Pubblica infatti, quale che sia la forma organizzativa o d'azione in cui si presenti, è sempre quell'entità che racchiude gli interessi del popolo, secondo il disegno rappresentato nella Costituzione. La pubblicità consisterebbe allora in uno statuto particolare, qualificato dal punto di vista soggettivo, in quanto in grado di esprimere, sempre e costantemente, la volontà della collettività, rappresentata nella legge o per il tramite di essa.

Alla tesi della capacità giuridica speciale consegue che debbano considerarsi privi di effetti gli atti posti in essere dai pubblici poteri, anche se appartenenti al diritto privato, che sconfinino rispetto alle ipotesi legislativamente previste, sulla falsariga del principio del *nec ultra vires* (54).

ganizzazione e il soggetto di pertinenza, il popolo, che come tale, non esiste prima e senza di essa», 116.

(52) C. MARZUOLI, *Principio di legalità e attività di diritto privato dell'amministrazione*, cit., 86.

(53) F. BENVENUTI, *Appunti di diritto amministrativo*, Padova, 1959, 159 e 162 e ID., *Limiti pubblicistici ai finanziamenti di mediocredito*, in *Riv. soc.*, 1960, 814; U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, Padova, 1969, 137; F. ROVERSI MONACO, *Gli enti di gestione*, Milano, 1967, 292-293, ivi viene negato il concetto di autonomia privata per la pubblica amministrazione; L. FERRI, *L'autonomia privata*, Milano, 1959, 251; G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, 1968, 454.

(54) Per valutare come questi temi vengano trattati dalla dottrina inglese, si veda W. WADE - C. F. FORSYTH, *Administrative law*, cit., cap. III.

Seguendo questa prospettiva (tipicamente pubblicistica), avrebbe ragion d'essere, per la posizione istituzionalmente riconosciuta ai soggetti pubblici come strumento a disposizione della comunità per l'attuazione degli obiettivi indicati dagli organi politico-rappresentativi (concetto riassunto con il termine di *legalità-indirizzo*), il carattere funzionale, diretto ed interno, dell'attività di diritto privato dell'amministrazione (55). Di conseguenza il momento dell'utilizzo del diritto privato, cioè il concreto impiego degli strumenti offerti *in primis* dal codice civile, perderebbe, se riferito all'amministrazione pubblica, il suo carattere «*meramente privato*», divenendo, invece, il *diritto privato speciale* dell'amministrazione, funzionalizzato, nel suo esplicarsi, al perseguimento degli interessi generali.

E qui la tesi non convince, nelle conseguenze tratte e nel regime che se ne deduce.

Essa postula non solo la necessità che l'azione privatistica dell'ente pubblico debba perseguire gli interessi per cui

In generale: «*An act or decision which is beyond the powers of the actor/decision maker is said to be ultra vires, and (...) may be regarded as having no legal validity*», *Cases, Materials & Commentary on Administrative law*, a cura di S. H. BAILEY, Oxford, 2005, 241. In realtà, le letture sul c.d. *ultra vires principle* dimostrano una particolare complessità nella definizione di questa categoria giuridica. Complessità che viene genericamente risolta con l'affermazione per cui il principio in questione si giustifica con la necessità che gli organi che esercitano funzioni pubbliche «*do not exceed or abuse their powers*». La genericità di questa affermazione è subito comprensibile laddove la stessa dottrina chiarisce che i modi e i casi in cui un soggetto pubblico eccede nell'esercizio dei propri poteri o abusa degli stessi sono svariati. Rientrano tra gli atti emessi *ultra vires*, quelli in cui si contesti uno scorretto uso del potere discrezionale, che ricadono sotto la qualificazione di «*retain of discretion*» o di «*abuse of discretion*» oppure quelli viziati per determinate irregolarità procedurali.

V. anche T. ENDICOTT, *Administrative law*, Oxford, 2009, 55: «*An action is ultra vires whether it is a rule of the common law, statute law, or any other source of law that deprives the authority of power to take the action*».

(55) Con ciò si conclude che «tutta l'attività di diritto privato è funzionale e non solo quella assoggettata a procedimenti di evidenza pubblica» (quindi non solo quella funzionalizzata, n.d.r.), C. MARZUOLI, ult. cit., 133. E tale funzionalità non dipende dalla presenza o meno di un provvedimento amministrativo, essendo funzionale in sé, ossia necessariamente rivolta al perseguimento di pubblici interessi.

quest'ultimo è stato costituito, richiedendo anche un meccanismo di autorizzazione preventiva e legittimante.

Se pare condivisibile l'assunto di partenza, cioè che, per la persona giuridica pubblica, a differenza che per la persona giuridica privata, preesistano fini determinati dalla legge, vale a dire precisi ambiti di competenza da cui l'Amministrazione non può prescindere, ciò non comporta, necessariamente, una trasformazione del diritto comune in diritto privato speciale ove una parte sia pubblica. In particolare, questa conclusione non ci pare imposta dal principio di legalità dell'azione amministrativa, in base al quale ogni organizzazione pubblica nasce e si esprime entro i limiti di ciò che è ad essa delegato. Ma la funzione delle norme di legge - anche ove venga intesa come limite «positivo» (e dunque come insieme non di divieti, sibbene di precetti guida) all'azione dell'amministrazione e, quindi, come necessità che detta azione si muova solo sul presupposto di una norma legittimante - è quella di autorizzare l'amministrazione ad occuparsi di certi interessi (che divengono i cosiddetti interessi pubblici *primari* (56)) piuttosto che di altri, non quella di autorizzare lo strumento con cui tali interessi vengono perseguiti e, cioè, il diritto pubblico o il diritto privato.

Si intende dire che la nozione imprescindibile di legalità amministrativa, nel concetto riassunto altrove con l'espressione *legalità mandato* (57), non osta a che l'amministrazione goda di una capacità giuridica generale e, perciò, si avvalga del diritto privato anche in assenza di una norma legittimante. Il principio di legalità, insomma, non impone la prevalenza del diritto pubblico sul diritto privato, agendo, anche secondo quanto disposto dall'art. 97 comma 2 della Costituzione, sull'organizzazione della persona

(56) Per interesse pubblico primario si intende quello attribuito dalla legge ad una particolare amministrazione.

(57) Sulla legalità-spettanza o legalità mandato: S. VALAGUZZA, *La frammentazione della fattispecie nel diritto amministrativo a conformazione europea*, Milano, 2008, 121 ss..

giuridica pubblica, più che sulla tipologia dell'attività (58).

Va aggiunto, infine, che la situazione dell'amministrazione che stipuli un contratto senza aver considerato lo scopo cui esso è per legge destinato è certamente viziata nella sua fase pubblicistica, ma, prima di affermare che ciò comporti un'invalidità del contratto, occorrerà confrontarsi con la teoria dell'invalidità del negozio giuridico, che ha sul tema sicuro rilievo (59).

(58) Quanto detto, ossia la vigenza del principio di legalità inteso come *legalità-mandato*, si adatta a spiegare il rapporto tra la legge e gli enti locali, i quali, come noto, sono ascrivibili al genere degli enti politici e, come tali, sono enti rappresentativi della collettività di riferimento, il cui mandato non è quello, meramente esecutivo, delle amministrazioni serventi, bensì ricomprende anche, nell'ambito dell'autonomia costituzionalmente riconosciuta a tali enti, la capacità di determinare un autonomo indirizzo politico e dunque di determinare, in senso proattivo, quale siano le azioni a vantaggio degli interessi della collettività locale.

La specificità del rapporto tra ente locale e diritto privato, in questo senso, emerge anche nelle recenti riflessioni di attenta dottrina, A. PAJNO, *Gli enti locali e gli strumenti di diritto privato*, cit., 555 ss. che mette in evidenza la specialità del rapporto tra diritto pubblico e diritto privato se si considera il diritto degli enti locali, laddove esiste una «relazione del tutto speciale tra autonomia (intesa come elemento fondativo della comunità locale), capacità generale dell'ente locale e funzioni svolte secondo il regime proprio dell'ente locale. Nell'esperienza dell'ente locale esiste infatti un nucleo originario, in cui la capacità di provvedere ai fini generali non si riconnette né alla legge né al potere da questo disciplinato, ma alla natura non eteronoma dell'ente», 556. In particolare, con una tesi non molto distante da quelle sostenute dal Benvenuti, si evidenzia l'importanza sociale e democratica del ruolo del Comune e si chiarisce che il ricorso al diritto privato, da parte del Comune, rappresenta una possibile alternativa all'azione istituzionale dell'amministrazione, che consente, in ultima analisi, di spogliarsi della posizione di supremazia, riconosciuta dal diritto pubblico, ed «eguagliarsi (parola di Santi Romano)» ai privati, per perseguire finalità istituzionali, 567.

(59) Si anticipa solo che la necessità di ragionare in applicazione dei concetti civilistici è emersa già in dottrina, in riflessioni più generali sul legame tra evidenza pubblica e contratto: «non si vede perché l'amministrazione, che quando contratta è equiparata al privato, debba avere (godere di, o subire) un trattamento differenziato, che pone a rischio la continuità del rapporto contrattuale, vantaggioso o svantaggioso che sia, per semplice ed automatica ricaduta di vizi, magari solo formali o che comunque non hanno incidenza alcuna nel processo che porta alla determinazione del contenuto del contratto, che abbiano interessato atti della evidenza pubblica», S. SCOCA, *Evidenza pubblica e*

In sintesi, non sembra necessario negare la capacità giuridica generale per consentire il riconoscimento di istanze di tutela dell'interesse pubblico, innegabilmente connesse alla natura pubblica del soggetto agente, anche nel caso in cui l'amministrazione decida di agire secondo il diritto privato. Ma, per ragioni di ordine espositivo, ci si soffermerà, su questo specifico tema, più avanti, nei paragrafi successivi.

3 *Parte ricostruttiva*

Ripercorse le principali tesi dottrinali sulla capacità di diritto privato dell'amministrazione, occorre ora intendersi su quale delle nozioni esposte debba essere accolta nell'ambito del presente lavoro. In particolare, dato il metodo prescelto, sarà necessario verificare se sia possibile individuare una tesi che trovi avallo nel diritto vigente.

3.1 *La tesi della capacità di diritto privato dell'ente locale nell'art. 11 del codice civile e secondo i principi dell'ordinamento: l'ente locale come persona giuridica e l'attività di impresa degli enti pubblici. Conclusioni sulla capacità del Comune di godere dei diritti e assumere obblighi secondo il diritto civile*

Come si diceva, il riconoscimento della capacità giuridica generale in capo alle amministrazioni pubbliche appare, secondo la dottrina più recente, come la doverosa conseguenza

contratto: profili sostanziali e processuali, cit., 5-6. Una posizione diversa quella espressa da F. TRIMARCHI BANFI, *Questioni in tema di contratti di diritto privato dell'amministrazione pubblica*, in *Studi in onore di F. Benvenuti*, IV, Modena, 1996, 1675 ss., che conclude sostenendo che «L'effetto che l'annullamento dell'aggiudicazione produce per il contratto deve essere dedotto – come per ogni altro atto preordinato al contratto – dalla funzione di essa in relazione al contratto», 1684. A questo specifico aspetto, con riferimento al rapporto tra invalidità afferenti agli atti della procedura ad evidenza pubblica e contratto di società, ci si dedicherà nel successivo cap. 4, par. 5..

dell'applicazione del diritto vigente; mentre la tesi della capacità speciale sarebbe basata su presupposti arbitrari (60).

La norma ritenuta maggiormente significativa in questa direzione è l'art. 11 del codice civile, nella formulazione rimasta immutata fin dall'adozione del codice, in base al quale «*Le province e i comuni, nonché gli enti pubblici riconosciuti come persone giuridiche pubbliche godono dei diritti secondo le leggi e gli usi osservati come diritto pubblico*».

Si è in diverse occasioni ricordato che l'intenzione del legislatore, resa più chiara dalla Relazione di accompagnamento (61), sarebbe stata quella di riconoscere alle persone giuridiche, in generale, una capacità piena di utilizzo delle norme contenute nel codice civile (62), in modo che quelle private e quelle pubbliche potessero compiere tutti gli atti e i negozi ammessi dall'ordinamento (ad eccezione dei negozi aventi per presupposto l'esistenza di una persona fisica (63)) e fatta salva la presenza di previsioni derogatorie, contenute in leggi e usi di diritto pubblico (64).

(60) Ancora G. PERICU, ult. cit., 138 ss..

(61) La relazione di accompagnamento infatti, sebbene richiamando principi di diritto pubblico per temperare il regime codicistico, ha affermato testualmente che «le disposizioni (del libro primo, n.d.r.), per quanto dettate per le persone giuridiche private, saranno di grande utilità, anche per la forza espansiva di cui esse sono suscettibili, in via di interpretazione analogica, nei riguardi della disciplina delle persone giuridiche pubbliche, tenuto conto che la distinzione tra le due categorie di enti, se facilmente delineabile in linea teorica, nella pratica appare spesso incerta e non sempre di notevole rilevanza». Punto 41, *Relazione del Ministro Guardasigilli al Codice Civile*, a cura di Consiglio Nazionale Forense, con introduzione di G. B. FERRI - N. RONDINONE, Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, 2010.

(62) G. PERICU, ult. cit., 164.

(63) AA.VV., *Commentario al codice civile*, a cura di F. SANTOSUOSSO, Torino, 1983, 181.

(64) Il riferimento agli usi ed ai principi del diritto pubblico è valso a mantenere il collegamento del codice civile con il regime fascista, il quale procedeva ad intrudere di elementi di diritto pubblico anche il diritto privato. In dottrina, espressione di questa tendenza, M. D'AMELIO, *Diritto privato e diritto pubblico nel primo libro del Codice civile*, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, Padova, 1940, vol. IV, 3 ss..

3.1.1 *La difficoltà di comprendere il significato dell'espressione «godono dei diritti secondo le leggi e gli usi osservati come diritto pubblico». Impostazione della problematica*

In realtà, la formulazione della norma richiamata è poco felice e meno chiara di quello che parrebbe ad una lettura sommaria. Per questo è assai utile procedere con maggiore cautela nella ricostruzione del significato letterale dell'art. 11, per mettere alla prova il senso usualmente attribuito alla norma e analizzarne correttamente il legame con l'affermazione della capacità di diritto privato delle persone giuridiche pubbliche. Certamente un imprescindibile riferimento, a tale riguardo, è fornito dalla Relazione del Ministro Guardasigilli al codice civile, utilizzando la quale ci atteniamo al primo criterio interpretativo di cui all'art. 12 delle disposizioni sulla legge in generale, in base a cui «*Nell'applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore*».

La menzionata Relazione ci aiuta infatti a intendere l'intenzione del legislatore, sottesa alla formulazione della norma richiamata.

Nella Relazione si legge che la parte del libro primo dedicata alle persone giuridiche costituisce un'innovazione rispetto al sistema del codice civile del 1865, in quanto, da un lato, si è inteso riconoscere l'importanza sociale delle persone giuridiche, la cui disciplina era fino ad allora incompleta e dedotta in analogia da quella delle persone fisiche e, dall'altro, si è risposto all'esigenza di introdurre un sistema di norme che, «*ispirandosi a una visione pubblicistica e armonica dei problemi giuridici inerenti la loro personalità*» (65), regolasse in maniera completa e sintetica la nozione, riferibile sia a soggetti privati sia a soggetti pubblici. Esigenze di sistematizzazione e di semplificazione hanno spinto, in effetti, le principali scelte del codificatore, che ha eliminato, ad esempio, la distinzione tra diritto civile e diritto commerciale, elaborando un diritto

(65) Punto 41.

comune applicabile parimenti, agli operatori pubblici e ti (66).

Nel tentativo di sintesi contenuto nei primi articoli del codice civile, alle disposizioni dettate per le persone giuridiche private è stata, quindi, attribuita una particolare forza espansiva, in modo che potessero essere utilizzate pure per ricostruire la disciplina delle persone giuridiche pubbliche, anche «*tenuto conto che la distinzione tra le due categorie di enti, se facilmente delineabile in linea teorica, nella pratica appare spesso incerta e non sempre di notevole rilevanza*» (67).

Perde l'occasione, per la verità, la Relazione citata di chiarire il significato delle locuzioni utilizzate all'art. 11 del codice civile (68). Sul punto, resta perciò il dubbio circa il senso da attribuire alla seconda parte della disposizione richiamata e cioè su che cosa debba intendersi con la precisazione: «*godono dei diritti secondo le leggi e gli usi osservati come diritto pubblico*» (69).

(66) Su questo aspetto sono apparse interessanti le considerazioni svolte da F. GALGANO, *Commento all'art. 11*, in *Commentario al Codice civile* A. SCIALOJA - G. BRANCA, a cura di F. GALGANO, Bologna - Roma, 2006, 121 ss., che evidenzia le problematiche che l'art. 11 ha dovuto affrontare. Da un lato «Per spiegare che cosa l'attributo di *pubblico* esprima in rapporto alla persona giuridica si doveva (...) ricercare quali uniformità presentassero le discipline dei diversi enti qualificati come pubblici.», 122. E, dall'altro, il tema doveva ricollegarsi al «diverso assetto nei rapporti tra pubblico e privato», 123; ID., *Pubblico e privato nella qualificazione della persona giuridica*, cit., 1966, 279 e ID., *Persona giuridica*, in *Dig. civ.*, Torino, 1995.

(67) Punto 41.

(68) Nonostante si sia esplicitato un intento riformatore, la norma riproduce quasi testualmente la previsione contenuta nell'art. 2 del codice civile del 1865 che però ricomprendeva anche i corpi morali. Spiega Galgano che la previsione in questione aveva senso nel sistema previgente, in cui le leggi e gli usi osservati come diritto pubblico indicavano le fonti regolatrici di ogni persona giuridica, pubblica e privata, F. GALGANO, *Commento all'art. 11*, cit., 126.

(69) La dottrina più recente ha letto nell'art. 11 c. c. il riconoscimento normativo di un diritto privato speciale dell'amministrazione: «La *ratio* e la lettera di tale previsione sono evidentemente nel senso di negare che le persone giuridiche pubbliche possono essere assoggettate *tout court* – cioè *solo in quanto persone giuridiche* – al medesimo regime giuridico ed ai medesimi principi dettati dal codice civile per le persone giuridiche private», G. GRUNER, *Note minime intorno alla (pretesa) autonomia privata degli enti pubblici: tra tutela della concorrenza e del mercato e principio di legalità*, in http://www.giustamm.it/private/new_2011/ART_4152.htm, 17.

Dobbiamo quindi cercare di interpretare il testo senza supporto diretto della Relazione.

In un primo senso, l'art. 11 introduce una regola largamente condivisa: allorquando un ordinamento riconosce l'esistenza delle persone giuridiche, deve definire le modalità del loro operare, tramite le leggi e gli usi. Non è chiaro, però, se l'espressione «*osservati come diritto pubblico*» valga, nella norma, con riferimento alle leggi e agli usi o solo riguardo a questi ultimi (70). Sul punto, inaspettatamente, non risultano riflessioni precise della dottrina (71).

È importante prendere posizione sul punto perché, ad un primo esame, a seconda che l'articolo in questione si riferisca alle

Anche F. GOISIS, *Contributo allo studio delle società in mano pubblica come persone giuridiche*, cit., 78, che ha parlato di «non piena applicabilità delle norme del codice civile» come effetto della pubblicità di taluni enti. Anche V. CERULLI IRELLI, *Diritto privato dell'amministrazione pubblica*, cit., 1 ss., secondo cui l'art. 11 implicherebbe che alle amministrazioni pubbliche non si applichi la disciplina del codice civile, ma appunto la disciplina di diritto pubblico, che raggruppa «le leggi e gli usi» appartenenti a tale diversa branca dell'ordinamento.

Con un orientamento in parte differente da quello degli autori citati per primi, F. GALGANO, *Commento all'art. 11*, cit., 121 ss., secondo cui «La disciplina degli enti pubblici è (...) solo una disciplina di specie, dalla quale non sono ricavabili principi comuni all'intera categoria. La disciplina di genere non potrà, pertanto, essere ricercata altrove che nel codice civile», 137. Lo studioso ritiene, in sintesi, che l'art. 11 affermi, da un lato, la sottrazione degli enti pubblici al diritto comune, là dove vi sia una disciplina di specie, e dall'altro, la loro piena soggezione ad esso, là dove una disciplina speciale non vi sia. Si veda anche ID., *Pubblico e privato nella qualificazione della persona giuridica*, cit., 284 ss..

(70) A voler essere particolarmente formali, si potrebbe osservare che l'assenza della virgola, prima di «*osservati come diritto pubblico*», dovrebbe far ritenere che la precisazione sia riferita solo agli usi e non anche alle leggi.

(71) Salvo dire che «il richiamo agli «*usi osservati come diritto pubblico*», sembra «per necessità» attribuire rilievo al principio di legalità, giacché questo, come è noto, costituisce il principio primo e sommo di tutto il diritto pubblico», G. GRUNER, *Note minime intorno alla (pretesa) autonomia privata degli enti pubblici: tra tutela della concorrenza e del mercato e principio di legalità*, cit., 18. Similmente A. AULETTA, *Note in tema di capacità di diritto privato delle amministrazioni pubbliche. A proposito di una recente sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato*, in *www.giustamm.it*, par. 4., secondo cui il riferimento alle leggi e agli usi osservati come diritto pubblico deve avere il significato di attribuire rilievo centrale al principio di legalità, «inteso nella sua declinazione minima di eterodeterminazione dei fini».

leggi «*osservate come diritto pubblico*» ovvero alle leggi *tout court*, potrebbe cambiare la ricostruzione del precetto ivi contenuto. Se infatti l'art. 11 significasse che gli enti pubblici godono dei diritti *secondo le leggi e gli usi, di diritto pubblico*, non sarebbe necessariamente da escludere, anche ragionando in base al diritto positivo, la tesi della capacità speciale, nel senso che parrebbe consentito ritenere che debbano essere le leggi di diritto pubblico, cioè quelle che attribuiscono compiti e funzioni ai soggetti pubblici, a prevedere che questi possano utilizzare determinati istituti privatistici. Al contrario, se la locuzione «*osservati come diritto pubblico*» valesse solo con riferimento agli usi, concludere che le persone giuridiche pubbliche godono dei diritti secondo le leggi, risulterebbe coerente con l'affermazione della capacità giuridica generale, limitata solo secondo quanto previsto dalle norme valide per ciascuna persona giuridica, mentre il richiamo *agli usi osservati come diritto pubblico* potrebbe intendersi come rinvio ai principi generali del diritto pubblico, cui le persone giuridiche pubbliche dovrebbero, in ogni caso, conformarsi.

Per affrontare l'alternativa ermeneutica qui ipotizzata senza condizionamenti di natura ideologica, è imprescindibile intendere, anzitutto, il significato generale del rapporto tra diritto privato e amministrazione pubblica per come emerge dal codice civile nel suo complesso e per come si può cogliere nell'interpretazione offerta dalla Relazione di accompagnamento, anche se non specificamente sull'art. 11. Procediamo allora in questa direzione.

3.1.1.1 *L'attività di impresa degli enti pubblici nel codice civile secondo la Relazione di accompagnamento: unicità di regole e legittimazione generale*

A riguardo, ci paiono importanti alcuni passaggi contenuti nella parte della Relazione dedicata ad esporre i principi in tema di impresa e di imprenditore. Ivi si afferma che «*nel sistema del codice entra nel concetto di impresa così l'impresa privata come l'impresa pubblica*». Questa sezione ha un valore euristico particolare ai fini della problematica di cui stiamo discutendo perché verificare come sia stato trattato il tema dello svolgimento di attività di impresa da parte

degli enti pubblici significa occuparsi della situazione più vicina a quella da cui siamo partiti e a cui questo approfondimento è funzionale, vale a dire il rapporto dell'ente pubblico (nel nostro caso dell'ente locale) con il contratto di società (72).

Ebbene, allorquando venne adottato il codice civile, l'intervento dello Stato e degli enti pubblici nell'economia era accolto come la risposta ai bisogni dell'economia corporativa, che esigeva, in molti casi, un sistema di produzione di massa, con imprese di vaste dimensioni ed investimenti di ingenti capitali, che l'impresa privata non sarebbe stata in grado di supportare (73). In quel contesto, l'attività di impresa e la costituzione di società doveva risultare possibile sia per i soggetti privati sia per i soggetti pubblici (74), sul presupposto che «*lo Stato trova spesso conveniente*

(72) Per contratto di società si intende, peraltro, il contratto con cui più soggetti esercitano collettivamente una medesima impresa, F. GALGANO, *Diritto commerciale. Le società*, cit., 3.

(73) Punto 837 della relazione di accompagnamento al codice civile.

(74) L'impresa pubblica non costituisce oggetto della nostra indagine, tuttavia, considerato che si tratta di una nozione che per anni ha animato il dibattito attorno alla partecipazione pubblica nell'economia, è il caso di fornire qualche chiarimento a riguardo. Col termine *impresa pubblica* si era soliti intendere i casi in cui l'intervento dei pubblici poteri nell'economia, specialmente nel settore dei servizi alla comunità (per esempio, trasporto ferroviario, illuminazione), avveniva tramite un'attività di tipo imprenditoriale, con organizzazione aziendale e impiego del diritto privato, ma con logiche manageriali che avrebbero potuto distinguersi da quelle privatistiche. La direttiva CE 2000/52 ha ritenuto pubblica «ogni impresa nei confronti della quale i poteri pubblici possono esercitare, direttamente o indirettamente, un'influenza dominante per ragioni di proprietà, di partecipazione finanziaria o della normativa che la disciplina». La nozione convive con quella di organismo di diritto pubblico e di impresa incaricata della gestione di servizi di interesse economico generale. L'obiettivo del diritto europeo è quello di prescindere dall'assetto proprietario dell'entità considerata, per ammettere deroghe ai principi di concorrenza solo in funzione di specifiche missioni di interesse generale. Oggi si può trovare utilizzato il termine impresa pubblica, in maniera generica, per indicare quelle entità cui partecipa un ente pubblico. Una nozione normativa dell'impresa pubblica si ritrova nel Codice dei contratti pubblici, che all'art. 3 comma 28, intende come pubblica l'impresa sottoposta all'influenza dominante di un soggetto pubblico. In generale, sulla concezione europea dell'intervento nell'economia finalizzato a obiettivi di pubblico interesse: L. BERTONAZZI - R. VILLATA, *Servizi di interesse economico generale*, in *Trattato di diritto amministrativo*

organizzare le imprese da esso assunte nelle stesse forme dell'impresa privata – specialmente nella forma della società per azioni – nel qual caso non vi è luogo a parlare di impresa pubblica e (...) non vi è ragione aprioristica perché l'impresa pubblica non sia assoggettata alla disciplina del codice civile che vale per l'impresa privata, in quanto quella e questa operano sullo stesso piano» (75).

Dunque, la Relazione di accompagnamento chiarisce che l'intenzione del codificatore era quella di affermare la totale compatibilità tra ente pubblico, pur non dotato di per sé di scopi lucrativi, e attività di impresa, sempre nel perseguimento di obiettivi coerenti con gli scopi istituzionali dell'ente.

Pertanto, lo studio della Relazione al codice civile ci dimostra, tra l'altro, che non è fatto immanente al sistema il principio dell'incompatibilità tra fini pubblici dell'ente e svolgimento di attività di impresa in assenza di una norma legittimante, essendo vero piuttosto il contrario, ossia che la nozione di imprenditore, l'attività d'impresa e la possibilità di costituire società erano riferibili ai privati così come agli enti pubblici (76).

Ma vi è di più. Si è affermato esplicitamente che l'esercizio dell'attività di impresa da parte di enti pubblici dovesse dare luogo alla piena applicazione delle norme del codice civile: *«per i rapporti cui dà luogo l'attività esterna dell'impresa pubblica, l'assoggettamento di essi*

européo, diretto da M. P. CHITI - G. GRECO, Milano, 2007, Tomo IV, 1791 ss., anche per i numerosi riferimenti bibliografici. Più specificamente sull'impresa pubblica, C. GIANNELLI, *Impresa pubblica e privata nella legge antitrust*, Milano, 2000; F. SANTONASTASIO, *Le società di interesse nazionale*, cit.; F. TRIMARCHI BANFI, *Lezioni di diritto pubblico dell'economia*, Torino, 2009, 32 ss..

(75) Punto 837.

(76) In contrasto con quanto di recente sostenuto dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 10/2011.

L'attività di impresa cui gli enti pubblici potevano dare vita era di due tipi: stabile o occasionale. Nel primo caso sussisteva, per l'organismo deputato a svolgere attività d'impresa, l'obbligo di iscrizione nel registro delle imprese, nel secondo caso no. «Si è voluto cioè sancire l'obbligo dell'iscrizione per quegli enti pubblici il cui scopo istituzionale esclusivo o prevalente consiste nello svolgimento di un'attività commerciale, mentre l'obbligo è escluso per quegli enti pubblici rispetto ai quali l'esercizio di un'attività commerciale costituisce un fatto accessorio o occasionale», punto 905.

alla legge civile comune è di ovvia ragione, in quanto norme speciali non dispongono diversamente» (77).

Il passaggio della Relazione appena ricordato appare ispirato ad una concezione differente da quella supportata dai sostenitori della tesi della capacità speciale degli enti pubblici: esso assoggetta alla «medesima legge», salve eccezioni, operatori pubblici e privati che intendano utilizzare le norme del codice sull'impresa (di cui quelle in tema di società costituiscono una specificazione), restringendo, di conseguenza, l'area del diritto speciale dell'amministrazione.

Ciò comporta altresì che, pure nell'ambito dell'attività privata degli enti pubblici (dunque non solo nell'attività *privata* di soggetti *privati*), le norme di *diritto privato* abbiano funzione negativa, cioè possano prevedere deroghe o limiti (compatibilmente con l'art. 41 della Costituzione (78)), non invece funzione legittimante né, tanto meno, autorizzativa rispetto all'utilizzo del diritto privato.

(77) Punto 837.

(78) L'art. 41 comma 1 della Costituzione dispone che: «*La libertà di iniziativa economica privata è libera*». La norma in questione è stata intesa come pretesa alla non ingerenza del potere politico nei rapporti di produzione e di scambio. Sul tema, in maniera riepilogativa del dibattito, S. BARTOLE - R. BIN, *Commento all'art. 41, in Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 2008, dove emerge con chiarezza anche che la previsione in questione nasce per dare tutela non alla libertà economica dei privati, ma all'iniziativa economica in forma privata. E dunque anche all'iniziativa economica in forma privata esercitata da parte di soggetti pubblici.

Più specificamente ai nostri fini, va notato che il tenore letterale della norma indica come suo campo di applicazione quello dell'iniziativa economica privata, perciò non esclude la sua applicabilità alle società e nemmeno alle società partecipate da soggetti pubblici, ove esse possano essere espressione dell'iniziativa economica «privata». A patto di ritenere, appunto, che quell'aggettivo, «privato», che qualifica l'attività economica, non significhi «attività esercitata da parte di soggetti privati». Se quest'ultima fosse la lettura corretta, è chiaro che la partecipazione pubblica al capitale sociale potrebbe portare ad escludere l'applicabilità della norma in questione. Ma così non sembra.

Si aggiunge che poiché la norma si riferisce, secondo l'opinione pacifica della dottrina, alla libertà contrattuale, intesa come aspetto della più ampia autonomia negoziale, essa potrebbe valere anche a garanzia delle società miste, intese come espressione dell'autonomia contrattuale dei soggetti pubblici.

Il che equivale a dire che, nell'impiego del diritto privato, la legge ha lo stesso valore sia per i soggetti pubblici sia per i soggetti privati (79).

Resta ferma, comunque, la funzione legittimante, a priori, delle norme *di diritto pubblico* nei confronti di ogni attività delle amministrazioni pubbliche, espletata tramite strumenti di diritto amministrativo ovvero di diritto privato.

(79) Del resto l'attività di impresa degli enti pubblici è stata progressivamente abbandonata o almeno fortemente ridotta solo quando, per effetto della spinta comunitaria verso la liberalizzazione di alcuni settori e la privatizzazione di altri, si è avuto un cambiamento di prospettiva che ha portato a cedere determinate attività al mercato e, quindi, ad operatori privati. Non, quindi, per la presenza di ostacoli di sistema.

Parallelamente, il crescente impiego dello strumento delle società pubbliche e delle società partecipate si incanalava nel tentativo, messo in atto dalle amministrazioni pubbliche, di partecipare allo svolgimento di attività di impresa in un contesto oramai privatizzato, almeno nella forma (cioè in relazione al veicolo ma non necessariamente in relazione alla sua sostanza, che poteva confermarsi, alternativamente, pubblica o privata). Dà conto del passaggio F. G. SCOCA, *Il punto sulle c.d. società pubbliche*, in *Il dir. dell'econ.*, 2005, 239 ss., spec. 240-241.

Si ritorna così all'idea di Giannini, il quale riteneva che il principio di legalità, applicato alle attività di diritto privato delle amministrazioni, dovesse essere inteso come limite «negativo ed esterno», appunto allo stesso modo che per i privati, M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., 89. Coerentemente con questa impostazione, tendente a separare diritto pubblico e diritto privato, anche nella definizione del contratto ad oggetto pubblico, l'Autore ha ritenuto applicabile la disciplina del diritto comune, *L'Attività amministrativa. Lezioni tenute durante gli anni 1961-1962*, Roma, 1962, 87. Impostazione, quest'ultima, in parte simile a quella di Ledda, il quale però, come è ben noto, escludeva la compatibilità tra autonomia negoziale, presupposto necessario del contratto, e attività amministrativa (F. LEDDA, *Il problema del contratto nel diritto amministrativo*, Torino, 1965, 130), contro cui reagisce G. FALCON, *Le convenzioni pubblicistiche*, Milano, 1984, *passim*, ritenendo invece che debba esserci coincidenza tra pubblicità dell'oggetto e, quindi, perseguimento dell'interesse pubblico, e atto, pubblico appunto, che veicoli tale pubblicità. Stempera la posizione di Falcon, chi ha segnalato che: «non sembra, d'altra parte, che debba esservi necessaria corrispondenza tra la qualificazione dell'atto di esercizio di tale attività (il provvedimento), inautonomo quanto agli effetti, e la fattispecie complessiva – il regolamento contrattuale – che si origina soltanto dall'incrociarsi del primo con un atto di un altro soggetto», S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Contributo allo studio del principio contrattuale*, cit., 60.

Un conto è il rapporto tra ente pubblico e legge nella fase che precede l'esercizio dell'azione dell'amministrazione (dove vale il principio di legalità-mandato), altro è il rapporto tra ente pubblico e legge nella fase successiva, quando cioè, all'interno dell'area definita dal perseguimento dei propri scopi istituzionali, si utilizza il diritto privato (dove vale la funzione negativa delle norme).

Per questo, come si evince in una nota ricerca (80), l'attività di impresa, in forme diverse (81), è stata ritenuta, nella storia italiana, ampiamente compatibile con la natura degli enti pubblici ed, anzi, con riferimento agli enti locali, la possibilità di svolgere attività imprenditoriale ha consentito di raggiungere efficientemente i fini propri dell'ente medesimo, pur in assenza di norme legittimanti. Si è detto, quando un ente pubblico, poniamo un Comune, svolge attività di impresa secondo il diritto privato «*il pubblico potere qui non agisce quale soggetto pubblico, al quale la norma attribuisce funzioni e servizi; si pone invece come soggetto privato, e quindi agisce quale operatore privato, nei limiti della legittimazione specifica che ha per quella materia*» (82).

(80) M. S. GIANNINI, *Le imprese pubbliche in Italia*, in *Riv. Soc.*, 1958, 227 ss.. Anche S. ROMANO, *L'attività privata degli enti pubblici*, Milano, 1979.

(81) Dettagliate nella ricerca cui si è fatto riferimento nell'alternativa tra impresa pubblica, impresa organo, impresa ente e impresa ordinaria in partecipazione pubblica.

(82) M. S. GIANNINI, *Le imprese pubbliche in Italia*, cit., 266. Tesi, questa, che ha avuto ampio seguito. In questo senso, ad esempio, M. MAZZARELLI, *La società per azioni con partecipazione comunale - Quaderni di giurisprudenza commerciale*, Milano, 1987: «Giova ricordare che non esiste alcun principio dell'ordinamento per il quale l'ente pubblico, che intenda agire usando degli istituti propri del diritto comune, debba essere messo in condizioni di svantaggio rispetto ai soggetti privati che operano nel medesimo settore, potendo accedere a tali istituti solo in casi speciali; si può sostenere che va riconosciuto, invece, un preciso interesse dei privati a vedere tutelato il proprio affidamento nella generale capacità contrattuale della controparte pubblica, che si concreta nella sottrazione all'obbligo di dover consultare gli statuti ed i regolamenti speciali dell'ente in relazione ai singoli contratti. In conclusione va chiarito che non è necessario rinvenire una norma espressa che riconosca la capacità dell'ente pubblico di avvalersi di uno specifico contratto: basterà, invece, solo escludere che sussistano norme speciali con contenuti impeditivi», 15-16.

Con specifico riguardo alla partecipazione degli enti pubblici in società, la relazione tiene in considerazione sia l'ipotesi delle società interamente pubbliche, sia quella delle società miste, cui si intenda dare vita «*in unione con l'iniziativa privata*»: «*in questi casi è lo Stato che si assoggetta alla legge delle società per azioni per assicurare alla propria gestione maggiore snellezza di forme e nuove possibilità realizzatrici*» (83). Aggiunge sul punto, la relazione al codice che «*la disciplina comune delle società per azioni deve pertanto applicarsi anche alle società con partecipazione dello Stato o di enti pubblici senza eccezioni, in quanto norme speciali non dispongano diversamente*» (84). Proprio queste conclusioni sono state di recente richiamate dalle Sezioni Unite della Cassazione (85) per affermare che «*la scelta della pubblica amministrazione di acquisire partecipazioni in società private implica il suo assoggettamento alle regole proprie della forma giuridica prescelta*» (86). Cioè al diritto privato.

Possiamo quindi ritenere, che l'ente pubblico, ove sia parte di un contratto di società, sia interamente assoggettato alla disciplina del diritto comune.

Appare utile rilevare che la dottrina civilista generalizza ora facilmente questi risultati commentando, per esempio, la giurisprudenza della Cassazione in tema di pubblico impiego: «*le attività economiche, quale che sia la natura, pubblica o privata, del soggetto che le esercita, sono regolate dal diritto privato o, meglio, dal diritto comune. Il presupposto di applicazione del diritto comune è dalla giurisprudenza reso oggettivo: dipende cioè dall'accertamento delle modalità in concreto attuate dall'ente pubblico per lo svolgimento della propria attività; non già dalla previsione di una espressa norma di legge che assoggetti l'ente al diritto comune*» (87).

Conclusioni che troverebbero supporto nell'art. 41 comma

(83) Punto 998.

(84) Punto 837.

(85) Cass. Sez. Un., 19 dicembre 2009, n. 26806, punto 3.3.

(86) Si vedrà poi, nel corso del capitolo terzo, se davvero la forma *privata* possa prevalere sulla sostanza *pubblica*.

(87) F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, cit., 305.

3 della Costituzione (88), che afferma un regime indifferenziato, valevole per qualsiasi soggetto attivo nell'economia, e ha condotto parte della dottrina a sottolineare il passaggio dallo Stato c.d. a diritto amministrativo allo Stato a *diritto comune* (89).

3.1.1.1.1 *Neutralità sul tema del diritto europeo*

Non a caso la compatibilità tra attività di impresa e natura pubblica dell'operatore economico è data per certa anche nel diritto europeo.

La natura pubblica o privata dell'impresa non risulta significativa nel quadro normativo sovranazionale, che adotta, invece, una prospettiva funzionale (90). In chiave comunitaria interessa, infatti, la protezione della concorrenza tra gli operatori, anche al cospetto dell'esercizio di *missioni* di interesse pubblico affidate a

(88) L'art. 41 comma 3 della Costituzione equipara attività economica pubblica e privata, prevedendo che, in entrambi i casi, la legge possa procedere indirizzandole e coordinandole a fini sociali. Sulla base del principio di eguaglianza, che riconduce la norma alla «trama del diritto comune e dell'ordine privatistico», A. PERICU, *Impresa e obblighi di servizio pubblico*, cit., 214. Dunque, appare coerente con il testo dell'art. 41, considerato complessivamente, ritenere che esso sia rivolto anche nei confronti dell'iniziativa economica riconducibile, in tutto o in parte, ad uno o più soggetti pubblici. La norma concentra il suo interesse su un aspetto diverso dalla natura pubblica o privata del soggetto che esercita l'attività, intendendo legittimare interventi dello Stato, a fini sociali (in senso lato), che limitino l'ambito di espressione dell'autonomia negoziale, dell'imprenditore privato o pubblico.

(89) F. GALGANO, ult. cit., 308.

(90) Come risulta dall'art. 345 del TFUE (ex art. 295 del Trattato), secondo cui «I Trattati lasciano del tutto impregiudicato il regime di proprietà esistente negli Stati membri». Per cui, come si è osservato in dottrina, ciò «esclude che dal diritto europeo possano derivare, *tout court* ed in *linea di principio*, preclusioni in ordine alla proprietà pubblica di imprese o in ordine alla titolarità pubblica di partecipazioni azionarie in società che esercitino attività di impresa, assunta quest'ultima espressione sia ai sensi dei diritti nazionali sia, soprattutto, ai sensi del diritto europeo medesimo.», G. GRUNER, *Note minime intorno alla (pretesa) autonomia privata degli enti pubblici: tra tutela della concorrenza e del mercato e principio di legalità*, cit., 11, che richiama, per le medesime conclusioni, V. CERULLI IRELLI, *Impresa pubblica, fini sociali, servizi di interesse generale*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2006, 474.

talune imprese, siano esse pubbliche, private o miste, quanto al loro assetto societario (91). Detto in altre parole, il diritto europeo prescinde dallo *status* giuridico degli operatori economici nazionali, imponendo agli Stati membri di mantenere il medesimo trattamento verso di essi, in ragione dei principi di uguaglianza (nel senso della parità di trattamento), neutralità e trasparenza.

Per l'ordinamento europeo è del tutto ininfluenza che un ente pubblico costituisca o partecipi ad un'impresa e persegua scopi lucrativi. Anzi, in dottrina si è ritenuto che l'esercizio dell'attività di impresa da parte di soggetti pubblici, e finanche il perseguimento di scopi lucrativi, appare come una naturale conseguenza dell'applicazione dell'art. 106 del TFUE, secondo cui “*Gli Stati membri non emanano né mantengono, nei confronti delle imprese pubbliche (...), alcuna misura contraria alle norme dei Trattati, specialmente a quella contemplate dagli artt. 18 e da 101 a 109 inclusi*” (92).

Ciò che il diritto europeo non ammette è che, per effetto della natura pubblica del socio, si finisca con l'introdurre un regime di favore a beneficio delle società pubbliche o semi-pubbliche

(91) Data la chiarita neutralità del diritto europeo rispetto all'oggetto principale della nostra indagine, procederemo sul punto piuttosto speditamente, rinviando all'opera di D. GALLO, *I servizi di interesse economico generale*, cit., spec. 86 ss., in cui viene prospettato il significato delle norme contenute nel Trattato alla luce anche della giurisprudenza in tema e dei principi che animano l'ordinamento sovranazionale. Nell'opera citata si trova anche un'interessante lettura combinata degli artt. 106 e 345 del TFUE, 98 ss.. In particolare, vi si afferma che «la logica sottesa alla regola della parità di trattamento prevista dall'art. 106 par. 1 attenua l'indifferente atteggiamento delle istituzioni europee nei confronti della proprietà (pubblica o privata) delle imprese, atteggiamento questo in grado di assicurare alle autorità statali un certo margine di discrezionalità», 98-99.

(92) In questo senso si è espresso G. GRUNER, *Note minime intorno alla (pretesa) autonomia privata degli enti pubblici: tra tutela della concorrenza e del mercato e principio di legalità*, cit., 11: “Se è vero, infatti, che la richiamata norma impone la soggezione al medesimo regime giuridico sia alle imprese pubbliche che alle imprese private, e se è vero che queste ultime di norma mirano a perseguire scopi lucrativi, non si vede perché anche le prime non potrebbero perseguire tali scopi”.

in deroga all'applicazione, generalizzata, delle regole di concorrenza (93).

Si ha la riprova di quanto sostenuto in questo paragrafo riflettendo sul fatto che, da un lato, il concessionario privato di un servizio pubblico è tenuto agli stessi obblighi cui sarebbe soggetto un gestore operante *in house* (e dunque interamente pubblico) e, dall'altro, una società partecipata non può invocare a suo favore, in ragione della presenza di un socio pubblico, alcun privilegio rispetto agli altri operatori presenti sul mercato.

3.1.2 Conclusioni sul significato dell'art. 11 del codice civile

La lettura complessiva della Relazione di accompagnamento al codice e, in particolare, delle parti volte a chiarire l'ambito dell'attività di impresa degli enti pubblici, ci consente di prospettare un'interpretazione dell'art. 11 del codice civile che sia coerente con l'intenzione del codificatore e non dipenda da condizionamenti ideologici o da una lettura isolata della previsione di legge.

La norma esprime due distinti concetti.

Il primo: gli enti pubblici sono riconosciuti come persone giuridiche e dunque hanno soggettività piena, nel campo del diritto privato, ossia possono essere destinatari di rapporti giuridici allo stesso modo dei privati, salva la presenza di leggi o usi osservati come diritto pubblico, alla cui applicazione sono tenuti (94). Pa-

(93) Concetto, questo, di recente riproposto anche dalla giurisprudenza costituzionale: Cfr. sentenza n. 148/2009.

(94) Questa piana interpretazione era prospettata dalla dottrina che si è concentrata sullo studio dei contratti della P.A., secondo cui: «l'uno e l'altro elemento – personalità dell'ente e utilità pubblica da perseguire – non sono però tali da far mutare volto allo strumento giuridico, che è e rimane fondamentalmente assoggettato alle norme di diritto privato, là dove – e per quel tanto – altrimenti non sia espressamente stabilito da norme speciali o strettamente voluto e, quindi, necessariamente dedotto dalla natura pubblica del soggetto», F. FRANCHINI, *Pubblico e privato nei contratti della pubblica amministrazione*, cit., 35 ss., spec. 41. Ciò anche in considerazione del fatto che la figura del contratto, pur sviluppandosi nel diritto privato, è unica e comune sia al diritto privato sia al diritto pubblico.

rimenti esistono norme valide solo per i soggetti privati o per alcune specifiche categorie di privati. L'attività di impresa può dunque essere esercitata liberamente, nel rispetto dei limiti posti dalle legge che valgono ora per le persone giuridiche pubbliche ora per le persone giuridiche private (95).

Il secondo: i soggetti riconosciuti dall'ordinamento come persone giuridiche pubbliche si differenziano rispetto alle altre persone giuridiche, in considerazione, appunto, della loro natura «*pubblica*». In virtù di questa natura pubblica, anche il godimento dei diritti civili avviene secondo le leggi e gli usi osservati come diritto pubblico; la norma, cioè, essendo una disposizione a contenuto generale, effettua un rinvio mobile e ricettizio al diritto pubblico (diritto pubblico composto, nel periodo storico di riferimento, dalle leggi e dagli usi pubblici, il cui spazio era allora molto più significativo di quanto non sia oggi), capace di introdurre deroghe alla disciplina codicistica.

Questo non significa che, così riletto, l'art. 11 costituisca il fondamento del principio della capacità speciale dell'amministrazione: una simile interpretazione sarebbe smentita dalla considerazione complessiva del rapporto tra diritto privato e amministrazione per come è stato ripercorso nei suoi termini essenziali dalla Relazione di accompagnamento al codice di cui si è detto, che riconosce espressamente la possibilità per gli enti pubblici di utilizzare liberamente il diritto privato, nell'esercizio anche dell'attività d'impresa, purché nel rispetto dei divieti eventualmente espressi in norme o usi osservati come diritto pubblico (96).

(95) Dunque, gli enti pubblici potranno esercitare attività di impresa a meno che non si individuino divieti contenuti in norme o usi osservati come diritto pubblico.

(96) Questa chiave di lettura, come già si è accennato, appare l'unica coerente con il quadro costituzionale che, là dove fa riferimento all'iniziativa economica privata (esercitata tramite il diritto privato – art. 41 della Costituzione) e alla proprietà (art. 42 della Costituzione), equipara, all'interno di un medesimo regime giuridico, soggetti privati e soggetti pubblici, senza richiamare o supporre un diritto privato speciale dell'amministrazione.

Ne seguirebbe che: a) anche le società miste, in quanto espressione dell'iniziativa economica del soggetto pubblico, potrebbero vantare, in proprio

L'art. 11 presuppone, dunque, il principio opposto a quello della capacità speciale. Da qui, lo snodo fondamentale del nostro ragionamento consisterà nel verificare quali siano i limiti derivanti dal diritto pubblico, cui la norma rinvia al fine di conformare l'esercizio dell'attività di diritto privato alla natura pubblica del soggetto.

Ciò chiarito, non diventa più particolarmente rilevante l'interpretazione dell'espressione «*osservati come diritto pubblico*». Escluso che alle norme di legge debba attribuirsi funzione legittimante, il significato della previsione resterebbe invariato perché, a prescindere dal fatto che «*osservati come diritto pubblico*» si riferisca solo agli *usi* o *alle leggi e agli usi*, il rispetto delle previsioni di legge applicabili sarebbe comunque un obbligo per gli enti pubblici, diventando poco rilevante sapere se le previsioni di legge limitative (dunque non autorizzative) debbano ascrivere al diritto privato o al diritto pubblico.

Resta invece problematico che cosa significhi il rinvio agli «*usi osservati come diritto pubblico*». Secondo una recente riflessione ciò dovrebbe comportare la reviviscenza, nel diritto privato, dei tradizionali principi pubblicistici, tra cui quello di legalità (97).

Si constata con un certo stupore che questa tematica non è stata al centro del dibattito nei primi commenti al nuovo codice.

Era probabilmente scontato che i vincoli dettati dal diritto amministrativo avrebbero dovuto condizionare il rapporto tra ente pubblico e diritto privato. Tant'è che la lettura di scritti coevi all'adozione del codice civile (98) ci ha dimostrato che questi, anche ove dedicati ad approfondire la teorica del negozio giuridico,

favore, il diritto di libertà sancito dall'art. 41 e che b) il rispetto di tale libertà potrebbe essere invocato come parametro ai fini del vaglio di legittimità costituzionale di una normativa statale o regionale che preveda dei limiti all'attività delle società miste.

(97) G. GRUNER, *Note minime intorno alla (pretesa) autonomia privata degli enti pubblici: tra tutela della concorrenza e del mercato e principio di legalità*, cit., 17.

(98) In particolare ci si riferisce a E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Edizioni Scientifiche italiane, ult. rist. 1994, la cui prima pubblicazione risale al 1950. Lo studioso aveva anche partecipato nel 1943 alla Sottocommissione per la riforma del libro sulle obbligazioni.

non si sono concentrati, al medesimo tempo, sull'utilizzo delle norme del codice civile da parte sia di soggetti privati sia di soggetti pubblici, dato che, ricomprendere nell'indagine questi ultimi, avrebbe significato includere nei ragionamenti svolti anche il diritto amministrativo, in quanto elemento condizionato le manifestazioni negoziali delle persone giuridiche pubbliche (e non delle persone giuridiche private).

Ciò significa non che i soggetti pubblici non godessero della capacità giuridica generale, ma che lo studio avrebbe dovuto essere completato dall'esame di previsioni specifiche, appunto di diritto pubblico, integranti la disciplina applicabile o portanti eccezioni e deroghe alla possibilità di utilizzare il diritto privato.

In conclusione, il richiamo alle leggi e agli usi di diritto pubblico non ha altro significato se non quello di rendere esplicitamente riferibili, agli enti pubblici, con una formula onnicomprensiva, limiti e vincoli ulteriori, posti dal diritto pubblico, cui i soggetti privati sfuggono.

Di questi «*elementi di diritto pubblico*» sarà necessario avere piena consapevolezza, dunque, per verificare in che termini un ente locale possa utilizzare le norme del codice civile in tema di società (99). Ad essi sarà allora dedicato il capitolo che segue.

Altro è il discorso relativo al principio di legalità. Come si è già accennato, e tentato di illustrare tramite le considerazioni che precedono, il principio di legalità, con riguardo ad ogni attività dell'amministrazione, assolve alla funzione di delimitare, *ex ante*, il mandato istituzionale che l'ordinamento attribuisce alla persona giuridica pubblica, mentre, riferito al diritto privato, ha funzione negativa e non positiva, stante l'espressa formulazione dell'art. 11 del codice civile.

3.2 *Il comma 1 bis dell'art. 1 della legge n. 241/1990. La marginale rilevanza ai fini del presente studio*

È necessario verificare se le conclusioni raggiunte trovino

(99) A questo tema è infatti dedicato il capitolo che segue.

conferma o debbano essere smentite alla luce di altri dati di diritto positivo, successivi all'art. 11 c. c., presenti nel nostro ordinamento giuridico.

Una riflessione che si ponga come obiettivo quello di delimitare la capacità di diritto privato delle amministrazioni pubbliche deve confrontarsi con l'eventuale rilevanza dell'art. 1 comma 1 *bis* della L. n. 241/1990, secondo cui: «*la pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme del diritto privato salvo che la legge disponga altrimenti*» (100). Se non altro perché si è supposto che la norma, non solo abbia sovvertito l'impostazione tradizionale, che fu propria della tradizione giurispubblicistica, da Cammeo in poi, per cui, nell'incertezza, l'amministrazione doveva applicare il diritto pubblico (101), ma che abbia introdotto anche una generale *potestas contrahendi* dei soggetti pubblici (102), sottintendendo l'adesione alla tesi della capacità giuridica generale (103).

Tuttavia, la portata della disposizione richiamata appare molto più ristretta di quanto si potrebbe, a primo avviso, ritene-

(100) Sulle proposte formulate in sede di revisione della norma S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Regime giuridico dell'attività amministrativa e diritto privato*, in *Dir. pubbl.*, 2003, 405 ss., che individua nei termini seguenti lo spirito della riforma: «Le tre proposte hanno in comune l'enunciazione del principio secondo cui l'agire delle pubbliche amministrazioni si basa sul diritto privato. Questo elemento di continuità testimonia, evidentemente, come sia maturato nella classe politica italiana il convincimento che è ormai divenuto necessario porre a fondamento della riforma dei principi del diritto amministrativo (che ciò sia fatto sul piano della Costituzione o su quello della legge generale sull'azione amministrativa in questo momento non rileva), un più forte incoraggiamento con il 'sistema' giusciviltistico, stemperando la tradizionale specialità del primo.», 406.

(101) F. CAMMEO, *La volontà individuale e i rapporti di diritto pubblico. Contratti di diritto pubblico*, in *Giur. It.*, 1900, IV, 7 ss..

(102) In questo senso il merito dell'art. 1 comma 1 *bis* per G. GRECO, *L'azione amministrativa secondo il diritto privato: i principi*, cit., 81 ss., secondo cui il comma in commento «è idoneo a fugare ogni dubbio sulla capacità generale della pubblica amministrazione, che definirei di diritto comune», 82.

(103) In questo senso cfr. F. LIGUORI, *La funzione amministrativa. Aspetti di una trasformazione*, Napoli, 2010.

re (104). Non bisogna dimenticare che essa è inserita nella legge generale sul procedimento amministrativo, e richiama l'utilizzo del diritto privato «*nell'adozione di atti di natura non va*» (105), dunque dovrebbe essere riferita, a rigore, ai soli casi in

(104) Dall'entrata in vigore della norma la dottrina ha tentato di definirne il campo di applicazione e gli effetti, aprendo posizioni tra loro molto contrastanti. Dato lo scarso spazio che può dedicarsi al tema in questa sede si richiamano qui brevemente i termini delle questioni principali: a) che cosa debba intendersi per atto di natura autoritativa e, quindi, per atti di natura non autoritativa; b) in che termini debba essere colta la portata innovativa della norma in questione. Sul primo aspetto, la dottrina è divisa tra: a) chi individua l'autoritatività come la capacità di un atto di produrre effetti sfavorevoli per i destinatari; b) chi sostiene che debbano invece ricomprendersi anche gli atti con effetti favorevoli, ma caratterizzati dall'unilateralità e c) chi, infine, ritiene che debbano intendersi per provvedimenti autoritativi anche quelli non imperativi ma ad essi assimilati perché sottoposti al regime di sindacabilità davanti al giudice amministrativo. Sul secondo aspetto, taluni autori sostengono che la norma in questione abbia affermato che la disciplina dell'attività amministrativa debba soggiacere, di regola, al diritto privato, e solo in via residuale al diritto pubblico. Tesi, quest'ultima, contrastata dai più, che si soffermano sulla specificazione «*salvo che la legge disponga altrimenti*», per osservare che il diritto pubblico resta il riferimento guida per l'azione dell'amministrazione, precisando altresì che il presupposto per l'utilizzo del diritto privato deve restare la perfetta equivalenza dei risultati che si sarebbero ottenuti ricorrendo all'esercizio del potere autoritativo. Per la descrizione degli orientamenti in merito si rinvia all'opera di R. VILLATA - M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 7 ss..

(105) Sul concetto specifico di autoritatività, si rinvia alle considerazioni di F. TRIMARCHI BANFI, *Il principio di legalità e l'impiego del diritto privato per compiti dell'amministrazione pubblica*, in *Amministrare*, 2008, 5 ss., dove è tratteggiato anche il dibattito dottrinale in argomento: «secondo l'opinione corrente (poi criticata dalla studiosa, n.d.r.), nell'ordinamento vi sarebbe dunque un'autoritatività dell'atto amministrativo che potremmo considerare come l'autoritatività originaria, quella che è funzionale allo scopo e che è legittimata dallo scopo (...); vi sarebbe poi una autoritatività usurpata, che assiste manifestazioni di volontà dell'amministrazione che non ne hanno bisogno, e che per questo si risolverebbe in ingiustificato privilegio. L'art. 1 comma 1 *bis* ci sbazzerebbe di questa sorta di autoritatività impropriamente usata», 6. La studiosa precisa poi che l'autoritatività non è necessariamente legata a situazioni di degradazione di diritti, essendo da riferirsi invece all'attitudine a modificare unilateralmente, anche in positivo, la sfera giuridica altrui.

A contrario rispetto al legame necessario tra funzionalità e atto autoritativo, l'atto non autoritativo è stato definito come quello «che costituisce il risultato

cui l'amministrazione sostituisca ad un proprio atto, che diversamente dovrebbe seguire i principi pubblicistici, uno strumento negoziale e non, in linea generale, ad ogni situazione in cui l'ente pubblico utilizzi il diritto privato (106).

Il senso dell'inciso appare quello di escludere che il diritto privato sia utilizzabile laddove l'amministrazione voglia ottenere effetti provvedimenti tipici e dipendenti dall'affermazione di un potere autoritativo. In questa prospettiva, allora, l'amministrazione se non assume atti autoritativi, *per* l'adozione di atti di diversa natura, agirà tramite strumenti privatistici. Resta ferma, in ogni caso, la pubblicità della fase che precede e giustifica l'utilizzo del negozio di diritto privato, attratta necessariamente dal modello dell'evidenza pubblica.

Così collocato nella sua giusta dimensione l'ambito di applicazione della citata previsione, l'art.1 comma 1 *bis* della Legge n.241 del 1990 rileverebbe, ai nostri fini, solo per l'aspetto specifico del regime degli atti che costituiscono la fase dell'evidenza pubblica e non per ricostruire il rapporto tra ente pubblico e diritto privato (107). Sotto tale profilo, la sua formulazione letterale

dell'azione dell'amministrazione» ma che «non si pone in alcuna relazione, cronologica, formale o funzionale, con l'esercizio di un potere tipico», N. PAOLANTONIO, *Art. 1 comma 1 bis*, in *La pubblica amministrazione e la sua azione*, a cura di N. PAOLANTONIO - A. POLICE - A. ZITO, Torino, 2006, 105. Più ampia la prospettiva di Cerulli Irelli, che ricomprende nella nozione di atti non autoritativi i rapporti non disciplinati specificamente dal diritto pubblico, *Verso un più compiuto assetto della disciplina generale dell'azione amministrativa*, in www.astridonline.it; *contra* A. TRAVI, *Autoritatività e tutela giurisdizionale: quali novità?*, in *Foro amm. TAR*, supplemento al n. 6/2005, 17 ss..

(106) Un'interpretazione restrittiva della previsione in esame emerge nel commento di A. AULETTA, *Note in tema di capacità di diritto privato delle amministrazioni pubbliche*, cit., par. 3., in cui si è ritenuto che la lettura coordinata del comma 1 *bis* con il comma 1 dell'art. 1 della L. n. 241/1990 imponga che «mentre per l'attività provvedimento opera una disciplina pubblicistica a maglie strette, per quella di diritto privato rimane sì fermo il vincolo del perseguimento dell'interesse pubblico (...), ma la forma di tale attività sarebbe affiancata dal rispetto del modulo procedimentale disciplinato dalla l. 241.».

(107) Il rapporto di cui si occupa la norma è semmai quello tra atti di natura autoritativa e atti di natura non autoritativa, per i quali varrà il diritto privato.

potrebbe indurre a ritenere che il diritto privato si estenda al procedimento di formazione della volontà dell'ente che, appunto, è costituito da atti di natura *non* autoritativa; questa conseguenza è tuttavia da escludersi ove porti a «privatizzare» la fase dell'evidenza pubblica che precede la stipula del contratto. L'ipotesi accennata contrasterebbe, infatti, con il principio di imparzialità dell'amministrazione e con le regole della procedura, ad evidenza pubblica, che portano alla scelta del contraente (108).

Inoltre, è il diritto europeo ad escludere, certamente, la prospettata interpretazione. Esaminando la giurisprudenza della Corte di Giustizia, chiara nel noto caso Alcatel (109), emerge la ne-

Ridimensiona il valore innovativo della norma, se riportata al tema del rapporto tra amministrazione e contratto, Daria De Pretis: «Su questo, che è il vero punto della questione, del quale ci si sarebbe potuti aspettare che il legislatore della riforma si occupasse a fondo una volta (fortunatamente) superato l'approccio ideologico di chi avrebbe voluto un'amministrazione che agisse «normalmente» secondo le regole del diritto privato, la nuova norma sull'attività di diritto privato dell'amministrazione sembra dire molto poco. Così come essa non si occupa dell'altro profilo problematico della stessa vicenda, ossia delle relazioni fra l'attività di diritto pubblico e il contratto, e in particolare non dice nulla sul problema assai vivacemente dibattuto ultimamente nel nostro sistema (e del quale non mi occuperò), delle conseguenze sul contratto dell'invalidità e dell'annullamento dell'atto di aggiudicazione.», D. DE PRETIS, *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*, cit..

(108) V. a riguardo capitolo terzo par. 2.

Esclude che rientrino nella categoria degli atti non autoritativi gli atti delle procedure ad evidenza pubblica, N. PAOLANTONIO, *Art. 1 comma 1 bis*, cit., 105 ss..

Ha sostenuto la rilevanza della norma in relazione all'attività di diritto privato dell'amministrazione D. DE PRETIS, *L'attività contrattuale della p.a. e l'art. 1-bis della legge n. 241 del 1990*, cit..

(109) La Corte di Giustizia, infatti, ha ritenuto non compatibile con il diritto comunitario le previsioni dell'ordinamento austriaco in cui mancava un atto di diritto amministrativo, volto a chiudere la fase pubblicistica e preludere a quella propriamente negoziale, che potesse essere conosciuto dagli interessati ed eventualmente costituire oggetto di un ricorso di annullamento come previsto allora dall'art. 2, n.1, lett. b) della direttiva 89/665: CGCE, 28 ottobre 1999, in C-81/98, caso Alcatel, ripresa, in quest'ottica, da D. DE PRETIS, *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

cessità che, per ragioni di tutela dei soggetti interessati, le amministrazioni motivino, in maniera trasparente, il proprio agire per contratti, attraverso un provvedimento amministrativo eventualmente impugnabile, essendo appunto l'attività amministrativa non libera nei fini, ma vincolata e soggetta al sindacato di legittimità. Perciò è facile concordare sul punto con chi ha chiarito che: «L'evidenza pubblica in materia contrattuale nelle forme minime della proceduralizzazione della scelta del contraente e della "provvedimentalizzazione" delle decisioni che attengono alla messa in gara di un contratto e della sua aggiudicazione costituisce dunque un chiaro obbligo del diritto comunitario, destinato ad operare in maniera piena e diretta anche nel nostro sistema quando si ricada nell'ambito di applicazione di quel diritto. La domanda che resta da porsi, a questo punto, è se questa regola non costituisca addirittura uno di quei principi di diritto comunitario che condizionano l'attività amministrativa, in virtù di quanto previsto al primo comma dell'art. 1 della legge 241».

Infine, parte della dottrina ha segnalato che la previsione in questione, secondo la quale, si ricorda, la pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme del diritto privato salvo che la legge disponga altrimenti, «registra l'esistenza di un generale condizionamento pubblicistico dell'attività di diritto privato della pubblica amministrazione» (110), condizionamen-

www.giustamm.it., secondo cui «Il diritto comunitario esige inoltre che questa attività, a prescindere dalla natura anche formalmente privata del soggetto che la pone in essere, si estrinsechi in ogni caso in un atto idoneo ad esprimere anche solo implicitamente la volontà del soggetto agente e, in particolare, ad essere sindacato secondo il modello del sindacato di legittimità sul potere amministrativo».

(110) Da qui seguirebbe che «In ogni caso, tornando alla formula salvo che la legge disponga altrimenti, si può dire che essa, per quanto riguarda l'attività contrattuale della p.a., espressamente legittima tutte le possibili deroghe al diritto comune dei contratti, ossia codifica il secondo profilo di specialità dei due schematicamente individuati in precedenza. Tali deroghe possono consistere sia in previsioni del tipo dei già richiamati articoli della normativa sui lavori pubblici, sia in previsioni di altro tipo, dirette a limitare e modificare l'utilizzo del diritto comune dal parte dell'amministrazione, come ad esempio le disposizioni che limitano la capacità di diritto privato delle amministrazioni pubbliche. Così si possono ritenere coperte dalla nostra clausola di salvezza,

to che però, ci pare, non si distanzi da quello posto dall'art. 11 del codice civile, secondo cui gli enti pubblici godono dei diritti secondo le leggi e gli usi osservati come diritto pubblico. A meno di non ritenere, come si è prospettato, che essa abbia anche introdotto una riserva di legge per l'introduzione di limitazioni nell'uso del diritto comune (111). Tale conclusione varrebbe comunque nel limitato ambito di applicazione del comma 1 *bis* e non potrebbe contraddire l'impostazione riportata nel codice civile per descrivere il rapporto tra enti pubblici e diritto privato.

Resta infine da osservare che, nel comma 1 *bis* dell'art. 1 della legge sul procedimento amministrativo, là dove si richiamano indistintamente “*le norme del diritto privato*”, senza null'altro specificare, si effettua un rinvio *intero* alle regole di quella branca dell'ordinamento, nella loro portata di *ius commune*, sconfessando la tesi dell'esistenza di un “*diritto privato speciale*” dell'Amministrazione.

norme che, in deroga a quanto previsto dal diritto comune, escludano l'amministrazione dalla possibilità di concludere determinati contratti o di agire privatisticamente in determinate aree (in ipotesi diverse, ovviamente, da quelle in cui si tratti di atti di natura autoritativa). Si pensi per esempio alle norme che fissano vincoli per enti locali in ordine alla possibilità di concludere contratti di mutuo o di fideiussione (artt. 204 e 207 D. Lgs. n. 267/2000). Non sembrano da ricondurre a questo tipo di specialità, invece altre regole implicite, che limitano l'utilizzo del diritto privato, come il divieto di comperare a prezzo di mercato beni soggetti ad esproprio, o il divieto di acquisto di cose future, le quali esprimono piuttosto un limite generale all'uso del diritto privato da parte della pubblica amministrazione, riconducibile all'altro tipo di specialità, più strettamente legata al carattere di funzione del suo agire.», D. DE PRETIS, *L'attività contrattuale della p.a. e l'art. 1-bis della legge n. 241 del 1990*, cit..

(111) «Una prima conseguenza di tale riserva potrebbe essere di escludere, in materia contrattuale, la validità di deroghe al diritto comune in favore dell'amministrazione che non derivino da un'espressa disposizione di legge, ma semplicemente da una prassi amministrativa o dalla giurisprudenza applicativa, la quale a sua volta le desumeva, anziché da norme più o meno esplicite, da ricostruzioni concettuali della condizione di potere dell'amministrazione», D. DE PRETIS, *L'attività contrattuale della p.a. e l'art. 1-bis della legge n. 241 del 1990*, cit..

4 *Conclusioni sulla capacità di diritto privato dell'ente locale*

Dopo aver ripercorso le principali tesi dottrinali in merito alla capacità privatistica degli enti pubblici e tratte le nostre conclusioni dall'esame del diritto positivo, possiamo ora chiudere il nostro ragionamento tornando agli interrogativi sollevati nella prima parte di questo capitolo.

4.1 *Il riconoscimento della capacità giuridica generale e la negazione della funzionalizzazione dell'attività di diritto privato*

Coordinando l'interpretazione dell'art. 11 del codice civile con le riflessioni dottrinali esposte, appare corretto affermare la capacità giuridica generale degli enti pubblici e, dunque, anche degli enti locali, e la loro contemporanea soggezione alle regole del diritto pubblico.

Secondo quanto è stato sinora sostenuto, il perseguimento dell'interesse pubblico e la sua attuazione, per trovare spazio nell'ordinamento, non devono necessariamente trovare una propria collocazione all'interno del regime giuridico del negozio di diritto privato, in quanto, come ci pare di aver dimostrato, gli enti pubblici e i soggetti privati, nell'utilizzare strumenti di diritto privato, sono attratti dalla legge in un'unica ed esclusiva ambientazione, che è quella del diritto comune. Ciò implica l'autonomia del diritto privato e l'autonomia del diritto pubblico, in una sequenza che li contempla entrambi, ma ciascuno in un momento diverso (112).

(112) In termini simili anche le conclusioni di S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Contributo allo studio del principio contrattuale nell'attività amministrativa*, cit., che ha dimostrato come, ferma la necessità di perseguire scopi pubblici, la differenza tra uso del diritto privato e uso del diritto pubblico riguarda il diverso genere di rilevanza dell'attività amministrativa. Da qui, si è ritenuto che non si debba differenziare oltre contratti conclusi con le amministrazioni e contratti conclusi tra i privati. Nel primo caso «si realizza un incontro tra manifestazione di volontà di diversa natura, frutto di attività sostanzialmente amministrativa, l'una, di autonomia privata, l'altra. Una volta formatosi, però, il rego-

Viceversa, l'intenzione di trasferire dall'attività di diritto pubblico all'attività di diritto privato le regole del potere amministrativo, sovrapponendo le ultime alle prime, compare oggi, enfatizzata, nelle teorie che prospettano la cosiddetta «*funzionalizzazione*» dell'attività privata dell'amministrazione.

Per la verità, non è chiaro che cosa debba intendersi con l'espressione funzionalizzazione ai principi di diritto pubblico (113). O meglio, sul punto vi sono posizioni contrastanti (114).

lamento contrattuale si ambienta per intero nel diritto delle obbligazioni e dei contratti (...)), 218.

(113) In un primo e più generico significato, si può intendere per funzionalizzazione il piegarsi dell'attività di diritto privato dell'amministrazione a istituti di diritto pubblico, nel senso indicato da V. CERULLI IRELLI, *Diritto privato dell'amministrazione pubblica*, Torino, 2008, 17 ss., spec. 19: «l'attività di diritto comune non è attività disciplinata senz'altro ed esclusivamente dalla normativa privatistica, ma in essa l'applicazione della normativa privatistica è limitata e condizionata dalla presenza di molteplici istituti di diritto pubblico. (...) Questi istituti sono intesi (...) ad assicurare, almeno in certi limiti, la funzionalizzazione della volontà dell'amministrazione nei casi concreti e la tutela delle posizioni dei terzi interessati». Si veda anche ID., *Il negozio come strumento di azione amministrativa*, in *Autorità e consenso nell'attività amministrativa - Atti del convegno di studi di scienza dell'amministrazione*, Varenna 20 – 22 settembre 2001, Milano, 2002, 77 ss..

Secondo Dugato, la funzionalizzazione, o principio di funzionalità, «altro non rappresenta che un'ulteriore manifestazione del principio di legalità, questa volta considerato nella sua veste di legalità-indirizzo», M. DUGATO, *Atipicità e funzionalizzazione dell'attività amministrativa per contratti*, Miano, 1996, 34. Ma, se così stanno le cose, riferire della funzionalizzazione non significherebbe altro che ribadire la necessità del vincolo di scopo a monte dell'espletamento dell'attività di diritto privato.

In chiave più problematica F. TRIMARCHI BANFI, *Il diritto privato dell'amministrazione pubblica*, in *Dir. Amm.*, 2004, 661 ss., che afferma, con riferimento esclusivamente all'attività contrattuale dell'amministrazione retta dalle regole dell'evidenza pubblica che «Al *diritto privato speciale* di origine legislativa si sostituisce un *diritto privato dell'amministrazione*, che trova origine non in disposizioni di legge ma nella trasposizione di logiche pubblicistiche all'interno del diritto dei contratti, ad opera della giurisprudenza e della dottrina», par. 2; nella riflessione dell'autorevole studiosa si giunge poi a precisare che «la premessa dimostra soltanto che, se si vuole impiegare il contratto, questo impiego non può pregiudicare il carattere indefettibilmente funzionale dell'attività. Ne seguono due passaggi critici. Il primo riguarda le ragioni che richiedono, o almeno consigliano, l'impiego del contratto. Il secondo riguarda i modi della fun-

La tesi più convincente è quella di chi ha provato a rielaborare il concetto di funzionalizzazione, affermando (non che l'uso del diritto privato debba essere stravolto dall'introduzione di correttivi pubblicistici, ma) che, a livello teorico, «*i fondamenti del diritto amministrativo si compongono in unità attorno al postulato del carattere funzionale dell'attività dell'amministrazione, qualunque sia la forma nella quale essa si manifesta*» (115). Questa tesi ci pare compatibile con la succitata

zionalizzazione dell'attività che si compie mediante contratti, e cosa rimanga delle ragioni che renderebbero il contratto preferibile al provvedimento, quando il contratto fosse reso sufficientemente affine al provvedimento, così da poterlo sostituire senza perdita delle garanzie che sono offerte dal regime amministrativo»; perciò «I concetti di funzione e funzionalità si sviluppano, nel diritto amministrativo, con riferimento al carattere del potere e del provvedimento che lo concretizza, ed alla controllabilità che ne consegue. In questo quadro la funzionalità si manifesta ed è controllabile sul piano giuridico: carattere funzionale del potere e regime degli atti sono una cosa sola», 668-669; anche ID., *L'attività contrattuale dell'amministrazione pubblica*, in *Dir. pubbl.*, 1998, 43 e ss..

Nel senso della funzionalizzazione anche A. ROMANO, *Profili della concessione di pubblici servizi*, in *Dir. amm.*, 1994, 459 ss. e F. G. COCA, *Autorità e consenso*, in *Autorità e consenso nell'attività amministrativa - Atti del convegno di studi di scienza dell'amministrazione*, cit., 43 ss..

Una posizione chiara anche quella di P. CHIRULLI, *Autonomia pubblica e diritto privato dell'amministrazione*, cit., 417: «Se dunque l'amministrazione agisce nella pienezza della sua posizione giuridica anche nell'attività amministrativa di diritto privato, e dunque in essa l'autonomia privata si salda con quella funzionale, anche in tale attività debbono trovare espressione purché nella forma più adeguata e compatibile con gli strumenti privatistici oltre che con il diverso rilievo degli interessi privati coinvolti, quei principi di imparzialità e buon andamento che sono il risvolto immancabile della nozione funzionale di amministrazione», 417-418.

Parlava di funzionalizzazione anche M. RENNA, *Le società in mano pubblica*, cit., 37.

(114) Nettamente contrario alla tesi della funzionalizzazione E. STICCHI DAMIANI, *Attività amministrativa consensuale e accordi di programma*, Milano, 1992, 34-38. Già G. GRECO, *I contratti dell'amministrazione tra diritto pubblico e diritto privato*, Milano, 1986, spec. 45, che esclude la funzionalizzazione nelle sue tesi più estreme sulla base di argomentazioni tratte dall'esame del diritto positivo.

(115) Così F. TRIMARCHI BANFI, *Il diritto privato dell'amministrazione pubblica*, cit., 668 e 674-675, che esclude un'invadenza del diritto pubblico sull'attività negoziale, una volta entrata nel regime del diritto privato, citando, a

separazione, in sequenza, tra applicazione del diritto pubblico e applicazione del diritto privato e con la rilevanza, *ex ante*, della legalità-mandato.

Sul punto occorre bene intendersi. Escludere un'adesione totale alla tesi della cosiddetta funzionalizzazione, concepita come trasferimento degli schemi pubblicistici, nonché dei relativi poteri e principi, nella fase negoziale, non significa che, almeno nel momento preliminare dell'evidenza pubblica, in cui l'amministrazione dà ragione dei motivi che la portano a determinarsi verso un certo modello contrattuale (116), non debbano essere manifestate le motivazioni specifiche delle decisioni assunte, nell'ottica del perseguimento del pubblico interesse. In questo senso ci pare vi sia da distinguere tra *finalizzazione*, per indicare il rispetto dei parametri pubblicistici nella fase preliminare alla manifestazione negoziale, e *funzionalizzazione*, in virtù della quale parte della dottrina inserisce i predetti parametri pubblicistici all'interno della vicenda negoziale.

I principi di diritto pubblico, difatti, trovano spazio adeguato nel procedimento ad evidenza pubblica (117): la motivazione,

riprova di quanto sostenuto, la dottrina tedesca del *Verwaltungsprivatrecht*, richiamando gli scritti di WOLFF, *Verwaltungsrecht*, I, 1958, § 23, I. b; MAURER, *Verwaltungsrecht*, 1997, § 3, Rn. 9 e WOLFF-BACHOF-STOBER, *Verwaltungsrecht*, I, 1994, § 23, Rn. 13.

(116) In alternativa all'azione autoritativa e in alternativa ad un altro tipo contrattuale.

(117) Ciò a maggior ragione considerando il procedimento come il luogo in cui l'Amministrazione «campeggia» sulla procedura, «con il suo potere ed il provvedimento che l'esprime», e come il luogo in cui gli interessi rilevanti nelle diverse vicende diventano coprotagonisti di quel potere: «l'amministrazione (e non il soggetto pubblico amministratore) è attività e non soggetto, l'attività si compie in forza del potere che promana da una norma dell'ordinamento obiettivo, il fine d'interesse pubblico – che è causa di quel potere – è amministrato da tutti gli attori procedurali in un confronto quasi processuale, in posizione paritaria, il soggetto pubblico coamministra – giacché il primato è della funzione e non del soggetto – ed è vincolato nel suo agire dai precetti che lo privano d'autonomia, giacché al termine della procedura dovrà adempiere all'onere del suo essere parte imparziale perché possa adottare la decisione unilaterale (questa sì, questa sola, autoritativa). Il procedimento è relazione.», L. R. PERFETTI, *Il procedimento amministrativo*, cit., 677.

la trasparenza, la pubblicità, restano però estranee alla vicenda contrattuale ed esplicitano i loro effetti prima che inizi la fase privatistica vera e propria, il cui momento di attivazione coincide con la stipula del contratto.

Così possiamo concludere che il godimento dei diritti menzionati dal codice civile è guidato, nella fase iniziale, dal diritto pubblico (118), ma la fase privatistica è al più finalizzata, non funzionalizzata (119).

4.2 *La negazione dell'autonomia privata degli enti pubblici*

Completando il nostro ragionamento, abbiamo ora tutti gli elementi sufficienti per verificare se il rapporto che viene ad instaurarsi tra ente pubblico e diritto privato possa essere o meno sintetizzato con il concetto di autonomia privata. Il punto è quello di capire se l'attività dell'amministrazione che ricorra al diritto privato si muova in un ambito di pura libertà oppure no.

La dottrina maggioritaria, anche ove riconosca la capacità giuridica generale dei soggetti pubblici, tende a negare, per ragioni connesse alla predetta funzionalizzazione, il riconoscimento dell'autonomia privata in capo agli enti pubblici, evidenziando la necessità del collegamento tra le finalità indicate dalla legge e

Su questo specifico aspetto dei vincoli derivanti dal diritto pubblico si rinvia al successivo capitolo terzo.

(118) Mentre non subisce alcuna funzionalizzazione nel momento in cui si sia entrati nel regime privatistico vero e proprio.

(119) Questa conclusione è perfettamente in linea con gli orientamenti della Cassazione, diffusi da alcuni anni. Per esempio, a proposito di controversie attinenti al rapporto di lavoro subordinato con la P.A., la Cassazione ha ritenuto che “Se, dunque, non può dubitarsi della scelta del diritto privato (...) deve operare il principio fondamentale secondo cui l'atto privato è tale proprio perché non può essere funzionalizzato al perseguimento dell'interesse pubblico senza contraddire l'intima essenza di espressione di autonomia dell'autore, non avendo il legislatore derogato specificamente a tale principio”, Cass. Sez. Lav., 20 marzo 2004, n. 5696, citata da G. GRECO, *Argomenti di diritto amministrativo*, Milano, 3° ed. 2008, 156, là dove si afferma, per inciso, che “la funzionalizzazione del diritto privato non esiste”.

l'azione del soggetto pubblico (120). A partire da quest'ultima considerazione, si è esclusa la compatibilità dell'autonomia negoziale con lo *status* soggettivo di pubblica amministrazione (121).

(120) Fa il punto S. PAJNO, *Gli enti locali e gli strumenti di diritto privato*, cit., «Secondo l'approccio tradizionale, la capacità giuridica va distinta dall'autonomia negoziale del soggetto, dal momento che la seconda è una conseguenza della prima, ma non si identifica con essa e, mentre la capacità giuridica di diritto privato degli enti pubblici non soffre di limitazioni e divieti, eventuali vincoli connessi con la finalizzazione all'interesse pubblico degli enti, sono destinati a condizionare ed a qualificare la relativa autonomia», par. 16.

Contrario al riconoscimento di un'autonomia privata in capo alle amministrazioni pubbliche, in virtù della tesi della funzionalizzazione dell'azione amministrativa, cfr., F. G. COCA, *Autorità e consenso*, cit.: «l'azione consensuale non può essere rapportata ad una situazione soggettiva che risponda alle caratteristiche essenziali dell'autonomia contrattuale, dato che l'amministrazione non può "liberamente determinare il contenuto del contratto" o dell'atto consensuale in genere; e va invece riferita ad un potere precettivo di diversa consistenza (funzionalizzato, vincolato, disciplinato nella forma e indirizzato nella sostanza): il potere amministrativo», 44.

Nello stesso senso anche R. VILLATA - M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 60: «La funzionalizzazione della scelta che avviene nell'esercizio del potere discrezionale consente altresì di distinguere discrezionalità e autonomia privata. È sì vero che pure i privati compiono scelte nello svolgimento della loro autonomia. Ma alle libere scelte espressione di autonomia privata non è imposto alcun fine da perseguire ed esse sono soggette solo a limiti d'ordine negativo, destinati ad impedire alle azioni umane di uscire dalla sfera del lecito. (...) Invece il rapporto con la legge è ben diverso nell'attività discrezionale: quest'ultima non è uno spazio autonomo di determinazione limitato solo dall'esterno dal diritto. A partire da Zanobini risulta acquisito che la legge non è solo un limite per l'amministrazione. L'attività amministrativa, quando non è esecuzione, è attuazione di legge. Fondamentale è la posizione dei fini, ossia la cura degli interessi pubblici», 60.

Rifiuta di qualificare il rapporto tra diritto privato e ente pubblico nei termini dell'autonomia privata anche S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Contributo allo studio del principio contrattuale*, cit., 117 ss. ricordando D. SORACE, *Promemoria per una nuova voce «atto amministrativo»*, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, Milano, 1988, vol. II, 772. In particolare, l'Autore citato per primo ritiene che «non si può parlare propriamente di autonomia privata poiché anche il contratto si presenta, dal lato dell'amministrazione, come episodio di attuazione del potere giuridico. In particolare, l'atto di adesione al negozio (...) è un vero e proprio atto amministrativo e non può, dunque, né essere qualificato come atto privato e nemmeno non essere affatto qualificato (...)», 139.

Critico anche M. GALLI, *Attività contrattuale della Pubblica amministrazione e difetto di potere rappresentativo*, Napoli, 2003, 68 ss..

In realtà, la presenza di vincoli imposti dalla legge al comportamento dell'amministrazione non basta per obbligarci a negare l'autonomia privata degli enti pubblici, perché l'esistenza di li-

Muove obiezioni alla ricostruzione in termini di autonomia privata del rapporto tra amministrazione e diritto privato anche P. COTZA, *Potere autoritativo e modelli consensuali nel diritto dell'amministrazione pubblica. Contributo metodologico*, Napoli, 2007, vol. II, 487 ss., secondo cui il vincolo di scopo rileverebbe direttamente sul piano della validità dell'atto di diritto privato.

Contrario V. CERULLI IRELLI, *Diritto amministrativo e diritto comune. Principi e problemi*, in *Scritti G. Guarino*, I, Padova, 1998, 553 ss., spec. 574 ss., che esclude la configurabilità di una autonomia privata dell'amministrazione per la necessaria vigenza dei principi di imparzialità e di tutela dei terzi.

Favorevole ci sembra invece la posizione, più risalente, di A. BARDUSCO, *La struttura dei contratti delle pubbliche amministrazioni. Atti amministrativi e negozi di diritto privato*, Milano, 1974, 9 ss..

Ritiene di poter individuare l'autonomia privata dei soggetti pubblici, intesa come autoregolamentazione della propria sfera giuridica, G. GRECO, *I contratti dell'amministrazione tra diritto pubblico e diritto privato*, cit., 90.

(121) Ci si riferisce alla già esposta tesi di C. MARZUOLI, *Principio di legalità*, cit., *passim*.

Più di recente, anche rielaborando le tesi di Marzuoli alla luce dell'aumento significativo dei casi di combinazione tra elementi di disciplina pubblicistica e segmenti di disciplina privatistica, si è ritenuto che l'*autonomia pubblica*, intesa come l'autonomia negoziale degli enti pubblici, si intersechi con l'autonomia funzionale, volta al perseguimento del pubblico interesse, e perciò l'autonomia dei soggetti pubblici «risulta *ab origine* finalizzata e comunque condizionata dal rispetto di alcune regole e principi speciali», P. CHIRULLI, *Autonomia pubblica e diritto privato nell'amministrazione*, cit., 309.

Tende a negare l'autonomia privata dell'amministrazione anche la giurisprudenza contabile, con ragionamenti dal seguente tenore: «A differenza dei privati che possono decidere da sé come regolare liberamente i propri interessi di cui hanno la piena disponibilità, quando è una pubblica amministrazione che opera, con istituti che sono esplicazione di autonomia negoziale, la stessa non ha la piena disponibilità degli interessi coinvolti nel negozio giuridico, ma è sempre vincolata al perseguimento dell'interesse pubblico che si vuole realizzare, ancorché con strumenti propri del diritto privato. Ed allora la questione da risolvere è verificare se l'esercitato *ius variandi* corrisponda ad un interesse pubblico che, avendo sempre a riferimento il parametro normativo, giustifichi un ripensamento dell'assetto degli interessi economici già valutati in sede di prima assunzione: ne consegue che la modifica del compenso contrattuale di un city-manager richiede una adeguata ponderazione e non può fondarsi sull'acritico recepimento della richiesta del dirigente interessato che faccia generico riferimento ai maggiori compensi», Corte dei Conti, reg. Veneto, 10 giugno 2008, n. 614.

miti non esclude la configurazione dell'autonomia negoziale come attributo di un soggetto. A maggior ragione, se si ricorda che la stessa dottrina civilistica riconosce che l'autonomia negoziale ha «*svariati significati (...) non riconducibili ad un centro sistematico-concettuale*» (122).

Nemmeno l'alterità tra interessi generali e soggetto agente è risolutiva per escludere l'autonomia privata. Questa argomentazione sarebbe confutata dalla considerazione che, nel caso delle persone giuridiche pubbliche, vi è, invece, una coincidenza tra gli interessi pubblici e gli interessi dell'ente; gli interessi pubblici *sono* gli interessi dell'ente pubblico. Dunque, tecnicamente, non si tratta di interessi diversi da quelli del soggetto che ne è portatore. È vero che l'interesse pubblico è affidato all'amministrazione, ma quando essa utilizza il diritto privato, tale interesse diventa l'interesse di una parte, l'amministrazione appunto, che si immedesima con esso (123).

Se viceversa si volesse continuare a sostenere l'alterità tra interesse della persona giuridica pubblica e interessi di cui essa è portatrice, si potrebbe obiettare che il diritto civile ben conosce situazioni in cui determinati organismi rappresentano interessi di altri, che vengono assunti come propri, senza, per l'effetto, negare l'autonomia privata di tali soggetti. È il caso del mandatario o del gestore di affari altrui, o, ancora più chiaramente, delle organizzazioni *non profit*.

(122) S. PUGLIATTI, *Autonomia privata*, in *Enc. Dir.*, IV, 1959, 366. Ancora più chiaramente V. G. B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, cit., 1966, 5: «diversamente configurabile e diversamente atteggiandosi è, nelle singole situazioni, il rapporto tra attività privata e ordine giuridico; diverso il potere di intervento dell'ordinamento nell'attività privata, sì che l'autonomia individuale nelle singole situazioni assume un significato e una portata diversi».

(123) Tanto che in uno dei più densi scritti sull'organizzazione amministrativa, ci si poneva il problema di predisporre degli strumenti idonei ad assicurare un controllo sugli scopi e sui risultati di quella che veniva definita azione burocratica per verificare la corrispondenza tra i fini posti dall'ordinamento e l'attività della burocrazia medesima, G. PASTORI, *La burocrazia*, Padova, 1967.

Allora, la ragione per cui non si ritiene percorribile la qualificazione, in termini di autonomia privata, della posizione dell'amministrazione e, nel nostro caso, del Comune, al cospetto delle norme del diritto privato, è più profonda. Non dipende, *sic et simpliciter*, dalla presenza dei vincoli imposti dalla legge all'autonomia negoziale e nemmeno dalla necessità di perseguire interessi pubblici, ma consiste nella *natura* degli obblighi derivanti dal diritto pubblico, strutturati, questi ultimi, in modo tale da rendere obbligatoriamente sindacabili (naturalmente in astratto) le determinazioni che la persona giuridica pubblica assume.

Ripartiamo allora dalla nozione di autonomia privata: l'autonomia privata rappresenta il presupposto, in termini di volontà, sulla base del quale un soggetto dell'ordinamento sceglie la direzione da dare ai propri interessi, esercitando diritti, poteri e facoltà; con la possibilità di escludere i terzi dalle proprie decisioni, restando arbitro della propria sfera giuridica. L'esercizio dell'autonomia privata è, dunque, libertà del volere.

Viceversa, il presupposto, in termini di volontà, sulla base del quale un'amministrazione pubblica sceglie la direzione da dare ai propri interessi (cioè ad interessi pubblici), è l'esercizio del potere discrezionale, così definito proprio in antitesi alla nozione civilistica di libertà, in quanto positivamente ristretto dalle norme di legge e dai principi pubblicistici, che generano obblighi in capo al soggetto pubblico, il quale non ha la facoltà di autodeterminarsi. In siffatto contesto, all'opposto dell'insindacabilità dell'autonomia privata, si giustifica la sindacabilità (nei noti limiti) del potere discrezionale dell'amministrazione. In sostanza, è la nozione di discrezionalità amministrativa ad essere incompatibile con quella di autonomia privata (124).

(124) Sviluppa un confronto tra autonomia privata e discrezionalità dell'amministrazione, negando la possibilità di un'analogia, M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., vol. II, 47-48 e ID., *Atto amministrativo* (voce), in *Enc. dir.*, vol. IV, Milano, 1959, 157 ss.: «da prima essendo una posizione necessaria del soggetto di un ordinamento generale che si estrinseca non solo nella libertà della scelta dei fini, ma in un potere autoresponsabile di regolazione di interessi (...); la seconda essendo invece un mero potere di valutazione comparativa

La necessità di perseguire interessi pubblici e il rispetto dei principi dell'azione amministrativa impediscono di concepire come *libera* l'azione dell'ente locale che, come noto, è infatti, perlopiù, esercizio di potere discrezionale.

Ne segue che non vale a qualificare l'interazione tra ente pubblico e diritto privato il brocardo latino *stat pro ratione voluntas*, che riassume l'essenza del concetto di autonomia privata e com-

(...) e quindi un accadimento puntuale, circoscritto, normativamente prerogato e nella sola norma regolativa esaurito».

Senza escludere direttamente l'autonomia privata, afferma che «la stessa configurazione del potere decisionale esercitato dalle amministrazioni pubbliche come discrezionalità, anch'essa nozione successivamente spogliata dal connotato di libertà che inizialmente la caratterizzava, è divenuta manifestazione del principio di legalità poiché ha contraddistinto la necessità di assoggettare le scelte amministrative a norme e principi comportamentali di correttezza rendendole verificabili e sanzionabili – a differenza di quanto di norma avviene per gli atti privatistici – attraverso un vizio, l'eccesso di potere, e allo sviluppo di una corrispondente tecnica di sindacato, che si appunta sulla relazione tra attività amministrativa e fini istituzionali, di cui presuppone la predeterminazione e dunque la verificabilità sulla base di criteri oggettivi e di regole procedurali», da P. CHIRULLI, *Autonomia pubblica e diritto privato nell'amministrazione*, cit., 23-24. In questo senso è confermata l'impostazione tenuta nel testo, per cui la nozione di autonomia privata non è compatibile con quella di sindacabilità della manifestazione di volontà dell'amministrazione.

Si è anche rilevato che «non si può non constatare che mettere sullo stesso piano l'autonomia privata e la discrezionalità amministrativa pare operazione che non porta a risultati soddisfacenti in quanto le due entità sono eterogenee: l'una è una posizione giuridica soggettiva, l'altra è un modo di esercizio del potere; così meglio sarebbe porre in rapporti autonomia contrattuale e potere (discrezionale)», S. SCOCA, *Evidenza pubblica e contratto*, cit., 42. A parere di chi scrive, invece, autonomia privata e autonomia negoziale agiscono su due piani differenti: la prima qualificando la posizione di chi possa vantare una libertà del proprio volere, con connessa insindacabilità (e dunque non invocabile per le amministrazioni pubbliche), la seconda derivando dalla capacità giuridica generale (e dunque invocabile per le amministrazioni pubbliche).

In senso negativo anche F. SCOCA, *Autorità e consenso*, cit.: «Peraltro in tutti gli atti consensuali, siano essi necessari o eventuali, il potere che l'amministrazione esercita è sempre potere amministrativo, mai (almeno in linea di principio, e fatte salve eventuali situazioni speciali, o, meglio, eccezionali) un potere libero, qualificabile (a pieno titolo) come autonomia privata. Si tratta sempre, autoritativo o non autoritativo che sia, di potere (precettivo) soggetto allo statuto tipico dell'azione amministrativa», par. 3.

porta l'assoluta libertà di autodeterminarsi, nella gestione dei propri interessi, e, conseguentemente, l'insindacabilità dell'azione di chi goda di tale libertà del volere (125). La legge, infatti, impone all'amministrazione un *luogo* per il contemperamento degli interessi, che è il procedimento amministrativo, e un *modo* per pervenire alle proprie determinazioni (salvo il caso delle decisioni vincolate), che è la discrezionalità amministrativa. La presenza di vincoli procedurali e l'enucleazione dei canoni di ragionevolezza che guidano l'esercizio del potere discrezionale rendono, strutturalmente, la decisione dell'amministrazione sindacabile e, dunque, non libera di autodeterminarsi. Da qui il ragionamento si semplifica. Se c'è sindacabilità non può esserci libertà del volere.

Su questo piano, ogni decisione cui l'ente locale pervenga, compresa quella di stipulare o meno un determinato accordo, deve ispirarsi ai principi che reggono l'esercizio dell'azione amministrativa e che devono precederne la stipula. In tal senso il diritto pubblico precede il diritto privato e ne condiziona l'esplicazione, pur mantenendo la propria autonomia. Il perseguimento dell'interesse pubblico resta sul piano del diritto pubblico e diviene il parametro, interno, con cui confrontare la legittimità della determinazione a contrattare, che esaurisce e conclude il procedimento pubblicistico su cui la vicenda negoziale si appoggia. Va chiarito a tale proposito che, appunto perché il perseguimento del pubblico interesse non può sovrapporsi o confondersi con la causa del negozio, tipico o atipico, che venga stipulato, una volta esaurita la fase pubblicistica (nella quale si verifica anche l'utilità del negozio giuridico stesso rispetto ai fini dell'ente) e passati al diritto privato, quest'ultimo si espande con le proprie regole, restando impermeabile alla fase in cui il soggetto pubblico abbia esternato

(125) Su questo tema, oltre agli scritti già citati nella nota (9), sono ancora attuali le riflessioni di E. BETTI, *Autonomia privata*, in *N.ss. D. I.*, I, Torino, 1957; ID., *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., ivi in particolare capitolo primo: *L'autonomia privata e il suo riconoscimento giuridico*, 43 ss.; S. DEFINA, *Autonomia* (voce), in *Enc. Giur.*, Roma, 1988; S. PUGLIATTI, *Autonomia privata*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959; S. ROMANO, *Autonomia privata*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1956, 801.

la propria volontà. Il negozio, infatti, si conclude una volta che sia terminato il processo volitivo interno all'ente, ma, esaurito l'*iter* volitivo, la determinazione cui l'amministrazione perviene confluisce nel negozio giuridico, il quale porta con sé l'applicazione di un nuovo e diverso regime.

Ecco chiarito il motivo per cui i caratteri del potere discrezionale non appaiono compatibili con la nozione di autonomia privata e con l'insindacabilità dei fini che ne conseguirebbe, a meno di non tradire il significato originario della nozione di autonomia privata (126).

In altre parole, la vicenda del contratto ove quest'ultimo coinvolga solo soggetti privati, determina rapporti giuridici in accordo a quanto pattuito tra le parti, «*all'infuori dell'ingerenza di ogni ordine giuridico*» (127), purché ritenuto meritevole di tutela dall'ordinamento giuridico nei limiti di cui all'art. 1322 c. c. e si basa perciò sull'esercizio di diritti incomprimibili (128); le amministrazioni pubbliche, invece, devono determinare il contenuto

(126) Eliminando gli aspetti profondamente caratterizzanti la nozione in parola.

In dottrina in effetti, con ragionamenti in parte condivisibili intorno alla compatibilità tra ambito della cura degli interessi pubblici e autonomia nell'utilizzo del diritto privato, si è anche sostenuto che sia possibile individuare il binomio funzione/autonomia privata, ma senza eliminare i parametri tradizionali dell'azione amministrativa (ragionevolezza, efficacia, proporzionalità etc.), privando però il concetto di autonomia privata delle sue caratteristiche essenziali (tra cui la libertà nei fini): «L'ambito funzionale o della cura dell'interesse generale e quello dell'autonomia convivono armonicamente perché hanno oggetti diversi: il primo si riferisce alla piena soddisfazione dei destinatari e beneficiari dell'esercizio della funzione pubblica, mentre il secondo agli strumenti che devono essere utilizzati per il conseguimento dei corrispondenti fini», F. DE LEONARDIS, *Soggettività privata e azione amministrativa*, Padova, 2000, 293 che individua, conseguentemente, un regime misto, in parte di diritto pubblico, in parte di diritto privato.

(127) Così E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico - L'autonomia privata e il suo riconoscimento giuridico*, cit., 45.

(128) Approfondisce questo aspetto, indagando l'esistenza di un autonomo ordinamento dei privati, A. ROMANO, *L'ordinamento giuridico di Santi Romano, il diritto dei privati e il diritto dell'amministrazione*, in *Dir. Amm.*, 2011, 241 ss., spec. 246 ss.

dei rapporti giuridici di cui siano parte alla luce della propria natura istituzionale, che ingloba il perseguimento dell'interesse pubblico. L'ordinamento statale incide, cioè, nei confronti dei soggetti pubblici, a priori, nel senso che definisce l'ente pubblico e determina quali caratteristiche debba avere una persona giuridica pubblica (129). Qui il diritto ha funzione «legittimante» e non solo funzione ordinatrice, come là dove vi siano soggetti che godano di autonomia privata; ma non nel senso che occorre individuare specifiche norme che autorizzino l'uso di strumenti privatistici, quanto piuttosto nel senso che l'interesse pubblico deve guidare l'azione dell'ente, nella logica, generale e generalizzante, della legalità-mandato.

Va aggiunto poi (ad ulteriore riprova della negazione dell'autonomia privata) che è da escludersi, per gli enti pubblici, l'ammissibilità di atti volti a pregiudicare o impoverire il patrimonio pubblico, atti che invece il soggetto privato potrebbe compiere anche a proprio danno (130).

(129) In questo senso si è affermato che «l'autonomia dell'amministrazione è veramente derivata dall'ordinamento statale, e non solo da questo riconosciuta come quella dei privati», A. ROMANO, *L'ordinamento giuridico di Santi Romano, il diritto dei privati e il diritto dell'amministrazione*, cit., 253.

(130) Si è fin discusso sulla possibilità per le amministrazioni di stipulare contratti di donazione. Qualora l'amministrazione assuma le vesti di donante si verifica infatti un impoverimento del patrimonio dell'ente pubblico in favore solo del donatario; se invece essa riceva una donazione, assumendo le vesti di donatario, le attività, ad esempio, legate alla manutenzione dei beni donati potrebbero comportare indirettamente una distrazione del patrimonio dell'ente dai fini pubblici. Perciò, si è ritenuto che la donazione, in forma attiva o passiva, possa essere ammessa solo alla condizione che il soggetto pubblico individui una finalità di interesse pubblico come supporto della propria decisione di accettare o di disporre una donazione. Ciò vale, con particolare rigore, ove l'ente pubblico accetti una donazione modale, che imponga cioè obblighi specifici in capo al donatario. Afferma la compatibilità della donazione con l'ente pubblico ricevente, applicando al caso i principi civilistici in materia, Tribunale di Milano, Sez. IV civ, sent. n. 161/2009.

Negli scritti in commento al codice civile, AA.VV., *Commentario al codice civile*, a cura di F. SANTOSUOSSO, cit., si raccoglie l'opinione prevalente, per cui «il quesito circa la capacità o meno delle persone giuridiche in generale e di quelle pubbliche in particolare a compiere atti di liberalità è stato risolto affermati-

Si ha infine conferma delle conclusioni raggiunte considerando quel tipo particolare di autonomia privata che è la c.d. autonomia privata collettiva, categoria utilizzata per descrivere la potestà di autoregolamentazione riconosciuta «*ad alcuni gruppi sociali per la tutela degli interessi collettivi, di interessi, cioè, di quelle collettività di persone ad un bene idoneo a soddisfare un bisogno comune*» (131).

L'autonomia privata collettiva ha in comune con la posizione riconosciuta dall'ordinamento in capo all'amministrazione il fatto di riferirsi a situazioni in cui vi è un organismo deputato al perseguimento di interessi di una determinata categoria di soggetti. Al fondo, però, si nota un'importante diversità, potremmo dire, istituzionale: nel perseguire gli interessi del gruppo sociale, l'organismo privato può procedere liberamente, nella maniera ritenuta più opportuna, non essendo assoggettato a vincolo alcuno; l'amministrazione no.

4.3 *L'attività di impresa*

Se l'ente pubblico gode di una capacità giuridica generale e risulta facoltizzato dunque ad utilizzare gli strumenti offerti dal codice civile purché questi siano utili al perseguimento dei propri fini, deve ammettersi anche la compatibilità tra ente pubblico e attività di impresa, come del resto già enunciava la Relazione di accompagnamento al codice civile.

È una precisazione, questa, che non si può trascurare di approfondire se non altro perché di recente la giurisprudenza amministrativa ha assunto posizioni diverse. In particolare, come si è già ricordato, l'Adunanza Plenaria (132), nel giugno scorso del 2011, ha affermato l'esistenza di un principio opposto, per cui l'ente pubblico, non avendo fini di lucro, non potrebbe svolgere

vamente nella considerazione che nel nostro diritto non esiste alcuna norma che sancisca una tale incapacità», 181.

(131) F. SANTORO PASSARELLI, *Autonomia collettiva*, in *Enc. Dir.*, IV, 1959, 369-374.

(132) Ci si riferisce alla già citata sentenza n. 10/2011.

attività di impresa, salvo deroghe normative espresse (133). Nel sostenere questa tesi il Consiglio di Stato, a prescindere dalla normativa specifica, recupera una tesi antica, che escludeva la compatibilità tra partecipazioni in società e natura dell'ente pubblico nel senso tradizionale, inteso cioè come ente burocratico (134).

Viene negata, in sostanza, la compatibilità tra ente pubblico e contratto di società, sul presupposto dell'impossibilità per le amministrazioni di essere parti di un contratto finalizzato alla divisione degli utili. Posto che l'attività delle società risulta positivamente (nel senso: dal diritto positivo) individuata e deve essere un'attività lucrativa o quanto meno condotta con metodo economico (cioè deve tendere almeno al pareggio tra costi e ricavi) (135), tale caratterizzazione non sarebbe compatibile con la natura pubblica di un eventuale socio. Salvi, naturalmente, i casi di società interamente pubbliche, in cui l'interesse pubblico verrebbe a coincidere con l'oggetto sociale e potrebbe annientare lo scopo lucrativo.

È necessario, a questo punto, giustificare la diversa tesi cui si ritiene di aderire anche confrontandosi con le argomentazioni adottate dal Consiglio di Stato.

Il nodo problematico da risolvere riguarda la possibilità per una persona giuridica pubblica, costituita per la tutela e la promozione di pubblici interessi, di essere parte di un contratto che ha per definizione, nella sua causa, lo scopo lucrativo (136). Nodo

(133) Il ragionamento non è diverso da quello che si legge negli scritti di diritto commerciale, in merito alla possibilità per i gruppi associativi, che esercitano attività di impresa con scopo ideale, di costituirsi in forma di società; possibilità ammessa dalla prassi, sebbene osteggiata in dottrina se non nei casi espressamente previsti dalla legge.

(134) Per apprezzare i termini del dibattito: T. ASCARELLI, *Lezioni di diritto commerciale*, Milano, 1955, 128 ss.; G. MIELE, *Brevi osservazioni in tema di enti pubblici non economici*, in *Dir. econ.*, 1959, 1371 ss..

(135) Così G. F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale – Diritto delle società*, Torino, 2011, 26.

(136) Il quesito che ne segue diventa allora il seguente: la presenza pubblica è compatibile e in che misura con il fine pubblico?. Così imposta la

problematico ben conosciuto ai civilisti, per cui il problema del *fine* pubblico si trasforma in quello della *causa* delle società partecipate da soggetti pubblici, ma che non ha messo in discussione il principio che l'attività di impresa possa essere svolta da soggetti pubblici e da soggetti privati, con un'unica rilevante differenza: «nell'impresa privata l'interesse generale funge di regola da limite, nell'impresa pubblica da obiettivo» (137).

Per affrontare, in chiave critica, la posizione prospettata in giurisprudenza, è utile scomporre le due premesse del sillogismo utilizzato per pervenire alla conclusione assunta dal Consiglio di Stato: a) lo scopo lucrativo è elemento del contratto di società (premessa maggiore); b) l'ente pubblico non ha scopo di lucro (premessa minore), quindi l'ente pubblico non può costituire una società, salve espresse deroghe normative (conclusione del sillogismo).

Iniziamo col rilevare che la premessa a) è stata, di recente, sconfessata da alcuni studiosi del diritto commerciale, alcuni dei quali tendono ora ad affermare la neutralità dello scopo lucrativo rispetto al tipo della società per azioni (138).

problematica G. OPPO, *Pubblico e privato nelle società partecipate*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, 156 ss., spec. 162.

(137) Concetto riassuntivamente riportato da G. OPPO, *Pubblico e privato nelle società partecipate*, cit., 163.

(138) Autorevoli autori hanno ritenuto, anche prima dell'adozione della riforma delle società, che si potesse ragionare di *neutralità della causa*, e che quindi le società per azioni potessero essere utilizzabili, nell'esercizio dell'autonomia privata, per la realizzazione di un qualsiasi scopo lecito. In questo senso si sono espressi G. SANTINI, *Tramonto dello scopo lucrativo nelle società di capitali*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1973, I, 151, che, con riferimento alle società partecipate da enti pubblici, afferma che "la P.A. potrà operare nel proprio interesse (cioè nell'interesse pubblico), con gli stessi limiti che incontra l'azionista privato", 168; F. DI SABATO, *Diritto delle società*, Milano, 2005, 33 ss.; A. CARRABBA, *Scopo di lucro e autonomia privata*, Napoli, 1994, 65ss.. Tesi, quest'ultima, ripresa assentivamente anche da parte della dottrina amministrativista, tra tutti, M. RENNA, *Le società per azioni in mano pubblica*, cit., 15 ss.; *Contra* G. F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale – Diritto delle società*, cit., 28; anche, sebbene in maniera meno *tranchant*, F. GOISIS, *Contributo allo studio delle società in mano pubblica come persone giuridiche*, cit., spec. 99 ss..

Se così fosse, come ha già sostenuto una dottrina pubblicista (139), il problema sarebbe risolto all'origine.

Se invece si crede, con la maggior parte di chi si è espresso sul tema (140), che lo scopo lucrativo resti determinante per l'archetipo del contratto di società, la questione va affrontata *funditus*.

Si diceva che, secondo gli studiosi del diritto commerciale, lo scopo lucrativo è da intendersi come requisito essenziale ed inderogabile per costituire una società. Muovendo da questa considerazione, il fenomeno delle società partecipate da soggetti pubblici viene ricostruito in termini molto specifici. Esse trovano una disciplina di diritto speciale in norme di legge o in principi che ne mutano la configurazione rispetto all'archetipo civilistico, eliminando dalla fattispecie lo scopo lucrativo, con regole alternative a quelle enunciate nel codice civile (ad esempio prevedendo delle forme di controllo esterne a quello civilistico, come è, per l'appunto, il controllo analogo richiesto per le società interamente pubbliche) (141).

Ma la citata ricostruzione non calza ai nostri fini, perché le società miste, partecipate da soggetti pubblici e soggetti privati non necessariamente sono trattate dal legislatore come società di diritto singolare (come si è visto nel corso del primo capitolo par. 6, non possono ritenersi società di diritto singolare, ad esempio, le società a partecipazione comunale la cui disciplina è contenuta nel Testo Unico degli enti locali). Né, tanto meno, in assenza di una norma *ad hoc*, possono essere esentate dal perseguire uno scopo lucrativo, considerata altresì la presenza di almeno un socio privato, il cui interesse all'operazione del partenariato deve potersi misurare anche in termini di ritorni economici. Dunque, non var-

(139) M. RENNA, ult. cit., 34 ss..

(140) In questo senso, tra i più decisi F. GALGANO, *Diritto commerciale – Le società*, cit., 15 ss.; G. OPPO, *Pubblico e privato nelle società partecipate*, cit., 157 ss.; C. IBBA, *Società pubbliche e riforma del diritto societario*, cit., *passim*..

(141) Così, in senso riassuntivo, F. GALGANO, *Diritto commerciale – Le società*, cit.; *contra* F. GOISIS, *Contributo allo studio delle società in mano pubblica*, cit., 218 ss..

rebbe, per contrastare la tesi espressa dall'Adunanza Plenaria, qualificare le società partecipate come società prive di scopo di lucro in virtù di una legislazione *ad hoc*.

Altri sono gli argomenti che ci inducono a prendere le distanze dal sillogismo che precede.

Non è escluso che un soggetto, come l'ente locale, che non ha, quale vocazione principale, lo svolgimento di attività economica possa svolgere, comunque, attività di impresa, anche in forma societaria, in virtù della propria capacità di diritto privato, pur, questo sì, per ragioni legate al perseguimento delle proprie specifiche finalità. Siffatta considerazione è assodata, infatti, nella giurisprudenza della Corte Costituzionale, secondo cui “*non è negata né limitata la libertà di iniziativa economica degli enti territoriali, ma è imposto loro di esercitarla distintamente dalle proprie funzioni amministrative*” (142).

Che lo scopo di lucro debba essere presente non significa infatti che debba essere anche esclusivo: affermare la necessità di una gestione imprenditoriale delle società partecipate non snatura la sostanza degli interessi, pubblici o privati, del socio. Questo perché il socio non si immedesima con la società, la quale resta un soggetto giuridico autonomo (a maggior ragione ove si tratti di una società di capitali). Peraltro, gli studiosi del diritto civile ci insegnano che il fenomeno delle società miste può essere spiegato a partire dall'analisi del contratto di società, in virtù del quale i soci, pubblici e privati, fanno convergere nella nuova realtà istituzionale ciascuno parte dei propri interessi, lucrativi gli uni, di altra natura gli altri. In sostanza, è proprio l'incontro del privato con il pubblico che consente di mantenere lo scopo lucrativo come elemento caratterizzante anche la società mista: “*La lucratività può combinarsi con altri fini ma, se manca, non vi è società ma associazione e nasce non solo il problema della compatibilità con la disciplina societaria ma il*

(142) Per ragioni legate alla necessità di non falsare il gioco della concorrenza: cfr. sentenza n. 326/2008. Con la medesima impostazione anche Corte Cost., n. 148/2009.

problema dell'elusione (...) della disciplina imperativa delle associazioni?" (143).

In altre parole, l'interesse pubblico diverrebbe, secondo questa tesi, una componente della causa del contratto che porta alla istituzione della società mista, assieme allo scopo lucrativo (144).

Bisogna inoltre considerare che il problema della possibilità della partecipazione in società per gli enti senza scopo lucrativo non riguarda solo gli enti pubblici, ma si è posto anche per tutti quegli altri enti che del pari non hanno tale scopo e pure intendano candidarsi come soci di società. Come per esempio le associazioni, le fondazioni o le *onlus*, istituite secondo le regole civilistiche.

La giurisprudenza della Cassazione (145) non ha affermato un divieto di partecipazione in società di capitali nemmeno per le *onlus*, caratterizzate, come è noto, dal perseguimento di fini sociali in una logica rigorosamente *no profit*, per le quali si è ritenuto che, senza stravolgere o neutralizzare il fine solidaristico, possano detenere quote di partecipazione in società ove mantengano una gestione statico conservativa del patrimonio, finalizzando detta partecipazione alla percezione degli utili da destinare al raggiungimento dei propri scopi istituzionali.

Appare evidente la somiglianza tra le problematiche prospettate: nel caso affrontato dalla Cassazione si trattava di valutare la compatibilità tra lo scopo lucrativo e il fine solidaristico, che deve inderogabilmente caratterizzare le *onlus*; nella situazione sottoposta all'attenzione della Plenaria si è trattato di accertare la compatibilità tra lo scopo lucrativo e il fine pubblico, che deve inderogabilmente caratterizzare l'attività degli enti pubblici. Ebbene, le Sezioni Unite hanno ritenuto che: a) "la realizzazione di utili non esclude il fine solidaristico"; b) considerata la natura delle *onlus*, "oc-

(143) G. OPPO, *Pubblico e privato nelle società partecipate*, cit., 164.

(144) Questa è la conclusione cui perviene G. OPPO, *Pubblico e privato nelle società partecipate*, cit., 166-167.

(145) Con la sentenza Cass. Civ., Sez. Un., 9 ottobre 2008, n. 24883.

corre però che gli utili stessi vengano impiegati per la realizzazione delle attività istituzionali o connesse”.

Applicando la tesi delle Sezioni Unite al nostro caso, ne seguirebbe che l'ente pubblico, deputato istituzionalmente, come persona giuridica pubblica (146), al perseguimento degli interessi pubblici, se mosso dalla cura e dalla promozione degli interessi della propria comunità, ben potrebbe essere parte di un contratto associativo con fine di lucro. Il perseguimento di uno scopo lucrativo non è, come ha dichiarato la Cassazione con riferimento al fine sociale, inconciliabile con un fine “*istituzionalmente*” diverso.

Resta da aggiungere in conclusione, a conforto della tesi cui si aderisce, che gli studi più convincenti hanno da tempo dimostrato che esiste un modo diretto per rendere compatibile lo scopo lucrativo con il necessario perseguimento dell'interesse pubblico, distinguendo cioè tra causa sociale, che rimane comunque lucrativa, e attività dedotta nell'oggetto sociale, che può risultare diretta al perseguimento di un interesse pubblico (147). Inoltre, è il diritto positivo ad avere funzione ulteriormente dirimente: sia le norme richiamate nel capitolo primo contenute nel Testo Unico degli enti locali, sia la Legge Finanziaria per il 2008 presuppongono la facoltà degli enti locali di dare vita a società miste in casi non previsti dalla legge; dunque, coerentemente con i riferimenti sistematici già forniti, il legislatore ha ritenuto compatibile la natu-

(146) Sulla necessità di mantenere una chiave di lettura in senso finalistico della nozione di persona giuridica e, in particolare, della nozione di persona giuridica pubblica, si condividono le riflessioni svolte da F. GOISIS, *Contributo allo studio delle società in mano pubblica come persone giuridiche*, cit., 58 ss., che conclude così la sua indagine sui caratteri della persona giuridica pubblica: a) la necessaria finalizzazione al perseguimento di un interesse pubblico caratterizza tutti gli enti pubblici; b) gli enti pubblici sono tutti estranei ad una finalizzazione primariamente lucrativa e caratterizzati invece da una finalizzazione altruistica.

(147) “Con limitazioni (per la società in mano pubblica, come per gli altri operatori privati) della concreta possibilità di conseguire il lucro, ma non certo con elisione della finalizzazione della società al perseguimento del maggior lucro realizzabile”, F. GOISIS, *Contributo allo studio delle società in mano pubblica come persone giuridiche*, cit., 223.

ra pubblica del socio e quella privata della società. Natura privata della società che comprende, naturalmente, lo scopo lucrativo.

Appare finalmente consentito rispondere in termini affermativi al quesito inerente al *se* il Comune possa costituire società miste. Ammessa la capacità giuridica generale, pur in assenza di una norma espressamente legittimante, il Comune, in virtù della propria soggettività giuridica, può svolgere attività di impresa e, perciò, costituire o partecipare a società miste. Resta ora da capire con che modalità ciò possa avvenire e quali siano, più specificamente, i principi guida imposti dalle *“leggi e dagli usi osservati come diritto pubblico”*.

CAPITOLO III

RUOLO ISTITUZIONALE DEL COMUNE E CAPACITÀ DI DIRITTO PRIVATO

SOMMARIO: 1. Il secondo dei riferimenti concettuali necessari al presente studio. Ente locale: generalità e fini. — 2. Il rapporto tra potere negoziale e discrezionalità amministrativa: l'interesse pubblico primario e gli interessi *altri*. La logica dell'evidenza pubblica. — 3. Il significato del necessario perseguimento dell'interesse pubblico. Un approfondimento. — 3.1. Le posizioni di dottrina e giurisprudenza. — 3.2. L'irrilevanza della distinzione tra perseguimento diretto e indiretto dell'interesse pubblico. — 4. La sana e prudente gestione del patrimonio pubblico. — 5. Conclusioni in ordine al rapporto tra ruolo istituzionale del Comune e utilizzo del diritto privato. La conformazione dell'autonomia negoziale ai vincoli derivanti dalla natura istituzionale del Comune e la necessaria individuazione dell'interesse pubblico concreto.

1. *Il secondo dei riferimenti concettuali necessari al presente studio. Ente locale: generalità e fini*

Assodato che gli enti pubblici sono dotati di una capacità giuridica generale, si è accertata anche, di conseguenza, l'ammissibilità della costituzione o della partecipazione a società miste pur in assenza di una norma legittimante *ad hoc*.

Per completare il ragionamento alla luce del diritto positivo vigente, dobbiamo approfondire, a questo punto, quali siano le *leggi e gli usi osservati come diritto pubblico*, che condizionano l'attività negoziale del Comune, per poi verificare, nel prossimo capitolo, come tali vincoli si riflettano sulla partecipazione a società.

Il rapporto tra Comune e diritto privato non solo riprende la relazione tra persona giuridica pubblica e diritto privato (i cui

elementi sono stati descritti nel capitolo precedente), ma dipende anche dalla soggettività specifica che l'ordinamento riconosce a tale ente e dalla presenza di previsioni legislative e principi pubblicistici che ne delimitano il campo di azione, integrando il precetto di cui all'art. 11 del codice civile (1).

Bisogna allora verificare quali siano e cosa dispongano queste previsioni legislative e questi principi pubblicistici.

Cominciamo con il ricostruire il ruolo istituzionale del Comune rispetto agli altri enti pubblici territoriali.

Si è già ricordato che il Comune è quell'ente cui l'ordinamento attribuisce il compito di rappresentare la comunità, di curarne gli interessi e promuoverne lo sviluppo (2). Viene così

(1) Più in generale sui contratti conclusi dalle amministrazioni, P. COYZA, *Potere autoritativo e modelli consensuali nel diritto dell'amministrazione pubblica. Contributo metodologico*, cit., vol. I e II.

(2) Si può facilmente immaginare quanto possa essere estesa la bibliografia sul punto, si citeranno perciò, senza nessuna ambizione di esaustività, solo gli scritti direttamente consultati, utili ai fini specifici della nostra ricerca: AA.VV., *Territorialità e delocalizzazione nel governo locale*, a cura di M. CAMMELLI, Bologna, 2007. Ivi, in particolare, si vedano i contributi di G. PIPERATA, *Il governo locale tra territorialità del diritto e spazio dell'economia*, 73 ss.; M. ABRESCIA, *Territorio e analisi economica del diritto. Amministrazione territoriale e delocalizzazione funzionale*, 343 ss.; C. VITALE, *Il territorio nella definizione e gestione del servizio pubblico locale*, 723 ss.; G. BERTI, *Caratteri dell'amministrazione comunale e provinciale*, cit.; P. VIRGA, *L'amministrazione locale*, ult. ed., 2003; M. CAMMELLI, *Il raccordo tra i livelli istituzionali*, in *Le ist. del feder.*, 2001, 1079 ss.; F. MERLONI, *Il destino degli ordinamenti degli enti locali (e del relativo Testo Unico) nel nuovo titolo V della Costituzione*, in *Le Regioni*, 2002, 409; G. STROZZI, *Gli enti locali nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, in *Le Regioni*, 2002, 1337; G. FALCON, *Inattuazione a attuazione del nuovo titolo V*, in *Le Regioni*, 2003, 3 ss.; AA.VV., *La repubblica delle autonomie; regioni ed enti locali nel nuovo titolo V*, a cura di T. GROPPI - M. OLIVETTI, Torino, 2003; L. VANDELLI, *Il sistema delle autonomie locali*, Bologna, 2004; G. A. SALA, *Sui caratteri dell'amministrazione comunale e provinciale dopo la riforma del titolo V della Costituzione*, in *Le Regioni*, 2004, 11 ss.; G. DE MARTIN, *La funzione amministrativa tra Regioni ed enti locali*, in *Dir. pubbl.*, 2005, 975 ss.; R. CAVALLO PERIN - A. ROMANO, *Commentario breve al Testo Unico sulle autonomie locali*, Padova, 2006, 12 ss..

Dedica una parte importante delle sue ricerche al Comune anche Santi Romano, che ricordiamo nonostante parte delle riflessioni svolte non siano più attuali vista la riforma del Titolo V della Costituzione. Gli scritti sono ora rac-

circoscritto, dalla legge, l'ambito entro cui il Comune può operare: altra non potrebbe essere la posizione che pretenda di occupare nell'ordinamento poiché il riconoscimento delle prerogative che gli sono attribuite e l'affermazione dell'autonomia politica e amministrativa di cui gode (costituzionalmente sancite) (3), si fonda sulla sua natura di ente politico, deputato alla soddisfazione dei bisogni e dello sviluppo della comunità locale.

Negli studi dedicati all'amministrazione locale, si precisa che il Comune è dotato di fini generali, nel senso che, nei suoi confronti, la legge non individua un elenco di specifiche competenze, prevedendo piuttosto un'ampia delega, in virtù della quale l'amministrazione locale è tenuta a destinare i propri interventi in favore della *comunità di riferimento*, di cui è ente esponenziale, e quindi del proprio territorio (4).

Occorre a questo punto domandarsi se, per rispettare il ruolo istituzionale affidato al Comune dall'ordinamento, quale che sia l'attività posta in essere (di diritto pubblico o di diritto privato), quest'ultima debba essere, e in caso affermativo in quale maniera, riconducibile alla comunità territoriale rappresentata o, più in generale, al perseguimento di interessi pubblici.

Se così fosse comincerebbe ad intravedersi in che senso, stando al rinvio inserito all'art. 11 del codice civile alle *leggi ed agli usi osservati come diritto pubblico*, è ridotta la possibilità per un ente

colti nel volume, S. ROMANO, *Gli scritti nel Trattato Orlando*, Milano, 2005, 419 ss..

(3) Per avere un'idea del contesto politico e giuridico che ha accompagnato la riforma dell'autonomia degli enti locali, si possono esaminare i lavori della Commissione bicamerale D'Alema, in AA.VV., *La commissione bicamerale per le riforme costituzionali*, Padova, 1998, 67 ss..

Le norme costituzionali significative a riguardo sono l'art. 5 e l'art. 114. Sul tema si rinvia a R. CAVALLO PERIN - A. ROMANO, *Commentario breve al Testo Unico sulle autonomie locali*, cit., 13 ss..

(4) Come non ha mancato di segnalare la dottrina che si è occupata di studiare il rapporto tra enti pubblici e diritto privato, è ancora più difficile, ove l'ente sia dotato di fini generali, come nel nostro caso, individuare i vincoli che esso incontra nell'esercizio dell'attività negoziale, perché l'incidenza del vincolo di scopo, che pure deve sussistere, risulta sfuggente, P. CHIRULLI, *Autonomia pubblica e diritto privato dell'amministrazione*, cit., 405.

pubblico, nella specie, per il Comune, di godere dei diritti e di utilizzare le facoltà enunciate dal codice civile, che si manifestano, tra l'altro, nell'esercizio del potere (5) negoziale.

Intendiamo limitarci alla questione di fondo nei termini appena ricordati. Non ci interessa, invece, in questa sede, ripercorrere per intero l'evoluzione dottrinale che naturalmente ha accompagnato la definizione della nozione di interesse pubblico, di cui si darà conto solo ove sia utile al nostro ragionamento principale.

2. *Il rapporto tra potere negoziale e discrezionalità amministrativa: l'interesse pubblico primario e gli interessi altri. La logica dell'evidenza pubblica*

Si diceva: per affrontare il quesito attorno al *quando* e al *come* un Comune possa costituire o partecipare a società, è necessario verificare quali siano i vincoli di diritto pubblico che finiscono col condizionare l'esercizio del potere negoziale dell'ente locale (6) e, quindi, la facoltà di concludere contratti in base alla *volontà* dell'ente medesimo (7).

(5) Non ci si riferisce, naturalmente, al concetto pubblicistico di potere, ma a quello privatistico, inteso come possibilità di modificare la propria situazione giuridica tramite atti di disposizione.

(6) Secondo Giannini, la legittimazione negoziale, vedi riferimenti contenuti nel capitolo primo par. 2.1..

(7) Due sono i contributi monografici che sottendono una prospettiva non molto dissimile da quella che si vuole seguire nel presente lavoro di ricerca. Ci si riferisce agli scritti di P. CHIRULLI, *Autonomia pubblica e diritto privato dell'amministrazione*, cit., 313 ss. che, sebbene con un taglio più generale, si è dedicata all'esame delle problematiche inerenti il rapporto tra qualità pubblica del soggetto agente e autonomia contrattuale (sull'interferenza tra autonomia funzionale e autonomia negoziale, 344 ss.) e di S. SCOCA, *Evidenza pubblica e contratto: profili sostanziali e processuali*, cit., che svolge un'indagine concentrata sull'attività di diritto privato vista sotto la visuale specifica dei contratti ad evidenza pubblica, ponendosi anche il problema di come configurare l'autonomia negoziale dell'amministrazione e i suoi eventuali limiti, derivanti dalla natura pubblica del soggetto agente, spec. 55 ss..

Posto che la *volontà* dell'ente locale è, perlopiù, esercizio di potere discrezionale, le regole guida della discrezionalità amministrativa (8) finiscono per condizionare (sebbene in un momento precedente alla manifestazione di potere negoziale) l'utilizzo degli strumenti di diritto privato, perché influenzano la volontà di una delle parti e, dunque, anche il contenuto dell'accordo, che dell'incontro della volontà di entrambi i contraenti è espressione (9).

Ne segue che il primo meccanismo appartenente al sistema del diritto pubblico e in grado di condizionare il godimento dei diritti da parte dell'ente locale (anzi, più in generale, dell'ente pubblico), attiene alla formazione della volontà dell'amministrazione. Siffatta volontà, manifestata tramite un provvedimento amministrativo (10), sebbene non autoritati-

(8) Con riferimento al concetto di discrezionalità amministrativa, che non costituisce l'oggetto della nostra indagine, i riferimenti raccolti sarebbero comunque insufficienti a descrivere i contributi numerosissimi e di diversa impostazione sul tema, si preferisce pertanto rinviare alla sintesi contenuta nell'opera di R. VILLATA - M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 43 ss..

(9) Tanto che in dottrina si è dovuto precisare, per mantenere compatibile la nozione di accordo con il meccanismo per cui l'amministrazione determina il contenuto del contratto che pone alla base della procedura di evidenza pubblica, che «non è detto che all'uso del contratto corrisponda sempre una effettiva negoziazione del suo contenuto», S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Contributo allo studio del principio contrattuale nell'attività amministrativa*, cit., 148, secondo cui la presenza dell'atto amministrativo propedeutico al contratto riduce la negoziabilità dell'accordo in cui una parte sia un soggetto pubblico e lo avvicina allo schema dei contratti per adesione, riprendendo le tesi di L. FORTI, *Sulla formazione dei contratti dello Stato (note critiche)*, in *Rivista italiana per le scienze sociali*, 1938, 3 ss..

La dottrina ha approfondito di recente un ulteriore impiego della discrezionalità amministrativa in vicende relative ai contratti dell'amministrazione, in relazione alle procedure di gara. In questo caso, la discrezionalità non è diretta al contenuto dell'accordo, ma alla selezione del contraente. Sul punto G. D. COMPORTI (a cura di), *Le gare pubbliche: il futuro di un modello*, Napoli, 2011.

(10) Secondo la dottrina classica, tale provvedimento «è, a un tempo, provvedimento normativo (nel senso che statuisce autoritativamente ciò che può o/e deve essere fatto in nome e per conto dell'amministrazione in ordine al negozio di cui trattasi e rappresenta perciò la *norma agendi* per chi deve porre in essere il negozio) e legittimante (nel senso che da esso nascono, per l'organo

vo (11), è espressione di potere discrezionale, perciò l'eventuale autonomia negoziale dell'ente pubblico è necessariamente condizionata, *in primis*, dal perseguimento dell'interesse pubblico concreto (12), individuato secondo le regole proprie dell'esercizio del

qualificato a porre in essere il negozio – anche quando sia lo stesso organo deliberante – i necessari poteri)», A. M. SANDULLI, *Deliberazione di negoziare e negozio di diritto privato della pubblica amministrazione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1965, 1 ss..

(11) Del resto, già il Miele precisava che l'unilateralità nella produzione degli effetti non doveva intendersi come elemento essenziale alla definizione di potere, in quanto «è potere giuridico anche quello di concorrere a produrre una modificazione giuridica», G. MIELE, *Potere, diritto soggettivo e interesse*, in *Riv. dir. comm.*, 1945, 114 ss..

Ritiene necessaria una distinzione tra provvedimento e atto amministrativo negoziale, perché quest'ultimo «designa la necessità del concorso con un diverso potere al fine di dare vita alla fattispecie contrattuale», A. CIVITARESE MATTEUCCI, *Contributo allo studio del principio contrattuale*, cit., 143.

Ha affermato con decisione la necessità di mantenere una distinzione tra atti amministrativi negoziali e provvedimenti amministrativi G. GRECO, *I contratti dell'amministrazione tra diritto pubblico e diritto privato*, cit., 95 ss. Questa conclusione, secondo lo studioso, è obbligata dal fatto che «il provvedimento, invero, è del tutto inidoneo – per il suo intrinseco contenuto e per la sua portata autoritativa – ad esprimere il consenso dell'Amministrazione e a fondersi con la volontà negoziale espressa dall'altro contraente», 95. Gli atti ad evidenza pubblica non godrebbero nemmeno dello stesso regime del provvedimento, per due elementi: mancanza di autoritarietà e contenuto negoziale, 97. In pratica, gli atti dell'evidenza pubblica sono «atti a regime amministrativo, ad effetti civilistici e a contenuto negoziale», 97-98.

(12) Per interesse pubblico concreto si intende il risultato della scelta ponderativa nella quale si concreta la discrezionalità, di R. VILLATA, *L'atto amministrativo*, in L. MAZZAROLI - G. PERICU - A. ROMANO - F. A. ROVERSI MONACO - F. G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Bologna, 2005, 770 ss..

Conclude per dare rilevanza all'interesse pubblico concreto anche L. R. PERFETTI, *Il procedimento amministrativo*, cit., «Ciò, essenzialmente, perché (...) l'amministrazione, dovendo curare l'interesse pubblico anche quando negozia, dovrà procedere alla sua determinazione in concreto in modo regolato da norme e principi. Ecco perché procedere, in questo caso, equivale a realizzare un procedimento amministrativo, giuridicamente rilevante», 681. Ne segue che «sembra allora che possa dirsi che potrà esservi (ed anzi spesso si avrà) amministrare senza potere ma non mai amministrazione per fini pubblici senza procedimento amministrativo e rilievo delle regole e dei principi che lo disciplinano», 682.

potere discrezionale, che determina il contenuto volitivo della decisione della parte pubblica (13).

Se la manifestazione di potere negoziale deve essere preceduta da un procedimento amministrativo e dal conseguente provvedimento espressivo della volontà dell'amministrazione, deve convenirsi che la discrezionalità amministrativa e il connesso perseguimento dell'interesse pubblico guidano l'amministrazione anche nell'utilizzo del diritto privato (14).

(13) Da qui si sviluppano le c.d. costruzioni a doppio grado, per cui il contratto è preceduto da un provvedimento in cui viene definita «la sostanza pubblicistica» che diviene poi oggetto dell'accordo. Costruzione affinata, sebbene con impostazioni diverse circa la natura del contratto, da F. LEDDA, *Il problema del contratto nel diritto amministrativo*, Torino, 1965, 154 e M. S. GIANNINI, *L'attività*, cit., 89. Anche G. GRECO, *I contratti dell'amministrazione tra diritto pubblico e diritto privato*, cit., 15 ss. che qualifica gli atti dell'evidenza pubblica come atti volti a manifestare la volontà dell'amministrazione. Più di recente torna sul tema S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Contributo allo studio del principio contrattuale*, cit., 70: «La strumentalità del contratto all'interesse pubblico, secondo la tradizionale opinione, è garantita da procedimenti amministrativi, che si svolgono parallelamente alla sequenza negoziale, preordinati ad evidenziare il motivo apprezzabile sotto il profilo pubblicistico insito nella conclusione del negozio privatistico».

(14) L'aspetto del legame tra fase pubblicistica e susseguente conclusione del contratto è stato molto studiato, specialmente nei contributi che hanno riguardato gli istituti dell'appalto e delle concessioni di servizi. Per Civitarese: «Le vicende successive al provvedimento (la stipulazione del contratto) sono, rispetto al potere, mere operazioni esecutive. Così, mentre nei provvedimenti *finali* l'esecuzione assume carattere eventuale o complementare, nell'amministrazione non autoritaria la fase esecutiva assume efficacia addirittura qualificante», S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Contributo allo studio del principio contrattuale*, cit., 93, ciò significa che la fase esecutiva, pur essendo potenzialmente neutra, si presta al perseguimento del pubblico interesse. La particolare impostazione dello studioso lo porta ad evidenziare come vi sia un provvedimento (non solo che precede l'accordo, ma anche) che configura l'atto di adesione dell'amministrazione all'accordo stesso. Questo procedimento «non comporterebbe lo snaturamento del ruolo dell'amministrazione (...): l'unilateralità della determinazione degli effetti non può essere infatti ritenuta elemento connotante la funzione amministrativa», 95. Sul tema si era già espresso G. FALCON, *Le convenzioni pubblicistiche*, cit., constatando anche la presenza di deroghe significative, di diritto pubblico, alla stabilità del rapporto concessorio, 305 ss..

Ora, si potrebbe mettere in dubbio che sia sempre obbligatorio, per ogni esternazione di diritto privato dell'amministrazione, individuare un provvedimento amministrativo da cui si evinca la volontà dell'ente, e, dunque, la necessità di attivare una forma di c.d. *evidenza pubblica* (15).

Risponde sul punto la Cassazione civile, secondo cui le formalità dell'evidenza pubblica, previste per ogni contratto stipulato dall'amministrazione, sono uno «*strumento di garanzia del regolare svolgimento dell'attività amministrativa nell'interesse del cittadino e della collettività, costituendo remora ad arbitri e agevolando l'espletamento della funzione di controllo, e quindi espressione dei principi d'imparzialità e buon andamento della p.a. ex art. 97 cost.*» (16).

Che vi debba essere un momento in cui rendere note le ragioni dell'accennata connessione tra motivi di pubblico interesse e manifestazione negoziale (17) è emerso in maniera più chiara negli ultimi anni, quando il legislatore ha esplicitato, in diverse occasioni cui stiamo per accennare, che, *a garanzia dell'imparzialità e del buon andamento dell'azione amministrativa*, la stipula di contratti deve sempre essere preceduta dalla cosiddetta *determinazione a contrattare*,

(15) A seconda dei casi, come vedremo, l'evidenza pubblica può comportare l'attivazione di una procedura di selezione comparativa ovvero il rendere note le ragioni a supporto di una determinata iniziativa.

(16) Cass. Civ., Sez. I, 24 gennaio 2007, n. 1606; Cass. Civ., Sez. I, 26 gennaio 2007, n. 1752; Cass. Civ., Sez. III, 23 marzo 2011, n. 6681.

(17) Fermamente la dottrina classica: M. CANTUCCI, *L'attività di diritto privato*, cit., 84 ss.; R. ALESSI, *Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano*, Milano, ed. 1960, 235 ss..

Anche A. M. SANDULLI, *Deliberazione di negoziare e negozio di diritto privato della pubblica amministrazione*, cit., 2.

Ancora di recente la dottrina già richiamata in diversi punti del nostro lavoro, che ha valorizzato l'attività, rispetto all'atto, ha chiarito anche che debba esservi sempre un procedimento giuridicamente rilevante quando l'amministrazione costituisca rapporti di diritto privato: «è pacifico che l'amministrazione che negozia, dovendo anche per quella via perseguire l'interesse pubblico, non dispone di libertà negoziale, ma vede funzionalizzata anche l'attività consensuale. Ebbene, poiché la determinazione dell'interesse pubblico in concreto è il frutto di una sua definizione progressiva, l'ente pubblico anche in sede negoziale determina quest'ultimo in guisa procedimentale.», L. R. PERFETTI, *Il procedimento amministrativo*, cit., 681.

ossia un provvedimento in cui emergano le intenzioni del soggetto agente. Questo è avvenuto, ad esempio, all'art. 11 della L. n. 241/1990, in tema di accordi integrativi o sostitutivi del provvedimento e all'art. 11 del Codice dei contratti pubblici, laddove è specificato ulteriormente che, prima dell'avvio delle procedure di affidamento, le amministrazioni aggiudicatrici decretano o determinano di contrarre «*individuando gli elementi essenziali del contratto*».

Si è chiarito in dottrina che le norme citate dimostrano la scelta del legislatore di separare la fase amministrativa, che si chiude con l'adozione del provvedimento di aggiudicazione, retta dal diritto amministrativo, dalla fase privatistica, inerente alla conclusione del contratto, assoggettata alle regole del codice civile (18).

Come si accennava, gli atti cui si è fatto riferimento non hanno il senso di esprimere l'autoritatività del provvedimento amministrativo, ma quello di esplicitare il collegamento tra cura degli interessi attribuiti ad un'amministrazione ed esercizio del potere negoziale, creando un ponte tra ruolo istituzionale dell'ente e strumenti di diritto privato (19). Perciò, come è noto, la dottrina

(18) S. COCA, *Evidenza pubblica e contratto*, cit., 22 ss., che conclude per una doppia anima della procedura ad evidenza pubblica: «cioè che da un lato sia la sede in cui si formi la volontà negoziale, dall'altro la sede in cui si estrinsecano i motivi dell'operazione negoziale», 39. Sullo stesso tema anche A. ANGIULI, *Consenso e autorità nell'evidenza pubblica*, in *Scritti G. Guarino*, I, cit., 115 ss., che approfondisce anche i risvolti autoritativi nella fase dell'esecuzione del contratto.

(19) In generale, riflette su questo tema a partire dalla considerazione che vi sia una diversità tra posizione dell'amministrazione e posizione del privato anche ove si utilizzi il concetto di capacità giuridica generale P. CHIRULLI, *Autonomia pubblica e diritto privato dell'amministrazione*, cit., 344 ss., secondo cui «l'estraneità dell'interesse pubblico dalla causa del contratto non implica però l'irrilevanza sotto il profilo pubblicistico della decisione di utilizzare un certo tipo negoziale». Perciò «Se si sposta l'attenzione sulla fase antecedente la conclusione del contratto, ossia sulle modalità di formazione della volontà, si nota che questa è sempre, ancorché con forme assai variabili, fornita di giuridica rilevanza. Spesso questa rilevanza si traduce in una articolazione procedimentale che costituisce una necessaria fase prodromica nonché un presupposto di validità della successiva dichiarazione negoziale e in taluni casi dell'intero regolamento contrattuale», 346.

ha ritenuto di poter qualificare gli atti di evidenza pubblica formativi della volontà contrattuale e negoziale dell'Amministrazione come *atti amministrativi negoziali* (20).

In conseguenza della riconduzione dell'utilizzo del potere negoziale al ruolo istituzionale attribuitogli dalla legge, il Comune, esistendo come persona giuridica pubblica, in funzione dello svolgimento di un'attività non lucrativa (che si sostanzia in una serie potenzialmente illimitata di operazioni volte al perseguimento e alla cura degli interessi del territorio), ove intenda procedere alla costituzione di una società mista, non potrà assumere questa decisione tenendo presenti in modo esclusivo interessi di tipo imprenditoriale. L'esercizio dell'attività di impresa risulta consentito nei limiti in cui ciò possa recare benefici alla collettività rappresentata (21) e restando necessario (anche nell'ipotesi di svolgimento dell'attività economica da parte dell'ente pubblico) individuare un motivo di interesse pubblico a supporto della decisione di costituire o partecipare alla società, individuato in atti sottoposti all'evidenza pubblica.

(20) G. GRECO, *I contratti dell'amministrazione tra diritto pubblico e diritto privato*, cit., 95.

Critica alcuni aspetti della tesi del Greco, S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Contributo allo studio del principio contrattuale*, cit., 130 ss., in particolare ritiene che «sembra difficile pensare ad un atto amministrativo sia pure ad effetti negoziali, preceduto da procedimento amministrativo, che ciononostante si qualifichi come espressione di autonomia privata. (...). Ora, se si ammette che l'attività amministrativa è attività necessariamente funzionale, la decisione che si genera da quell'attività e che si esterna in una determinata manifestazione non può che essere un atto amministrativo.», 133.

In chiave critica anche S. SCOCA, *Evidenza pubblica e contratto*, cit., 95 ss., secondo cui non emergerebbero elementi sufficienti ad imporre la qualificazione degli atti appartenenti all'evidenza pubblica come atti amministrativi negoziali, che si distinguono dai provvedimenti nel senso tradizionalmente inteso. Si aggiunge poi che la qualificazione degli atti dell'evidenza pubblica come atti negoziali potrebbe comportare che su di essi debba ritenersi competente il giudice ordinario, quale giudice naturale dell'attività contrattuale, 97.

(21) Rinviamo al paragrafo che segue una più precisa definizione di che cosa debba intendersi con l'espressione perseguimento dell'interesse della comunità rappresentata.

Va notato che gli atti appartenenti all'evidenza pubblica sono separati dalla fase propriamente negoziale, tramite cui l'ente dispiega la capacità di diritto privato (22). Mentre per un soggetto privato il percorso decisionale che porta a concludere un determinato negozio giuridico appartiene ad una sfera esclusivamente interna, per il soggetto pubblico tale contenuto deve essere esternato, assumendo le vesti di un vero e proprio procedimento, sugli atti del quale regna il diritto pubblico e, con esso, la giurisdizione del giudice amministrativo.

Interrogandosi sul rapporto tra evidenza pubblica e contratto, si è messo in rilievo in dottrina che l'evidenza pubblica sarebbe accessoria rispetto alla fase contrattuale e non viceversa (23). Questa impostazione, pur condivisibile, non aggiunge molto al nostro ragionamento: certamente l'evidenza pubblica precede la stipula dell'accordo, quale poi dei due termini sia sostanzialmente strumentale all'altro non sembra modificare la ricostruzione che si voglia offrire al tema.

L'evidenza pubblica, per come qui intesa, rappresenta perciò un vincolo che incide sulla fase preparatoria all'episodio in cui si concreta l'esercizio dell'attività privatistica, che dipende dal ruolo *istituzionale* assegnato dall'ordinamento (e non dall'autonomia privata) alla persona giuridica pubblica in questione e dalla qualità

(22) Su questo specifico tema ha insistito di recente l'Adunanza Plena-ria del Consiglio di Stato nella già citata sentenza del 7 giugno 2011, n. 10. Sempre in quest'ottica, la giurisprudenza civile ha riconosciuto, ad esempio, che costituiscono provvedimenti di natura autoritativa, preliminari e prodromici rispetto alle successive deliberazioni societarie (e perciò sono attratte nella giurisdizione amministrativa), le delibere comunali con le quali sono decise: la riduzione della partecipazione azionaria, l'emissione di un prestito obbligazionario, le modifiche da adottarsi nello statuto rispetto alla nomina dei componenti del consiglio di amministrazione Cass. S.U., 3 novembre 2009, n. 23200. Ne segue che la presenza dell'atto amministrativo nella fase che precede la manifestazione negoziale non sposta il contratto in una dimensione pubblicistica, S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Contributo allo studio del principio contrattuale*, cit., 134. Già, senza dubbi, *ex multis*, in senso riepilogativo del dibattito al tempo, A. M. SANDULLI, *Deliberazione di negoziare e negozio di diritto privato della pubblica amministrazione*, cit., 2.

(23) S. COCA, *Evidenza pubblica e contratto*, cit., 48-49.

attribuita all'amministrazione dall'art. 97 della Costituzione che ne suppone l'imparzialità.

In sostanza, quando parte di un negozio giuridico sia l'amministrazione, anche «*nei negozi di diritto privato (...) il processo formativo della volontà dell'ente continua ad essere regolato dal diritto pubblico ed i contratti soggetti ad approvazione*» (24).

E' questa una dimostrazione di che cosa significhi la locuzione *godere dei diritti secondo le leggi e gli usi osservati come diritto pubblico*: l'amministrazione può essere parte di un rapporto contrattuale, e quindi godere dei diritti che ne conseguono, ma lo deve fare secondo il diritto pubblico: la determinazione deve essere l'epilogo di un procedimento che attui il principio di imparzialità, perseguendo l'interesse pubblico primario cui le pubbliche amministrazioni sono vincolate.

Il riferimento al principio di imparzialità dell'azione amministrativa ci consente di chiudere questo paragrafo chiarendo che l'interesse pubblico primario (25) alla cui tutela un ente pubblico è deputato (nel nostro caso: l'interesse della comunità locale), non è però l'unico interesse di natura generale che condiziona le valutazioni del soggetto agente: il Comune, in quanto amministrazione, è tenuto infatti anche alla considerazione di interessi ulteriori cui l'ordinamento riconosce rilevanza, immanenti all'azione amministrativa, derivanti, *in primis*, dalla Costituzione. Per questa via entrano in gioco, sempre nella fase di costruzione delle premesse all'esternazione di autonomia negoziale, interessi anche non direttamente riconducibili alla collettività locale, quali la *par condicio* tra gli operatori, la trasparenza, il non aggravamento del procedimento, la proporzionalità.

Ecco dunque che il riferimento alle leggi e agli usi osservati come diritto pubblico comincia a riempirsi di contenuti.

(24) *Commentario al codice civile*, a cura di F. SANTOSUOSSO, cit., 163 ss., spec. 181.

(25) Per interesse pubblico primario si intende l'interesse pubblico specificamente attribuito ad un'amministrazione in relazione ad un determinato potere amministrativo. Secondo l'accezione di R. VILLATA, *L'atto amministrativo*, cit., 768 ss..

3. *Il significato del necessario perseguimento dell'interesse pubblico. Un approfondimento*

Come si è appena verificato, esiste un nesso giuridico insolubile tra la pubblicità della persona giuridica Comune e le finalità istituzionali che ne giustificano la presenza nell'ordinamento e, dunque, tra l'attività del Comune, svolta tramite strumenti di diritto pubblico o di diritto privato, e il perseguimento degli interessi della comunità locale (26). Cerchiamo di chiarire meglio il signifi-

(26) Nesso che viene mantenuto anche nell'esercizio del potere negoziale, in considerazione del fatto che, secondo quanto si è cercato di dimostrare al precedente paragrafo 2 di questo capitolo, esso è sempre preceduto da una determinazione dell'amministrazione che si esprime, in relazione all'oggetto del contratto, inquadrando la decisione di ricorrere al diritto privato nel contesto degli obiettivi di interesse pubblico che si intendano perseguire. Una parte della dottrina ha perciò evidenziato che la c.d. privatizzazione di modi e forme non porta necessariamente alla scomparsa o alla ridefinizione del diritto amministrativo, ma, al contrario, «il processo di fuga dal diritto pubblico (...) diviene, ad una più intensa verifica analitica, una sorta di consolidamento delle fondamenta istituzionali di quanto attiene alla cura dell'interesse generale.», 346. Perciò, «la qualifica pubblicistica va effettivamente riferita non solo agli strumenti, ossia ai poteri unilaterali e autoritativi della p.a., ma anche e soprattutto al risultato e/o agli *obiettivi*, e come tale investe anche attività di diritto privato dell'amministrazione», F. DE LEONARDIS, *Soggettività privata e azione amministrativa*, cit., 348.

Va segnalata a riguardo quella dottrina che di recente ha proposto di tornare ad una valorizzazione piena del diritto pubblico e del giudice amministrativo, alla luce dell'analisi della Costituzione e dei motivi che storicamente hanno portato all'affermarsi di un diritto speciale dell'amministrazione, M. MAZZAMUTO, *Per una doverosità costituzionale del diritto amministrativo e del suo giudice naturale*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 143 ss. e ID., *I principi costitutivi del diritto amministrativo come autonoma branca del diritto per rapporto al diritto civile*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 463 ss., spec. 492 ss..

Si è ritenuto anche che l'utilizzo del diritto privato non comporti modifiche significative al diritto amministrativo, in quanto il diritto privato è nato solo per regolare rapporti patrimoniali, G. ROSSI, *Diritto pubblico e diritto privato nell'attività della pubblica amministrazione*, in *Dir. pubbl.*, 1998, 661 ss..

In quest'ottica, anche il diritto dei contratti pubblici è stato inteso nella sua specialità rispetto al diritto comune dei contratti: «il diritto dei contratti pubblici è prima di tutto un diritto che va più in là del diritto comune dei contratti, occupando settori di materia che quest'ultimo tendenzialmente non disciplina», R. CARANTA, *I contratti pubblici*, Torino, 2004, 7-8.

cato dell' affermazione secondo cui anche l'esercizio del potere negoziale dell'amministrazione deve essere, per così dire, *limitato* dal perseguimento di un pubblico interesse (27).

3.1. *Le posizioni di dottrina e giurisprudenza*

La riconduzione (anche) dell'attività negoziale dell'amministrazione alla cura degli interessi pubblici emerge come un dato acquisito in giurisprudenza (28) e in dottrina (29).

(27) Sarebbe più corretto dire che il potere negoziale, dovendo conseguire a valutazioni discrezionali dell'amministrazione agente, risente della valutazioni discrezionali che l'amministrazione ha compiuto *ex ante*, cioè prima di accedere all'utilizzo degli strumenti offerti dal codice civile.

(28) Per esempio, di recente, TAR Torino, Piemonte, Sez. I, 2010, n. 1602, secondo cui anche i soggetti di diritto pubblico possono fare uso del contratto e, comunque, almeno potenzialmente, di tutti gli strumenti di diritto privato ritenuti di volta in volta tecnicamente idonei alla cura dell'interesse pubblico ad essi affidato.

(29) Come è stato correttamente precisato, la questione è molto più complessa di quanto potrebbe, a prima vista, apparire. Anche se si è concordi nel ritenere necessario dare rilievo pubblicistico all'attività di diritto privato «non è tuttora del tutto chiaro come tale rilevanza si rifletta sui distinti tipi di attività consensuale e quale sia il rapporto tra profili pubblicistici e privatistici, soprattutto in relazione alla possibile invalidità, derivata o negoziale degli atti posti in essere.», P. CHIRULLI, *Autonomia pubblica e diritto privato dell'amministrazione*, cit., 311. Il riferimento agli studi classici del diritto amministrativo ci consente di mettere subito in evidenza il condizionamento della pubblicità dell'ente sull'utilizzo del diritto privato: «è da tenere presente che solo perché possono più agevolmente conseguire certi fini, che sono sempre inerenti alla loro qualità di subbietti della pubblica amministrazione, o perché nel raggiungimento di tali fini non è necessario fare uso della loro supremazia, sono gli enti pubblici resi idonei a spogliarsi della loro posizione superiore ed eguagliarsi ai semplici privati, in modo che del diritto proprio di questi ultimi essi non si servono che come mezzo per l'esplicamento di un'attività, che da tale diritto per la sua stessa natura non sarebbe regolata», S. ROMANO, *Gli scritti nel Trattato Orlando*, cit., 511. Nella riflessione di Santi Romano proprio questa relazione con il fine pubblico giustifica anche che il richiamo al diritto privato non valga come *ius commune*, ma implichi la presenza di uno *ius singulare*, il cui fondamento deve essere ricercato nella natura pubblica dell'ente.

La necessità di ricondurre anche le attività svolte tramite il diritto privato agli scopi pubblici cui l'amministrazione è preposta, è stata, con diverse sfaccettature, condivisa da: M. CANTUCCI, *L'attività di diritto privato della pubblica ammini-*

In particolare, la giurisprudenza amministrativa (30), anticipata dal pensiero di autorevoli studiosi, afferma, costantemente e con diverse sfumature, che l'attività contrattuale soggiace al cosiddetto vincolo di scopo, escludendo, con la dottrina

strazione, cit., 22 ss.; U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, cit., 136 ss.; M. DUGATO, *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*, cit., 61 ss.; E. BRUTI LIBERATI, *Consenso e funzione nei contratti di diritto pubblico*, Milano, 1996, 118; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Contributo allo studio del principio contrattuale nell'attività amministrativa*, cit., 143; A. MASSERA, *I contratti*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo generale*, II, Milano, 2003, 1547 ss., spec. 1556 -1558; P. CHIRULLI, *Autonomia pubblica e diritto privato dell'amministrazione*, cit., capitolo IV; M. R. SPASIANO, *La funzione amministrativa: dal tentativo di frammentazione allo statuto unico dell'amministrazione*, in *Dir. amm.*, 2004, 342; F. CANGELLI, *Potere discrezionale e fattispecie consensuali*, Torino, 2004; C. FRANCHINI, *I contratti della pubblica amministrazione tra diritto pubblico e diritto privato*, cit., 61; F. G. COCA, *L'attività amministrativa*, in *Diritto amministrativo*, Torino, 2008, 95.

Scontato il collegamento con l'interesse pubblico anche negli studi più articolati: v. S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Contributo allo studio del principio contrattuale nell'attività amministrativa*, cit., 26: «La tendenza, presente un po' in tutti gli ordinamenti di tradizione a diritto amministrativo è quella di consentire alle pubbliche amministrazioni la cura e soddisfazione dell'interesse pubblico, indifferentemente, attraverso l'attività amministrativa unilaterale ovvero il ricorso al modulo concordatario, di per sé più duttile rispetto alla rigidità del provvedimento amministrativo», 26.

Nello stesso senso anche S. COCA, *Evidenza pubblica e contratto*, cit.: «vincolo di scopo e attività negoziale delle amministrazioni non sono in contrasto. Se il primo indica quale attività dovrà (o potrà) porre in essere l'amministrazione, resta nella disponibilità dell'amministrazione la scelta degli strumenti (o mezzi giuridici) normativamente prestabiliti attraverso i quali la stessa potrà agire», 63.

Si è pure chiarito che «le affermazioni di principio circa l'esigenza di una funzionalizzazione (...) si devono confrontare con dati dell'ordinamento che escludono il trasferimento di principi pubblici sul terreno dei rapporti di diritto privato e contemplan le fattispecie contrattuali nelle quali è parte l'amministrazione come il risultato del collegamento con atti regolati da norme pubblicistiche», F. TRIMARCHI BANFI, *I rapporti contrattuali della pubblica amministrazione*, in *Dir. pubb.*, 1998, 35 ss..

(30) Risalente: Cass. Sez. I, 28 giugno 1972, n. 2218, secondo cui «il fine dei contratti di diritto privato della P.A. è sempre il perseguimento di un pubblico interesse».

ca (31), i contratti che non si pongano in rapporto di strumentalità con i compiti istituzionali dell'ente. La predetta affermazione, non supportata da adeguati chiarimenti concettuali, appare in realtà problematica e foriera di possibili fraintendimenti. Bisogna infatti chiarire che cosa si intenda con il concetto di *strumentalità* tra negozio di diritto privato e interesse pubblico (32).

Occorre verificare, anzitutto, se il menzionato *limite di scopo* implichi che debba individuarsi una relazione diretta ed immediata tra scopo pubblico e contratto.

La dottrina ha rilevato che, ove si accertasse che il perseguimento dell'interesse pubblico risulti conseguibile sempre, anche in via indiretta (33), tramite il contratto di cui l'amministrazione

(31) Nella parte dedicata all'amministrazione come soggetto di diritto privato, insiste sul necessario perseguimento del pubblico interesse F. Benvenuti, il quale parla di limiti interni, chiarendo che il fatto che l'attività di diritto privato venga posta in essere da una amministrazione non la rende oggettivamente diversa, ma «è ovvio che l'amministrazione non vive in una semplice sfera di liceità (in cui cioè qualunque fine può essere perseguito nell'ambito delle leggi), bensì in una sfera che esattamente ne delimita gli scopi da raggiungere e, in ordine a quelli, i poteri che può esercitare.», 354. Ne segue che «l'Amministrazione può usare soltanto quei negozi che le consentono di raggiungere gli scopi per cui essa esiste e che essa non può porre in essere negozi che perseguono scopi ad essa non consentiti». Perciò «quando agisce nel campo del diritto privato, anche gli scopi diventano rilevanti e ne commisurano l'azione», F. BENVENUTI, *Disegno dell'Amministrazione italiana*, cit., 354. In pratica, per l'amministrazione il negozio è solo un atto strumentale che attua un precedente provvedimento e trova la sua legittimità nei limiti di quello. Quindi i limiti sono due: necessario perseguimento del fine pubblico e la strumentalità del negozio a tale scopo.

Semplifica il discorso la riflessione di Flaminio Franchini, secondo cui «natura del soggetto e fine che persegue l'ente pubblico attraverso i contratti improntano, dunque, la regolamentazione dei contratti degli enti pubblici; di modo che tenendo presenti questi due elementi rilevatori, si spiegano tutte le prescrizioni speciali considerate nel regime dei contratti della P.A e se ne può facilmente confermare, o meno, fondatezza e necessità», F. FRANCHINI, *Pubblico e privato*, cit., 45.

(32) Qui, il riferimento al concetto di interesse pubblico può essere inteso nel suo significato generico di interesse che è immanente per definizione ai compiti delle amministrazioni pubbliche e all'attività amministrativa.

(33) La tesi che consente il perseguimento anche indiretto del pubblico interesse per l'attività di diritto privato dell'amministrazione è alla base, si ri-

sia parte, il limite di scopo sarebbe un *limite non limite*, ossia un vincolo per nulla significativo. Sarebbe, infatti, facile ricondurvi tutte le operazioni negoziali che procurino un'entrata per l'amministrazione, entrata che potrebbe poi essere reimpiegata per una spesa, questa sì direttamente, d'interesse per la collettività (34).

Viceversa, se si ritenesse che lo scopo pubblico debba essere direttamente imputato ad ogni singola manifestazione privatistica dell'amministrazione, la conclusione sarebbe opposta (35).

Per verificare quale, tra le due opzioni astrattamente percorribili (perseguimento diretto o indiretto dell'interesse pubblico nelle manifestazioni di potere negoziale dell'amministrazione), sia coerente con il nostro sistema giuridico è necessario risalire al fondamento teorico della tesi che sottolinea la necessità di un le-

corda, della categoria individuata dall'Amorth come attività privata dell'amministrazione, in contrapposizione con l'attività amministrativa di diritto privato, la quale ultima, invece, avrebbe come presupposto il perseguimento diretto di un interesse pubblico: A. AMORTH, *Osservazioni sui limiti*, cit., spec. 33: «i redditi che una pubblica amministrazione ricava dalla locazione di un appartamento di una casa di sua proprietà vanno ad accrescere i cespiti patrimoniali che costituiscono i mezzi per l'esplicamento della sua attività amministrativa, però questa destinazione finale di quel determinato contratto di locazione non è che l'effetto dell'essere quel contratto concluso da una pubblica amministrazione, ed è ben altra cosa che per quel contratto essa soddisfaccia veramente alle sue finalità costitutive». In sostanza, l'insegnamento, che verrà di seguito ripreso, è che il perseguimento dell'interesse pubblico può non essere la causa del contratto concluso nell'esercizio dell'attività di diritto privato dell'amministrazione, pur rimanendo immanente all'espressione dell'autonomia negoziale dell'amministrazione.

(34) Conclude in questo senso anche M. RENNA, *Le società per azioni in mano pubblica*, cit., diversi accenni nel capitolo primo.

(35) La diversità tra perseguimento diretto o indiretto del pubblico interesse venne utilizzata, storicamente, per distinguere l'attività da svolgersi con strumenti pubblicistici (in caso di perseguimento diretto del pubblico interesse) e attività da svolgersi secondo il diritto privato (in caso di perseguimento indiretto del pubblico interesse), O. RANELLETTI, *Principi di diritto amministrativo*, Napoli, 1912, vol. I, 378 ss.; G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, cit., Vol. IV, 465; M. GALLO, *Contratto di diritto privato degli enti pubblici*, (voce), in *N.mo Dig. It.*, 1959, 633.

game tra interesse pubblico e utilizzo del diritto privato da parte dell'ente pubblico.

Nel procedere per questa via, dovrà pure verificarsi quale significato rivesta la locuzione «*perseguimento dell'interesse pubblico*» (36) e quale sia il momento in cui detta finalità venga in rilievo nello svolgimento dell'attività di diritto privato dell'amministrazione. Riprenderemo, all'uopo, alcune delle riflessioni esposte già al paragrafo precedente.

Secondo alcuni, la mancanza di riferimenti normativi chiari indurrebbe a ritenere che l'attività contrattuale delle amministrazioni sia libera dal vincolo del perseguimento dell'interesse pubblico (37); secondo altri, il medesimo presupposto porterebbe alla riespansione della regola generale contenuta nell'art. 97 della Costituzione (38), da cui si dovrebbe derivare il necessario e costante legame tra soggetto pubblico e norme di legge e, per via di queste

(36) Sull'ambiguità dell'espressione riflette F. TRIMARCHI BANFI, *Il diritto privato dell'amministrazione pubblica*, cit.: «Chiarire perché e come questa assimilazione sia avvenuta richiederebbe alquanto approfondimenti; nel processo di assimilazione gioca un ruolo decisivo l'impiego della categoria dell'interesse pubblico, quando questo è inteso in senso generico, come interesse che è presente per definizione nei compiti di amministrazioni pubbliche ed è quindi immanente all'intera attività di queste. Il termine «interesse pubblico» è fonte di equivoci anche quando è utilizzato, come spesso avviene, per indicare la ratio di discipline particolari, che assicurano certi vantaggi all'amministrazione nell'ambito di rapporti di diritto privato: dall'interesse pubblico così evocato, si trascorre al regime che è proprio degli atti di esercizio di potestà conferite per provvedere ad interessi pubblici specifici. Accade così che lo speciale regime del provvedimento, basato sul principio di legalità-garanzia, e sulla correlazione necessaria tra potestà e interesse pubblico *specifico* per il quale la potestà è data, viene esteso ad ogni atto giuridico con il quale l'amministrazione assolve ai propri compiti, e che ogni disposizione di legge che detta regole particolari per l'attività dell'amministrazione viene considerata come norma che imprime all'attività medesima il carattere di funzione, con quanto ne segue per il regime degli atti e per la posizione giuridica degli interessati», 666.

(37) Paiono orientarsi in questo senso le conclusioni di G. PERICU, *Note in tema di attività di diritto privato*, cit., *passim*.

(38) Questa idea pervade molto chiaramente il pensiero di C. MARZUOLI, *Principio di legalità*, op. cit., *passim*.

ultime, tra attività di diritto privato e pubblico interesse (39).

In realtà, sembra consentito affermare che le due opzioni, più che divergere, convergano, sul tema che ci interessa, verso una medesima logica. Entrambe le teorie esposte non negano che l'attività dell'amministrazione debba essere ispirata, comunque si svolga, da fini pubblici e, del resto, non si potrebbe negare che l'ambito delle competenze di un ente pubblico, ascrivibile in generale appunto a finalità di pubblico interesse, ne definisca e delimiti l'attività, perché costituisce principio base dell'ordinamento l'impossibilità di agire al di fuori del proprio mandato o delle proprie competenze. Anche la persona giuridica privata, infatti, può operare nel rispetto dei compiti ad essa attribuiti in statuto e degli obiettivi, in quella sede, individuati (40).

La vera differenza tra le tesi cui si è accennato riguarda le conseguenze di un'eventuale violazione dei limiti pubblicistici, tra cui anche il perseguimento dello scopo pubblico, sul negozio di diritto privato *medio tempore* stipulato, secondo gli uni valido ed efficace perché esterno alla vicenda pubblicistica che lo precede, secondo gli altri affetto da nullità (41).

3.2. *L'irrelevanza della distinzione tra perseguimento diretto e indiretto dell'interesse pubblico*

Rinviando ad un altro punto della presente ricerca il tema

(39) Per la valenza del principio di legalità nel diritto privato si rinvia alla nota 2 del capitolo 2.

(40) Gli esempi di applicazione di questa regola sono moltissimi, anche stando alle previsioni contenute nel codice civile. Per citarne alcuni, si pensi all'estinzione o alla trasformazione della fondazione ove lo scopo della stessa sia raggiunto o divenuto impossibile; al divieto di acquistare partecipazioni in società che alterino l'oggetto sociale; al divieto degli atti che esorbitano il mandato; alle responsabilità del *falsus procurator*.

(41) Tesi che, come si vedrà al capitolo 4 par. 5, con specifico riferimento al contratto di società stipulato in violazione del perseguimento dello scopo pubblico, non convince anche perché, nel codice civile, i casi di nullità sono tassativamente indicati all'art. 1425 c. c. e, pure l'ipotesi del contratto concluso dal soggetto legalmente incapace di contrarre, quindi, potremmo dire, sfornito di legittimazione, è sanzionata con l'annullabilità dell'accordo.

del rapporto tra invalidità pubblicistiche e regime del contratto (42), data per assodata, viste la giurisprudenza e la dottrina citate, la necessità del legame tra negozio di diritto privato e interesse pubblico, ci si può soffermare ora, nello specifico, sulla distinzione tra perseguimento diretto o indiretto dell'interesse pubblico.

Interessanti riflessioni sul legame tra interesse pubblico e attività negoziale si trovano negli studi relativi alla possibilità per le pubbliche amministrazioni di prevedere, nei propri contratti, clausole che introducano un arbitrato irrituale, in commento a quella giurisprudenza della Cassazione (43) che ha ritenuto incompatibile con il necessario perseguimento del pubblico interesse (di competenza dei soggetti dotati di potere amministrativo) il deferimento ad arbitri del potere di concludere transazioni con effetti vincolanti per l'ente.

La ragione di tale preclusione è stata ricondotta, come si è subito notato (44), alla natura negoziale della risoluzione arbitrale (nel senso dell'arbitrato irrituale), che sottrarrebbe al soggetto pubblico il potere di determinarsi, anche negozialmente, in vista del perseguimento del pubblico interesse, che diversamente rischierebbe di essere trascurato in sede arbitrale (dato che la decisione finale non dipenderebbe dall'amministrazione) (45).

Senza addentrarci troppo nelle delicate questioni, del resto

(42) V. capitolo 4, par. 5.

(43) Cass. Civ. Sez. Unite, 16 aprile 2009, n. 8987.

(44) Alcune interessanti considerazioni si ritrovano nello scritto di L. PENASA, *L'arbitrato irrituale nelle controversie devolute alla giurisdizione amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 1276, specialmente in relazione alla riconduzione dell'istituto entro i canoni dell'autonomia negoziale del soggetto pubblico, 1285 ss., secondo cui «solo ravvisando dei limiti all'esercizio dell'autonomia negoziale di cui pur gode l'Amministrazione si potrà escludere che possa ricorrere all'arbitrato libero», 1287.

(45) Sull'ammissibilità o meno dell'arbitrato irrituale la dottrina si è espressa nei due sensi possibili. Per i necessari riferimenti si rinvia alla bibliografia citata da L. PENASA, *L'arbitrato irrituale nelle controversie devolute alla giurisdizione amministrativa*, cit., 1292, che, a sua volta, si mostra favorevole all'ipotesi, ma con esclusione dell'arbitrato irrituale di equità.

già abbondantemente sondate (46), concernenti la compromettibilità in arbitrato delle controversie sorte in relazione ai contratti di cui sia parte un'amministrazione, cerchiamo di capire se si richiede il perseguimento diretto o mediato di un pubblico interesse.

Se la Cassazione avesse ritenuto ammissibile il perseguimento, pure mediato, di un non meglio precisato «*interesse generale*», anche l'arbitrato irrituale non sarebbe rimasto privo di spazio: è facile infatti immaginare situazioni in cui l'obiettivo della celere risoluzione delle controversie e la definizione, in termini brevi, del costo finale (che comprende anche evidentemente il costo del contenzioso e/o delle transazioni), ad esempio, di una determinata opera, avrebbe potuto configurare un motivo di *interesse generale* tale da giustificare l'utilizzo dell'arbitrato irrituale, risultando implicito ed indiretto il perseguimento di un interesse generale connesso alla decisione arbitrale (47). In realtà, sembra evincersi dalla giurisprudenza menzionata che sia la determinazione del cosiddetto interesse pubblico concreto, inteso come il risultato della scelta ponderativa nella quale si concreta la discrezionalità, a dover restare nella disponibilità degli organi dell'amministrazione, senza poter essere delegata ad un collegio arbitrale (48).

(46) E' facile rinviare, per la completezza delle riflessioni svolte, alle monografie di F. GOISIS, *La giustizia amministrativa tra funzione amministrativa ed arbitrato*, Milano, 2007 e M. DELSIGNORE, *La compromettibilità in arbitrato nel diritto amministrativo*, Milano, 2007.

(47) In questo senso potrebbe essere reimpostata la preoccupazione della dottrina che individua invece nell'arbitrato irrituale il rischio che la decisione degli arbitri spostati, dall'amministrazione ad un terzo, la valutazione inerente al perseguimento del pubblico interesse. Al contrario se, come si è cercato di dire, l'interesse pubblico precede la decisione arbitrale, il problema non si porrebbe.

(48) In quest'ottica, e a contrario, non si riscontrano problemi nell'ammettere l'istituto della transazione nel diritto pubblico. Come ha sostenuto G. GRECO, *Contratti e accordi della pubblica amministrazione con funzione transattiva (appunti per uno studio)*, in *Dir. amm.*, 2005, 223 ss., che riconduce la legittimità dell'istituto all'esercizio puntuale del potere discrezionale: «Quel che, viceversa, appare imprescindibile è che negli atti, attraverso i quali la singola Amministrazione aderisce ad un'ipotesi transattiva, risulti adeguatamente rappresentato il quadro problematico del contenzioso in essere (o potenziale), nonché lo

Ora è necessario verificare se la prima intuizione, colta dalla giurisprudenza della Cassazione in tema di arbitrato irrituale, sia confermata o smentita altrove.

Una problematica piuttosto simile, ossia se il perseguimento dell'interesse pubblico debba essere o meno considerato coesistente all'esercizio dell'attività di diritto privato dell'amministrazione, e se si come, riguarda la gestione del patrimonio disponibile degli enti pubblici che, diversamente dal patrimonio indisponibile e dai beni demaniali, è composto di beni, tra cui il denaro, che si prestano ad atti di disposizione potenzialmente illimitati (49).

In linea generale, i beni patrimoniali disponibili, come noto, sono utilizzabili dall'ente pubblico secondo le proprie esigenze organizzative ed economiche (50). Nessun dubbio dunque sulla

scenario dei rischi che esso comporta e l'adeguatezza - anche sotto un profilo di proporzionalità - della soluzione proposta o accettata. Solo, infatti, attraverso una congrua motivazione, adeguata - quanto a completezza - ai margini di aleatorietà della fattispecie ed esauriente - quanto a proporzionalità - nella esplicazione della soluzione accolta, risulteranno limitati i rischi dell'operazione e, soprattutto, escluse le responsabilità personali dei soggetti pubblici, che ne sono artefici. Una transazione, in altri termini, deve essere accompagnata da atti di evidenza pubblica, che assolvano alle cennate necessità. Ma si tratterà - nel rapporto tra le parti - di atti di evidenza pubblica interna, in quanto esauriscono gli effetti in quelli contrattuali. Come tali non saranno sindacabili da parte del soggetto antagonista (ove dovessero limitare o escludere una possibile transazione), ma al più da altri soggetti, eventualmente legittimati al riguardo. Così come si tratterà di atti di formazione della volontà contrattuale, che non mutano certo la natura schiettamente privatistica della transazione stipulata in base ad essi», par. 2.

(49) Ai nostri fini, assume una rilevanza significativa non l'esame dei beni pubblici assoggettati ad un regime specifico, quanto piuttosto di quelli su cui l'amministrazione può intervenire *liberamente*. In questi casi, infatti, verificare l'impostazione seguita dalla giurisprudenza e le posizioni dottrinali raccolte, ci consentirà di mettere alla prova quanto affermato in precedenza, ossia che sussista un limite strutturale, di rilievo sistematico, in grado di vincolare l'autonomia negoziale delle amministrazioni al perseguimento diretto di un interesse pubblico.

(50) Quasi testualmente D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, Bologna, 2007, 153. Cfr. sul tema anche M. RENNA, *La regolamentazione amministrativa dei beni a destinazione pubblica*, Milano, 2004; P. STELLA RICHTER, *Proprietà collettive, usi civici e interesse pubblico*, in *Dir. amm.*, 2003, 183 ss.; M. A. VENCHI CARNEVALE, *La disciplina dei beni*, in *Trattato di diritto amministrativo*, diretto da

circostanza che tali beni vengano fatti oggetto di atti di disposizione (51). Perplessità sorgono invece sulla necessità di ravvisare un interesse pubblico alla base di tali atti di disposizione.

Si tratta dunque di verificare, a riprova o smentita di quanto precedentemente affermato, se i beni appartenenti al patrimonio disponibile possono essere sempre e comunque alienati, donati o concessi a terzi, oppure se il perseguimento dell'interesse pubblico si confermi come vincolo (pubblicistico) prodromico a qualsiasi attività riconducibile al diritto privato.

Pure in questo caso, la permeabilità alle esigenze di pubblico interesse della gestione dei beni patrimoniali disponibili non risulta chiaramente da una norma di legge (52). La normativa in tema di contabilità pubblica sfugge ad affermazioni di principio nel senso anzidetto, contenendo previsioni di carattere operativo, che descrivono le modalità per l'inventario dei beni, i procedimenti di spesa e quelli per la riscossione e gestione delle entrate.

La poca chiarezza riguardo alle modalità di gestione e/o di disposizione dei beni mobili, tra cui evidentemente il denaro, non facilita l'interprete.

Su un punto (pure rilevante) non vi è discussione, ossia sulla necessità che l'amministrazione, ove intenda alienare beni pur appartenenti al patrimonio disponibile, debba scegliere il proprio contraente tramite una procedura di evidenza pubblica (53).

E ciò basta per affrontare e risolvere la problematica di fronte alla quale ci poniamo. Da questa premessa deriva, come

G. SANTANIELLO 1999, XXIX, I; V. CERULLI IRELLI, *Beni pubblici*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Torino, 1987. Ivi si veda anche V. CAPUTI JAMBRENGHI, *Beni pubblici (l'uso)*; A. SANDULLI, *I beni pubblici*, in *Enc. dir.*, Milano, 1959.

(51) Su di essi è certamente possibile procedere anche all'esecuzione forzata, in quanto integrano la garanzia generale di cui all'art. 2470 del codice civile, come ha affermato di recente anche la Cass. Civ., Sez. III, 5 maggio 2009, n. 10284.

(52) La dottrina però non ha mancato di sottolineare il legame tra beni di proprietà delle amministrazioni locali e servizio alla collettività. Sul punto G. BERTI, *Caratteri dell'amministrazione comunale e provinciale*, cit., 184 ss..

(53) Nessun dubbio sul punto in giurisprudenza, cfr. TAR Sicilia, Catania, Sez. III, 27 febbraio 2009, n. 419.

immediata conseguenza, che l'esercizio del potere negoziale che porta all'atto di disposizione del patrimonio pubblico risponde alla volontà dell'amministrazione formatasi in rapporto alla definizione dell'interesse pubblico concreto, che compare nella determinazione a contrarre, individuato nell'ambito dello svolgimento, appunto, della procedura ad evidenza pubblica.

Quanto detto ci conferma la necessità di mantenere saldo il legame tra interesse pubblico e attività di diritto privato e ci consente di precisare il significato del necessario perseguimento dello *scopo pubblico* nell'espletamento dell'attività di diritto privato.

Ragionando sul rapporto che intercorre tra interesse pubblico e decisione di utilizzare uno strumento negoziale, anche il c.d. *perseguimento indiretto* rende sempre immediatamente riferibile l'episodio negoziale ad un interesse pubblico, anche se non necessariamente all'interesse pubblico c.d. *primario*. Quello che viene direttamente perseguito, sempre, in ogni manifestazione di volontà dell'amministrazione che porti alla stipula di un contratto o, più in generale, all'utilizzo del diritto privato, è l'interesse pubblico concreto, cioè la determinazione dell'interesse pubblico rispetto al caso di specie la cui individuazione e cura competono, proprio per il suo ruolo istituzionale, all'amministrazione procedente. In quest'ottica, perde di rilevanza la stessa distinzione tra perseguimento diretto o indiretto dell'interesse pubblico.

Le conclusioni raggiunte ci consentono di chiudere il nostro ragionamento in maniera circolare rispetto alle premesse esposte nel primo paragrafo: *i)* la manifestazione di volontà dell'amministrazione che porta a utilizzare il diritto privato è ascrivibile all'attività discrezionale; *ii)* nell'esercitare il potere discrezionale, l'amministrazione individua, attraverso il noto percorso del temperamento degli interessi, pubblici e privati, rilevanti nella vicenda reale, l'interesse pubblico concreto; *iii)* l'interesse pubblico concreto è sempre direttamente perseguito, anche nei casi di utilizzo del diritto privato.

Esplicitiamo queste conclusioni più nel dettaglio: una volta chiarito che l'utilizzo di strumenti appartenenti al diritto privato deve essere accompagnato, per ragioni di imparzialità e buona amministrazione, da una fase di evidenza pubblica, e chiarito an-

che che l'evidenza pubblica deve rendere noto il collegamento tra gli interessi di cui un soggetto è portatore e le singole determinazioni assunte, ne segue, per necessità, che ogni esercizio di potere negoziale resta collegato, per il tramite dell'evidenza pubblica, all'*interesse pubblico concreto*. Non si tratta necessariamente, come si accennava, dell'interesse pubblico primario attribuito dalla legge alla cura di una determinata amministrazione, ma deve trattarsi, in ogni caso, di un interesse che l'amministrazione fa proprio e che non può esorbitare dall'ambito delle sue competenze. In alcuni casi, il legame con l'interesse pubblico primario (nel nostro caso l'interesse della comunità locale) sarà diretto (si pensi per esempio alla decisione dell'amministrazione di indire una gara pubblica per la gestione del servizio di refezione scolastica); in altri sarà indiretto (si pensi per esempio alla decisione dell'amministrazione di indire una gara pubblica per la gestione del servizio mensa nel palazzo comunale), ma pur sempre riconducibile agli ambiti in cui l'ente in questione abbia competenza. Ci pare dunque che il problema non sia tanto quello di verificare se sia possibile, tramite l'esercizio del potere negoziale, perseguire direttamente o indirettamente l'interesse pubblico (primario) attribuito dalla legge ad un'amministrazione (54), trovandoci piuttosto di fronte ad un problema di competenze (e, dunque, in questo senso al tema della *legalità mandato*), più che a quello del perseguimento diretto o mediato di interessi pubblici.

In sintesi, concludendo sul nostro quesito di partenza, abbiamo accertato che, a differenza dei soggetti privati, per la vigenza di *leggi e principi osservati come diritto pubblico*, gli enti pubblici, anche nelle manifestazioni di potere negoziale, sono vincolati, nella fase che porta alla formazione della volontà dell'amministrazione, ad esternare le ragioni che inducono a procedere alla stipula di un

(54) Posto che, ad esempio, affermare la necessità del perseguimento diretto dell'interesse pubblico primario attribuito dalla legge all'amministrazione non potrebbe, per ovvie ragioni, portare ad escludere, ad esempio, il normale approvvigionamento di mezzi che l'amministrazione si procura, tramite esercizio di potere negoziale, senza che rilevi né come presupposto né come causa del contratto l'interesse pubblico primario che essa deve perseguire.

determinato contratto, individuandone gli elementi essenziali, nel rispetto dei principi di imparzialità e trasparenza dell'azione, nonché delle regole che attengono all'esercizio della discrezionalità amministrativa.

E' stato anche possibile ulteriormente precisare quanto affermato da dottrina e giurisprudenza, là dove ritengono che il *perseguimento dell'interesse pubblico* debba accompagnare la manifestazione di potere negoziale. Non si tratta, a nostro avviso, di ricondurre, necessariamente, ogni impiego di strumenti privatistici all'interesse pubblico primario attribuito dalla legge all'amministrazione agente, ma di inquadrare l'episodio negoziale nel contesto più generale sia dei principi e delle regole di diritto pubblico sia dei principi e delle regole del diritto comune. I primi impongono, principalmente, che l'amministrazione pubblica renda ragione delle proprie decisioni e che tali decisioni possano essere eventualmente sindacabili davanti ad un giudice. I secondi richiamano la necessità, per le persone giuridiche, pubbliche e private, di attenersi ai confini determinati dalle proprie competenze, se si tratta di soggetti istituiti *ex lege* come gli enti pubblici, e a quelli determinati nell'oggetto sociale, se si tratta di soggetti che poggiano la propria legittimazione sull'accordo tra le parti.

Ciò chiarito emerge che il c.d. *necessario perseguimento dell'interesse pubblico* non aggiunge altro al riconoscimento della concatenazione tra discrezionalità amministrativa e manifestazione di potere negoziale dell'amministrazione.

4. *La sana e prudente gestione del patrimonio pubblico*

Proseguendo nella nostra analisi generale intorno alle leggi e agli usi osservati come diritto pubblico che condizionano il godimento dei diritti da parte delle amministrazioni pubbliche, vi è un'ulteriore particolarità degli enti pubblici in generale e del Comune in particolare, in grado di determinare forti restrizioni all'autonomia contrattuale, che deriva dal suo essere finanziato

non con fondi propri, ma raccolti tramite i sistemi di finanza pubblica (55).

Si ricava dai principi di contabilità pubblica il divieto per l'ente locale di essere parte di rapporti che ricadano, in maniera non prevedibile, sul bilancio pubblico e che siano potenzialmente in grado di creare i c.d. debiti fuori bilancio (56).

In questa prospettiva si spiegano le norme che il Testo Unico degli enti locali appresta per contenere, entro i termini della prevedibilità, appunto, la spesa pubblica (57).

Così il TUEL contiene disposizioni che riducono, in maniera considerevole, la possibilità per gli enti locali di offrire garanzie, autorizzabili, queste ultime, solo a copertura di mutui e prestiti già contratti. Precisamente, ai sensi dell'art. 206 «*Quale garanzia del pagamento delle rate di ammortamento dei mutui e dei prestiti gli enti locali possono rilasciare delegazione di pagamento a valere sulle entrate afferenti ai primi tre titoli del bilancio annuale*». Mentre la possibilità di stipulare contratti di fideiussione è ammessa solo per mutui contratti da: a)

(55) Il ragionamento che segue sarà svolto in parte con riferimento a norme applicabili agli enti locali, in altra parte con riferimento a previsioni valide per tutti gli enti pubblici, dunque potrebbe essere generalizzato.

(56) Applicando i citati principi, la Corte dei Conti è di recente intervenuta con una serie di pareri in riferimento a operazioni finanziarie o di indebitamento da parte degli enti locali in favore di società partecipate, con l'intento di chiarirne e definirne in senso limitativo l'ambito: Corte dei Conti, sez. reg. di controllo per la Regione Lombardia, 11 ottobre 2011, n. 510, in merito alla possibilità di dotare una società partecipata dei mezzi finanziari necessari per costruire le infrastrutture necessarie al servizio di trasporto pubblico locale, mediante anticipazione di cassa; Corte dei Conti, sez. reg. di controllo per la Regione Piemonte, 29 settembre 2011, n. 119, sulla qualificazione come indebitamento dell'assunzione dell'obbligo di rimborso delle rate di un mutuo contratto da una società partecipata; Corte dei Conti, sez. reg. di controllo per la Regione Lombardia 20 settembre 2011, n. 74, sulle modalità di rifinanziamento delle società partecipate, affermando che le operazioni di ripiano delle perdite e di ricapitalizzazione non costituiscono investimento, ma rientrano nella spesa corrente e, pertanto, non sono finanziabili mediante la contrazione di mutui.

(57) Peraltro, anche la *ratio* delle norme relative alle procedure di evidenza pubblica è stata intesa con l'esigenza di controllare la spesa pubblica, P. CHIRULLI, *Autonomia pubblica e diritto privato dell'amministrazione*, cit., 351.

aziende dipendenti dall'ente locale; b) consorzi cui l'ente locale partecipi; c) comunità montane; d) società di capitali di cui all'art. 113 comma 1 lett. e) (58) per la realizzazione di opere necessarie allo svolgimento del servizio pubblico o per la realizzazione di infrastrutture o altre opere di interesse pubblico, ma limitatamente alle rate di ammortamento da corrispondersi da parte della società sino al secondo esercizio finanziario successivo a quello dell'entrata in funzione dell'opera ed in misura non superiore alla propria quota percentuale di partecipazione alla società beneficiaria; e) in favore di terzi, per l'assunzione di mutui destinati alla realizzazione o alla ristrutturazione di opere a fini culturali, sociali o sportivi, su terreni di proprietà dell'ente locale, purché in presenza di alcune condizioni, ulteriormente restrittive (59)–(60). I

(58) L'art. 207 del TUEL non è stato aggiornato alle modifiche effettuate all'art. 113 e fa ancora riferimento, appunto, all'art. 113 comma 1 lettera e), presente nella prima versione del D. Lgs. n. 267/2000 come pubblicata nella Gazzetta Ufficiale, e cioè «alle società per azioni o a responsabilità limitata a prevalente capitale pubblico locale costituite o partecipate dall'ente titolare del pubblico servizio, qualora sia opportuna in relazione alla natura o all'ambito territoriale del servizio la partecipazione di più soggetti pubblici o privati».

(59) La garanzia fideiussoria può essere rilasciata anche a favore di terzi per l'assunzione di mutui destinati alla realizzazione o alla ristrutturazione di opere a fini culturali, sociali o sportivi, su terreni di proprietà dell'ente locale, purché siano sussistenti le seguenti condizioni: a) il progetto sia stato approvato dall'ente locale e sia stata stipulata una convenzione con il soggetto mutuatario che regoli la possibilità di utilizzo delle strutture in funzione delle esigenze della collettività locale; b) la struttura realizzata sia acquisita al patrimonio dell'ente al termine della concessione; c) la convenzione regoli i rapporti tra ente locale e mutuatario nel caso di rinuncia di questi alla realizzazione o ristrutturazione dell'opera.

(60) Inoltre, sempre secondo quanto previsto dal TUEL, all'art. 204, l'ente locale può assumere mutui e accedere ad altre forme di finanziamento reperibili sul mercato «solo se l'importo annuale degli interessi sommato a quello dei mutui precedentemente contratti, a quello dei prestiti obbligazionari precedentemente emessi, a quello delle aperture di credito stipulate ed a quello derivante da garanzie prestate ai sensi dell'articolo 207, al netto dei contributi statali e regionali in conto interessi, non supera il 15 per cento delle entrate relative ai primi tre titoli delle entrate del rendiconto del penultimo anno precedente quello in cui viene prevista l'assunzione dei mutui. Per le comunità montane si fa riferimento ai primi due titoli delle entrate. Per gli enti locali di

casi appena citati sono tassativi, e restringono la possibilità per il Comune di essere parte di un contratto di fideiussione, limitandone, correlativamente, l'autonomia negoziale.

La ragione della presenza di limiti così significativi alla possibilità per il Comune di rilasciare garanzie si coglie nella logica del principio di precauzione: in sostanza, l'assunzione di garanzie in favore di terzi o anche dell'ente medesimo o di società dallo stesso partecipate rischia di avere (anche se non è detto che lo abbia) un effetto imprevedibile sul bilancio dell'ente locale, in quanto, al verificarsi dell'evento che si è inteso garantire, l'ente medesimo verrebbe chiamato a rispondere, con le somme apposte in attivo nel proprio bilancio e, dunque, con i beni destinati alla realizzazione delle politiche di promozione e cura di interessi e bisogni della comunità locale, per ripianare i debiti contratti. Escludendo che l'ente per la sua natura pubblica sia esonerato dalle proprie responsabilità verso i terzi o verso i creditori sociali, ciò avrebbe l'effetto di sottrarre fondi pubblici dalla loro naturale destinazione, ossia l'interesse della comunità di riferimento. Quindi, in via assolutamente preventiva e a prescindere dal fatto che l'evento temuto si possa o meno realizzare, deve affermarsi, in ossequio al principio di precauzione, il divieto per le amministrazioni pubbliche di prestare garanzie al di fuori dei casi in cui ciò sia espressamente previsto dal Testo Unico.

E' da scartare, in quest'ottica, che il Comune presti garanzie in favore di un privato, pur essendo quest'ultimo esecutore di un'opera pubblica, ad esempio manlevandolo da responsabilità, anche circoscritte, ad esso imputabili, non potendosi prevedere quali eventuali conseguenze deriverebbero, in termini economici, dalla garanzia prestata e non essendo l'attività del terzo esecutore dell'opera pubblica nella sfera di dominio dell'ente medesimo.

Per un motivo simile, si ricorda, è sempre stata esclusa, pur in assenza di una norma che ne sancisse il divieto, la partecipazio-

nuova istituzione si fa riferimento, per i primi due anni, ai corrispondenti dati finanziari del bilancio di previsione».

ne degli enti pubblici in società di persone, che presupporrebbe la responsabilità illimitata dei soci.

Nella stessa logica, diversamente da quanto si sarebbe portati a ritenere senza il necessario approfondimento della tematica, è da ricondurre proprio al principio di precauzione anche la possibilità per le amministrazioni di stipulare contratti del genere dei derivati (61), che il legislatore ha espressamente ritenuto utilizzabili anche da parte degli enti pubblici, al fine di ridurre il rischio legato ad un imprevedibile incremento dei tassi di interesse legati ad operazioni di indebitamento (62).

Non ci è acconsentito approfondire nel presente lavoro tale tematica con il dettaglio che sarebbe doveroso dato il recente interesse e la complessità del tema specifico; ci basta allora ricordare, ai fini delle riflessioni che stiamo conducendo, che la tipologia più semplice di derivato cui l'amministrazione può accedere, ossia lo *swap* sui tassi di interesse (63), è inteso proprio come accordo volto alla copertura di un rischio ed ha, sin dalle origini, natura assicurativa (64).

(61) La definizione di derivato si trova nel Regolamento 2086/2004/Ce e nel principio contabile 39 (IAS 39), ed è poi ripresa nella Guida operativa dell'Organismo Italiano di Contabilità.

(62) Sul tema e non potendo riassumere esaustivamente le problematiche che l'utilizzo di strumenti derivati da parte delle amministrazioni ha ingenerato, si rinvia (per un'impostazione utile alle luce delle problematiche proprie del diritto amministrativo) agli scritti di A. SCOGNAMIGLIO, *Profili di costituzionalità dei limiti all'utilizzo degli strumenti finanziari derivati da parte degli enti territoriali*, in *Banca borsa tit. credito*, 2011, 18 ss.; F. CAPUTO NASETTI, *Contratto swap con ente pubblico territoriale con pagamento upfront*, in *Giur. comm.* 2011, 196; M. ANTONIOLI, *Precauzionalità, gestione del rischio e attività amministrativa*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2007, 51.

(63) Esplicitamente introdotto in favore delle amministrazioni pubbliche a partire dal 1996, e poi confermato, da ultimo, nella disciplina dettata dal comma 6 dell'art. 62 del D. L. n. 112/2008, convertito dalla l. 22 dicembre 2008, n. 203, che però ne sospende l'utilizzo all'adozione di un apposito regolamento, sulla legittimità costituzionale del quale si è di recente pronunciata la Corte Costituzionale con la sentenza n. 52/2010.

(64) Si è sostenuto perciò in dottrina che il divieto assoluto di utilizzare strumenti derivati non sarebbe coerente con le finalità dell'istituto e potrebbe anche porsi in contrasto con la Costituzione; in questo senso, nelle sue con-

Dunque, nonostante un contratto che abbia ad oggetto un derivato sia certamente un contratto aleatorio, nel senso più puro del termine (ossia presupponga che, necessariamente, vi sarà una parte che beneficerà di effetti positivi e un'altra che risentirà di effetti negativi), e pertanto esso contempli, nella causa del contratto, la gestione di rischio, detto rischio è assunto con un contratto di secondo livello, che ha come presupposto una precedente operazione, nella specie un finanziamento, di cui il contratto di *swap* tende ad attenuare le negatività e che, in caso di esito positivo dello *swap* per l'amministrazione, ridurrà a zero il rischio di incremento dei tassi negoziati con il finanziamento e trasferiti con lo *swap* medesimo.

Il principio di precauzione o, in maniera analoga, quello che in altre branche del diritto viene denominato principio della sana e prudente gestione, appaiono dotati di rilievo sistematico, in quanto sono in grado di caratterizzare la posizione di chi, a titolo e per ragioni diverse, si trovi ad agire per il perseguimento di interessi altrui e/o in quanto depositario di cose appartenenti ad altri.

L'elemento comune a tutti questi casi consiste proprio nella necessità di adottare particolare cautele che evitino il depauperamento dei beni. Questa regola assume il nome di «*diligenza del buon padre di famiglia*» nel contratto di mandato (art. 1710 del c. c.) e nella responsabilità del tutore e del protutore (art. 382 c. c.); di «*diligenza richiesta dalla natura dell'incarico*» per il curatore in caso di fallimento (art. 38 della l. fall.); di «*sana (rispetto all'equilibrio patrimoniale) e prudente*» gestione (nell'assunzione dei rischi) nell'attività delle imprese bancarie (65).

clusioni, A. SCOGNAMIGLIO, *Profili di costituzionalità dei limiti all'utilizzo degli strumenti finanziari derivati da parte degli enti territoriali*, cit.. Perché il vincolo dell'equilibrio finanziario colpisce in modo selettivo solo i derivati che presentano spiccate caratteristiche di pericolosità e non quelli più semplici volti alla mera copertura del rischio.

(65) A quest'ultimo riguardo, è significativo notare che, proprio per affermare la regola della sana e prudente gestione, è stato necessario introdurre alcune deroghe al diritto comune di modo che l'impresa bancaria, pur esercitata in forma di società per azioni, garantisca, nell'assunzione dei rischi, *standards* adeguati in relazione alla prudenza e coerenza degli investimenti.

Tra gli esempi appena richiamati si avvicina di più alla situazione dell'amministrazione quello dell'impresa bancaria, che gestisce beni, in maniera continuativa e sulla base di un rapporto fiduciario, per i propri clienti. Analogamente, gli enti locali hanno l'onere di curare gli interessi della collettività utilizzando beni provenienti dal pubblico e ad esso ridestinati, in virtù del concetto di responsabilità politica.

Ragionando secondo i criteri appena esposti, sarebbero incompatibili con la natura pubblica del soggetto quei derivati che hanno scopi puramente speculativi, come i *futures*, sfruttando esclusivamente il c.d. effetto leva del derivato.

Per ragioni analoghe, riteniamo di dover escludere la legittimità di investimenti su un mercato, per definizione a rischio, come quello borsistico. E ciò pur se l'investimento venga giustificato dalla necessità di fare cassa. Milita in favore di questa conclusione il fatto che l'indeterminatezza dell'entrata o della spesa, prima, e il rischio connesso, poi, siano incompatibili con i meccanismi appena ricordati propri del bilancio di previsione, e con l'obbligo di custodire il denaro pubblico secondo i parametri della buona amministrazione e di spenderlo perseguendo le finalità programmate nel rispetto dell'indirizzo politico-amministrativo.

In quest'ottica sono censurate dalla Corte dei Conti anche le incaute operazioni di investimento in strumenti finanziari compiute da enti pubblici economici, dal momento che essi dispongono di risorse pubbliche (66).

Abbiamo così individuato un limite ulteriore (che consiste nella necessità di una gestione conservativa, quindi non speculativa, del patrimonio facente capo al Comune e che si rifletterà, come vedremo, nel modo in cui esso può essere socio di una società di capitali), imposto dal diritto pubblico, e in grado di incidere sull'autonomia negoziale dell'ente locale che caratterizza dall'esterno, attenendo alla fase del processo volitivo interno alla

(66) Sulla giurisdizione della Corte dei Conti in casi siffatti e con alcune considerazioni sostanziali Cass. Sez. Un., ord. n. 19667, 22 dicembre 2003.

persona giuridica pubblica, le manifestazioni di potere negoziale dell'ente locale.

5. *Conclusioni in ordine al rapporto tra ruolo istituzionale del Comune e l'utilizzo del diritto privato. La conformazione dell'autonomia negoziale ai vincoli derivanti dalla natura istituzionale del Comune e la necessaria individuazione dell'interesse pubblico concreto*

Nell'attribuire un primo significato, e un contenuto, a quello che abbiamo inteso come rinvio recettizio al diritto pubblico (ex art. 11 del codice civile), sono emersi alcuni dei limiti posti dalla legge e dai principi pubblicistici all'autonomia negoziale del Comune (67), presupposto per l'esercizio della facoltà di costituire o

(67) Si è osservato in dottrina che «i limiti che le amministrazioni incontrano nella loro attività di diritto privato, salvo casi specifici previsti dalla legge, non si traducono di noma in preclusioni relative né alla causa né ai tipi negoziali utilizzabili, ma attengono piuttosto alle modalità di formazione della volontà contrattuale e alla scelta dell'oggetto negoziale, che rispondono, oltre che alle norme del diritto privato, anche alle regole dell'autonomia funzionale e nelle quali acquisiscono evidenza i motivi», P. CHIRULLI, *Autonomia pubblica e diritto privato dell'amministrazione*, cit., 386.

Giungeva a conclusioni simili a quelle proposte, sebbene con alcune differenze in merito alla configurabilità dell'autonomia negoziale delle amministrazioni, F. G. SCOCA, *Autorità e consenso*, cit.: «Nella sua azione precettiva, ossia nella (elaborazione della) regolazione degli interessi pubblici (e di quelli privati che con i pubblici si incrociano ed intersecano), l'amministrazione esercita sempre lo stesso potere (precettivo), che può essere autoritativo o meno, ma rimane sempre un potere funzionalizzato. (...) Per esso vige un solo statuto giuridico. Lo statuto non si limita ad imprimere al potere precettivo il c.d. vincolo di scopo (finalizzandolo cioè alla soddisfazione dell'interesse pubblico), ma lo sottopone ad una serie di regole, formali e sostanziali; le quali possono essere riassunte, rispettivamente, nel principio del procedimento e nel principio (che si può convenire di denominare) del rispetto degli amministrati, includendo in questi ultimi sia gli interessati sia i terzi. (...) Si può, a questo punto, affermare che, se l'azione precettiva dell'amministrazione è in ogni caso disciplinata secondo lo statuto che è stato a larghe linee ricostruito (e che trova il suo fondamento nella Costituzione), non sussistono ostacoli né limiti a che l'azione stessa si concretizzi in atti consensuali (vuoi di diritto comune, vuoi di diritto speciale). Tuttavia l'azione consensuale non può essere rapportata ad una situazione soggettiva che risponda alle caratteristiche essenziali dell'auto-

partecipare ad una società mista che, si ricorda, sarà la vicenda concreta cui applicheremo le conclusioni appena raggiunte.

Alla luce dei limiti individuati è possibile rileggere anche il primo comma dell'art. 1322 del codice civile: «*Le parti possono liberamente determinare il contenuto del contratto nei limiti posti dalla legge [e dalle norme corporative]*». Alla legge [e alle norme corporative] vanno aggiunti, per la specificità che connota le caratteristiche del nostro ordinamento rispetto allo statuto dell'amministrazione e del suo agire, che si suole riassumere con l'espressione ordinamento *a diritto amministrativo*, i principi e le regole del diritto pubblico. L'amministrazione, cioè, non è *libera* di negoziare perché non ha autonomia privata, essendo tenuta a perseguire gli interessi ad essa attribuiti dalla legge che ha istituito la persona giuridica pubblica e interessi generali, come l'imparzialità e la sana e prudente gestione del patrimonio pubblico. Questo vale sia che l'amministrazione si determini ad utilizzare un contratto tipico sia che intenda stipulare un contratto atipico (68).

Nel caso in cui si tratti di contratti atipici, assume un significato peculiare anche il secondo comma della norma appena citata, secondo cui «*Le parti possono anche concludere contratti che non appartengano ai tipi aventi una disciplina particolare, purché siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico*». Ove vi sia una parte pubblica, quelli meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico sono gli interessi generali in funzione dei quali vengono attribuite determinate competenze all'amministrazione.

nomia contrattuale, dato che l'amministrazione non può «*liberamente determinare il contenuto del contratto*» (art. 1322, comma 1, c.c.) o dell'atto consensuale in genere; e va invece riferita ad un potere precettivo di diversa consistenza (funzionalizzato, vincolato, disciplinato nella forma e indirizzato nella sostanza): il potere amministrativo», par. III.2.

(68) In particolare, sugli effetti del rapporto tra atipicità e perseguimento dell'interesse pubblico si è espresso M. DUGATO, *Atipicità e funzionalizzazione*, cit., 79 ss., che ha studiato l'uso pubblicistico del contratto atipico, affermandone la piena legittimità: «il ricorso da parte dell'amministrazione pubblica a fattispecie contrattuali atipiche non deve infatti dar conto di alcun contrasto con la tipicità dell'attività amministrativa, essendo quest'ultima caratteristica della sola attività propriamente e formalmente amministrativa», 113.

Verificheremo ora in che maniera i vincoli appena individuati siano in grado di condizionare la partecipazione del Comune a società.

CAPITOLO IV
RIFLESSI SUL TEMA DELLA PARTECIPAZIONE
DEL COMUNE A SOCIETÀ MISTE

SOMMARIO: 1. Ripresa delle conclusioni sinora raggiunte. — 2. I riflessi dell'obbligatorietà dell'evidenza pubblica sulla scelta del socio privato e sulla vita della società. — 2.1. La scelta del socio privato nelle società miste che (non ricevono affidamenti diretti e) operano sul mercato in condizioni di concorrenza con altri operatori. — 2.2 L'evidenza pubblica *in itinere*. — 2.3. La circolazione delle partecipazioni e le operazioni di aumento del capitale sociale come possibile elusione alle regole dell'evidenza pubblica. — 3. I riflessi del perseguimento dell'interesse della comunità locale sulla disciplina delle società miste. — 3.1. Necessità di una giustificazione rispetto alle finalità istituzionali per la partecipazione in società come costante nell'esperienza di altri Paesi europei. Accenni. — 3.2. Conseguenze del necessario perseguimento delle finalità istituzionali sull'attività che costituisce l'oggetto sociale della società partecipata. — 3.2.1. Il legame tra ente pubblico e territorio. I limiti all'attività extraterritoriale delle società miste. — 3.2.1.1. Gli orientamenti della giurisprudenza sull'attività *extramoenia*. — 3.2.1.2. Il legame tra Comune e territorio alla luce della capacità giuridica generale e del rapporto tra potere negoziale e discrezionalità. — 3.3. Il necessario perseguimento delle finalità istituzionali, le partecipazioni indirette e la rilevanza dell'art. 2361 c.c. — 3.4. Dubbi sulla compatibilità delle società con partecipazione pubblica non di controllo con le premesse poste. — 4. La sana e prudente gestione del patrimonio pubblico. Il divieto delle partecipazioni meramente speculative, la gestione delle società miste e l'impiego degli utili. — 4.1. Il principio di sana e prudente gestione e il fenomeno della *holding* pubblica. — 4.2. Il doppio binario della responsabilità degli amministratori di società miste. L'affermazione delle regole di diritto comune e lo spazio che residua per la responsabilità contabile. — 5. Il rapporto tra invalidità pubblicistiche e contratto di società. — 6. Il *se*, il *quando* e il *come* delle società miste.

1. *Ripresa delle conclusioni sinora raggiunte*

Accertato il genere dei vincoli che derivano dal diritto pubblico è giunto il momento di dedicarci allo studio delle conseguenze che dagli obblighi coessenziali alla persona giuridica pubblica discendono sulla decisione di deliberare la partecipazione ad una società assieme a soggetti privati. Siamo per concentrarci, quindi, sul *quando* e sul *come* delle società miste.

Prima di procedere nella direzione appena enunciata, ci pare utile tirare le somme di quanto detto sinora.

Anzitutto, circa la possibilità per l'amministrazione di utilizzare il diritto privato, abbiamo concluso che il diritto vigente e i principi del sistema pubblicistico rendono invocabili, anche per la persona giuridica pubblica, una capacità giuridica generale, limitata solo, sotto il profilo dell'autonomia negoziale che dalla capacità giuridica generale deriva, *dalla legge e dagli usi osservati come diritto pubblico*.

Ci siamo poi interrogati su quali fossero le leggi e gli usi osservati come diritto pubblico in grado di limitare l'autonomia negoziale del Comune, individuando così alcuni aspetti caratteristici delle manifestazioni di natura privata dell'amministrazione locale.

Nel terzo capitolo abbiamo concluso che, in virtù del necessario esperimento di una procedura ad evidenza pubblica che precede la manifestazione di volontà dell'ente, l'azione del Comune, privatistica o pubblicistica che sia, deve sempre essere finalizzata alla cura e alla promozione degli interessi della comunità locale, per come essi risultino nella determinazione dell'interesse pubblico concreto che emerge all'esito dell'esercizio del potere discrezionale.

Abbiamo poi escluso la legittimità di operazioni animate da un intento meramente speculativo, perché non ritenute coerenti con i principi di una sana gestione della spesa pubblica nonché con la natura di servizio alla comunità dell'attività del Comune.

Possiamo procedere ora a verificare gli effetti dei limiti appena individuati sulla costruzione della società mista, senza l'ambizione di descrivere compiutamente il regime delle società partecipate.

2. *I riflessi dell'obbligatorietà dell'evidenza pubblica sulla scelta del socio privato e sulla vita della società*

Approfondendo il ruolo delle regole dell'evidenza pubblica a fronte del fenomeno oggetto del presente studio, si scopre che qui esse assumono un duplice ruolo: da un lato, come noto, l'evidenza pubblica obbliga il Comune a procedere mediante gara per la selezione del *partner* privato (1) ma, dall'altro, impone anche di rendere trasparenti le motivazioni che abbiano indotto l'amministrazione a decidere l'istituzione della società partecipata.

2.1. *La scelta del socio privato nelle società miste che (non ricevono affidamenti diretti e) operano sul mercato in condizioni di concorrenza con altri operatori*

Per quanto concerne il primo e più intuitivo significato dell'evidenza pubblica, vale a dire la necessità che il socio privato sia selezionato in esito ad una procedura di valutazione comparativa, vi è da chiedersi se la necessità di indire una procedura di gara per la scelta del socio, espressa dal legislatore con riferimento alle società miste prese in considerazione dalle norme pubblicistiche, valga anche per il caso di società che non ricevano affidamenti diretti, per cui non vi sono norme di legge che prevedono il suddetto obbligo (2).

(1) Gara che, ove sia volta all'affidamento diretto del servizio alla società mista istituenda, deve essere una gara a doppio oggetto, riguardando la qualità di socio e le prestazioni che quest'ultimo dovrà eseguire come socio operativo. V. sul punto la ricerca già personalmente svolta in *La riforma dei servizi pubblici locali*, cit., 182 ss..

(2) Come noto, per il caso invece in cui la società riceva affidamenti diretti, l'obbligo di esperire una procedura ad evidenza pubblica per la scelta del socio risulta direttamente dalle norme vigenti. Si ricordano a proposito le previsioni del Testo Unico degli Enti Locali già menzionate nel capitolo primo.

Si è finanche notato, al capitolo primo par. 6, che proprio la necessità di procedere tramite una gara alla scelta del socio rappresenta l'elemento che unifica i tipi di società miste presi in considerazione direttamente dal legislatore.

Per affrontare il quesito posto non ci pare risolutivo il richiamo alla giurisprudenza europea, là dove ha affermato che i soggetti pubblici, in quanto amministrazioni aggiudicatrici, sono tenuti ad applicare le regole delle direttive appalti per affidare lavori, servizi o forniture (3). La citata giurisprudenza è applicabile, infatti, ai soli casi in cui la società mista sia affidataria diretta di lavori, servizi o forniture. La *ratio* dell'orientamento comunitario è evidente: si tratta, in sintesi e rinviando a quanto sostenuto analiticamente in altra sede (4), di evitare che la costituzione di una società mista (con conseguente affidamento diretto) possa provocare un fenomeno elusivo alle regole della concorrenza.

Nell'ottica della Corte di Giustizia, ove si intenda procedere all'affidamento diretto di lavori, servizi o forniture ad una società partecipata, tale operazione deve risultare successiva e conseguente ad un momento concorrenziale, in cui tutti i soggetti potenzialmente interessati possano avere, tra loro, un confronto competitivo.

Va perciò certamente esclusa la legittimità di situazioni in cui l'ente locale individui, senza gara, un soggetto privato come proprio *partner* per poi affidare alla società, direttamente, l'effettuazione delle prestazioni.

Non altrettante certezze si ritrovano nell'ipotesi opposta, in cui cioè non sia intendimento dell'amministrazione procedere ad un affidamento diretto all'entità *istituenda*, per cui la *ratio* menzionata non troverebbe spazio. Dunque, la giurisprudenza citata non ci aiuta a risolvere il tema delle modalità di selezione del socio privato per le società miste che agiscono sul mercato in condizioni di parità con gli altri operatori privati e, dunque, non beneficia-

(3) Da ultimo, particolare interesse proprio in tema di società miste assume la decisione della Corte di Giustizia del 22 dicembre 2010, n. 215, in C-215/09, relativa ad un caso in cui un Comune finlandese aveva istituito una società a capitale misto cui aveva affidato direttamente la fornitura di alcuni servizi sanitari.

(4) Si rinvia a riguardo alle osservazioni già personalmente svolte in *Affidamenti a terzi e a società miste*, cit., spec. par. 1.2..

no del regime dell'affidamento diretto disposto dall'ente pubblico partecipante.

Per affrontare la problematica della scelta del socio privato nei casi diversi da quelli in cui la società mista assume il ruolo di affidataria diretta, è opportuno mantenere distinte le due ipotesi astrattamente configurabili: a) quella in cui l'ente pubblico intenda istituire *ex novo* una società mista che operi nel rispetto delle logiche della concorrenza e b) quella in cui l'ente pubblico decida di acquistare delle partecipazioni, di maggioranza o di minoranza, in una società privata già operativa che, dunque, non potrebbe essere (per i ben noti principi sull'*in house providing*), contestualmente, affidataria diretta di lavori, servizi o forniture.

Nella prima, quella relativa alla costituzione di una società mista concorrenziale, poiché si risolve in un'operazione contrattuale cui partecipano (sebbene non come controparti, ma) come associati (5), un soggetto pubblico ed un soggetto privato, risulta necessario, in applicazione della normativa vigente e dei relativi orientamenti giurisprudenziali, indire una procedura di gara tra i diversi interessati, al fine di consentire all'amministrazione la scelta del socio più qualificato e più affidabile, in attuazione dei prin-

(5) Va precisato che, per un certo periodo, proprio la natura associativa del contratto di società, in cui acquista rilevanza significativa l'*intuitus personae* (ossia, in questo caso, il rapporto fiduciario che doveva intercorrere tra soggetto pubblico e *partner* privato) aveva portato a ritenere non applicabili a tali fattispecie le norme previste in tema di contabilità di Stato, concepite in effetti per i contratti di scambio, nelle quali l'*intuitus personae* non aveva rilevanza alcuna, fino a ritenere che il socio privato non dovesse essere selezionato tramite gara. Viceversa la dottrina aveva suggerito di orientarsi verso una procedura competitiva, sebbene con regole più flessibili di quelle previste per le gare d'appalto, in cui dare rilievo alla qualità della parte e alla comunanza di scopi e di interessi tra soggetto pubblico e privato: M. CAMMELLI, *Enti pubblici, società, istituzioni: modelli di gestione dei servizi pubblici locali*, cit., 349; G. CAIA, *Società per azioni a prevalente capitale pubblico locale: scelta dei soci e procedure di affidamento dei servizi*, in *Nuova Rass.*, 1995, 1082; F. CARINGELLA, *Le società per azioni deputate alla gestione dei servizi pubblici: un difficile compromesso tra privatizzazione e garanzie*, in *Foro it.*, 1996, I, 1364; M. DUGATO, *Sul tema delle società a partecipazione pubblica per la gestione dei servizi locali*, in *Riv. trm. App.*, 1996, 230; P. PIRAS, *Servizi pubblici e società a partecipazione comunale*, cit., 96.

cipi di imparzialità e buona amministrazione (gare che, in questo caso, avrebbero un oggetto unico, ossia la qualità di socio).

Va peraltro ricordato che le Sezioni Unite della Corte di Cassazione (6) hanno riconosciuto, escludendo la rilevanza nel caso specifico dell'*intuitus personae*, la piena compatibilità dei contratti associativi con comunione di scopo (tra cui appunto il contratto di società) con il procedimento concorsuale dell'evidenza pubblica, disciplinato, *ab origine*, dalla normativa in tema di contabilità di Stato, appunto in ottemperanza ai principi di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa.

Perciò l'anticipata conclusione appare doverosa anche perché, ove si decidesse diversamente, ossia ove si ritenesse non necessario l'esperimento di una procedura di gara per la scelta del socio, l'amministrazione eluderebbe facilmente le norme dettate per i contratti attivi, a tutela del corretto impiego del denaro pubblico. L'utilizzo di risorse pubbliche deve infatti, in linea di principio, rispondere ai modelli delineati dalla legge di contabilità di Stato e dal relativo regolamento nonché dal Testo Unico degli enti locali, nel caso del Comune, che comportano l'obbligo di rispettare procedure di selezione comparativa per l'individuazione del contraente (7).

La tesi accolta è in linea con gli orientamenti della giurisprudenza amministrativa, la quale afferma che la scelta del socio non si può sottrarre ai principi di concorrenzialità e di *par condicio*, sia che si tratti di società miste di maggioranza che di società miste di minoranza, e indipendentemente dall'esistenza di specifiche norme (8) che enuncino espressamente tale obbligo.

(6) Cass. Sez. Un., 29 ottobre 1999, n. 754.

(7) Va tenuto presente però che, per la procedura di gara relativa alla scelta del socio, l'amministrazione è tenuta solo ad elaborare una procedura che si basi sui principi generali di trasparenza, imparzialità e buona amministrazione. Inoltre, poiché trattasi di un contratto associativo (e non di un contratto di scambio), ci pare compatibile con l'oggetto della gara che venga data rilevanza, sia in fase di qualificazione sia in fase di aggiudicazione, sebbene con criteri diversificati, agli elementi dell'affidabilità economica e della stabilità del socio privato.

(8) Cons. St., Sez. V, 28 ottobre 2008, n. 5392.

Si noti che l'obbligo di cui si è detto incombe sul Comune per il suo essere amministrazione pubblica. L'obbligo in questione costituisce dunque un limite generalizzato, valevole per le persone giuridiche pubbliche, all'esercizio di poteri, diritti e facoltà secondo il diritto privato.

Passando alla seconda ipotesi prefigurata, ossia al caso in cui l'ente pubblico decida di acquistare delle partecipazioni, di maggioranza o di minoranza, in una società privata già operativa, avrà rilievo l'altra dimensione dell'evidenza pubblica, ossia (non quella che obbliga l'amministrazione alla procedura di gara per l'individuazione del proprio contraente, ma) quella per cui l'amministrazione è obbligata a rendere conto delle ragioni di pubblico interesse sottese alle proprie determinazioni e a rispettare il principio di trasparenza.

Infatti, considerato che il soggetto con cui si conclude il contratto è necessariamente già individuato, in quanto risulta dai fatti (la società "bersaglio", nell'ipotesi in esame, ha necessariamente un determinato assetto proprietario), non sempre vi sarà spazio per ipotizzare, in vista della selezione del *partner*, una procedura comparativa nel senso anzidetto.

Qui, invece, avrà rilievo essenziale che l'acquisto pianificato sia coerente con le politiche programmate dall'ente e che il prezzo pagato per l'acquisto delle quote o delle azioni corrisponda con il valore reale delle partecipazioni acquisite. Per evitare contestazioni, tale valore dovrà essere adeguatamente peritato da parte di un soggetto terzo.

Ciò detto, residua una vicenda in cui tornerebbe ad avere rilievo la necessità di esperire una procedura ad evidenza pubblica. Si tratta del caso in cui l'amministrazione abbia intenzione di operare acquistando partecipazioni sociali per agire direttamente in un determinato settore del mercato, ritenuto di interesse pubblico e potenzialmente remunerativo, e vi siano più imprese che si occupino di quel settore, a condizioni più o meno simili. Affinché vengano rispettati i principi pubblicistici sarà necessario che l'amministrazione introduca un confronto tra i diversi soggetti interessati all'alienazione, di modo che la scelta finale risulti, anche in questa ipotesi, da una soluzione comparativa.

Impone, naturalmente, il rispetto dei principi di trasparenza e non discriminazione anche l'alienazione delle partecipazioni del soggetto pubblico, per cui si applica la legge sulle privatizzazioni, L. n. 474/1994 (9).

2.2. *L'evidenza pubblica* in itinere

Quanto detto non basta a dare conto di come l'evidenza pubblica condizioni le vicende relative alle società miste.

Passiamo ora al secondo profilo anticipato. Ossia a quello attinente ai casi e alle modalità con cui l'evidenza pubblica e la riconduzione delle decisioni dell'ente al perseguimento delle finalità pubblicistiche influenzano lo svolgimento dell'attività societaria, collocando, dunque, le nostre riflessioni nella fase successiva a quella dell'istituzione della società partecipata.

Data la natura dinamica del contratto di società, che dà vita ad un'organizzazione e ad un rapporto di collaborazione duraturi nel tempo e volti ad instaurare una molteplicità di rapporti giuridici ed economici (10), l'evidenza pubblica potrebbe acquistare, nel nostro caso, un significato molto più ampio rispetto a quello che riveste nei sinallagmi contrattuali che non conducono all'istituzione di un nuovo soggetto.

L'ipotesi che vogliamo verificare è che la valenza dei principi di evidenza pubblica non si esaurisca nella fase della scelta del socio privato, ma interessi il socio pubblico per tutto il periodo della sua partecipazione societaria, in particolare ogni qual volta sia da valutare il rapporto tra interesse pubblico e determinazioni del socio inerenti all'attività societaria.

(9) Per effetto delle citate disposizioni, la procedura di dismissioni viene sottratta alla meccanica applicazione delle norme sulla contabilità di Stato. La normativa citata si attesta anch'essa su di una previsione a carattere generale, prevedendo l'obbligo di adottare modalità trasparenti e non discriminatorie per la dismissione delle azioni, senza però chiarire che tipo di procedura debba essere in concreto deliberata.

(10) G. C. M. RIVOLTA, *Le società come rapporto di durata*, in *Riv. soc.*, 1962, 34 e G. OPPO, *I contratti di durata*, in *Riv. dir. comm.*, 1943, I, 44.

Ove così fosse, l'evidenza pubblica si presenterebbe, nella fase operativa delle società partecipate, come attuazione del principio di trasparenza, più che del principio di imparzialità (11), rendendo necessario che il soggetto pubblico riconduca la posizione che assume come socio alle finalità per cui la sua partecipazione si giustifica, ossia la cura e la promozione degli interessi della comunità rappresentata.

Vediamo in che modo.

Consapevoli di semplificare molto, ma con l'interesse a mantenere il discorso ad un livello generale, va considerato che, nelle società di capitali, la gestione della società non è rimessa ai soci, ma agli amministratori e che questi ultimi sono soggetti ai vincoli e alle responsabilità prescritti nelle norme del codice civile.

Pertanto, ai fini di valutare l'ambito in cui l'evidenza pubblica possa avere effetti, occorre distinguere le vicende in cui l'attività della società segua ad una decisione dell'assemblea dalle ipotesi in cui siano gli amministratori ad occuparsi direttamente di decisioni che attengono all'esercizio dell'impresa sociale (12).

Nel primo caso, l'evidenza pubblica deve trovare spazio, perché, nell'assemblea, il socio pubblico dovrà esprimere la propria volontà, come ente pubblico, e quindi, come si è visto nel capitolo precedente, dovrà rendere noto il collegamento tra la propria decisione e gli interessi pubblici per la cui cura è stato istituito, tramite provvedimenti amministrativi adottati *ad hoc* (13), che chiariscano, segnatamente, il nesso tra le decisioni assunte e la protezione degli interessi della comunità locale.

Nel secondo caso, ove la scelta sia rimessa agli amministratori, non si ritengono applicabili, viceversa, logiche simili a quelle

(11) Nella fase di scelta del socio.

(12) Si raccoglie a proposito il suggerimento prospettato, qualche decennio fa, da un attento studioso del diritto commerciale: A. ROSSI, *Profili giuridici della società a partecipazione statale*, cit., 172 ss..

(13) Si pensi, ad esempio, ad una delibera del consiglio comunale con cui il socio pubblico si esprima favorevolmente alla proposta di procedere ad un aumento di capitale o alla modifica dello statuto sociale di competenza dell'assemblea.

dell'evidenza pubblica, perché la decisione non è una decisione discrezionale che compete all'ente pubblico, né riconducibile al perseguimento di un pubblico interesse (14). Gli amministratori della società sono infatti vincolati al raggiungimento dell'oggetto sociale con una logica che è quella puramente lucrativa. Un comportamento ispirato a logiche diverse potrebbe esporli all'applicazione delle disposizioni in tema di responsabilità verso la società e verso i terzi (15).

Così ricostruita la valenza dell'evidenza pubblica nella fase di attività della società, siamo in grado di procedere nell'esame degli ulteriori vincoli derivanti dai principi del diritto pubblico.

2.3. *La circolazione delle partecipazioni e le operazioni di aumento del capitale sociale come possibile elusione alle regole dell'evidenza pubblica*

In linea generale, l'operazione di partenariato deve realizzarsi con il soggetto che si aggiudica la procedura di selezione comparativa. È chiaro che la sostituzione di un terzo al socio scelto con gara, in funzione anche del servizio che verrà direttamente affidato alla società mista, per volontà del socio medesimo o per effetto di particolari vicende societarie, si presterebbe facilmente ad eludere, in seconda battuta, il principio di imparzialità, modificando gli esiti della selezione.

Questa premessa comporta, inevitabilmente, delle conseguenze sul regime della circolazione delle partecipazioni societarie e su alcune operazioni straordinarie che potrebbero dare il via all'ingresso di nuovi soggetti in spregio alle menzionate regole dell'evidenza pubblica.

In virtù dei ricostruiti principi di diritto pubblico, nonostante la necessità della procedura di gara sia esplicitata dalla legge con riferimento alla fase istitutiva della società, anche la circolazione delle partecipazioni già esistenti e di quelle rappresentative di un

(14) Cfr. capitolo III par. 2.

(15) Cfr. par. 4.2.

eventuale aumento di capitale sociale deve subire alcune limitazioni, almeno nei casi di società miste che abbiano ottenuto l'affidamento diretto di un pubblico servizio e per tutto il periodo di durata dell'affidamento medesimo (16).

La dottrina maggioritaria ritiene che, in entrambi i casi appena menzionati (circolazione delle partecipazioni e aumento di capitale) (17), il soggetto subentrante debba risultare, comunque, da una nuova procedura di evidenza pubblica. Poi, per evitare di restringere eccessivamente la sfera giuridica del socio privato, si è anche ipotizzato che le alterazioni rispetto all'ordinario schema civilistico vengano rese note al momento della costituzione della società mista, in modo da essere conosciute, assieme ai documenti di gara, dai soggetti che concorrono per diventare soci.

Di recente il Consiglio di Stato (18) ha giudicato un caso relativo ad una società mista a partecipazione pubblica minoritaria, affidataria di un pubblico servizio, che aveva aperto il proprio capitale all'apporto di un socio industriale attraverso un'operazione straordinaria di vendita di quote e di aumento di capitale. In tal caso si è ritenuto che *“ogni qualvolta – attraverso il ricorso ad operazioni di carattere straordinario destinate a mutare la compagine di una società che abbia ottenuto l'affidamento diretto o tramite gara di un servizio pubblico – si pervenga al risultato di dar vita a una società mista oppure, alternativamente, al risultato di modificare il profilo soggettivo del gestore del servizio pubblico già affidato (mediante l'associazione al capitale o alla gestione di nuove figure imprenditoriali o la sostanziale sostituzione delle imprese originariamente affidatarie), allora si realizza in via derivata anche un diverso affidamento del servizio pubblico”*. Diverso affidamento del servizio pubblico cui non è possibile procedere in assenza di una procedura ad evidenza pubblica.

(16) Sul tema, con molte utili indicazioni P. GUIDA, *La circolazione delle partecipazioni sociali*, in F. FIMMANÓ (a cura di) *Le società pubbliche*, Milano, 2011, 167 ss. e ivi, G. LAURINI, *Il ruolo degli statuti e dei patti parasociali nella fase genetica e funzionale delle società pubbliche*, 117 ss., spec. 126.

(17) P. GUIDA, *La circolazione delle partecipazioni sociali*, cit., 189 ss..

(18) Cons. St., Sez. V, 18 dicembre 2009, n. 8376.

È assodato, dunque, che anche la giurisprudenza amministrativa esclude l'ammissibilità di operazioni volte ad inserire un nuovo soggetto privato nel partenariato, già attivo o attivabile tramite l'operazione di aumento di capitale, se non all'esito di una procedura che metta in concorrenza tutti gli interessati; diversamente, un operatore privato beneficerebbe del regime della società mista.

Vi è da chiedersi se alle medesime conclusioni si debba giungere qualora ci si trovi di fronte ad una società che non sia affidataria diretta di un servizio pubblico e nella quale il Comune, o altro ente pubblico, possieda solo una percentuale di minoranza. In questo caso, ci pare difficile mettere in dubbio la possibilità, per il socio privato, di cedere liberamente le proprie azioni o quote, anche in attuazione del principio comunitario della libera circolazione dei capitali.

Va aggiunto, infine, che la necessità di ricondurre la circolazione delle quote o delle azioni ad una procedura di selezione comparativa, non appare compatibile con le clausole di prelazione impropria (19), che dettano criteri volti a determinare il prezzo di alienazione nell'interesse dei soci attuali, mentre è conciliabile con le clausole di gradimento, che, incidendo sui requisiti soggettivi ed oggettivi del socio subentrante, verrebbero recepite nell'ipotizzata procedura di gara.

Si ricorda peraltro che lo statuto della società mista potrebbe ben prevedere delle clausole con cui si vieti, per un determinato periodo, la circolazione delle partecipazioni. In particolare, tale facoltà è perfettamente compatibile con le disposizioni ora contenute nel codice civile in tema di società per azioni (20). L'art. 2355

(19) In base a tali clausole, non solo ci si obbliga a preferire, in caso di vendita della partecipazione, il socio, ma si consente altresì che esso acquisti a condizioni diverse, nella prassi più vantaggiose, rispetto ad eventuali terzi acquirenti, così superando il tratto caratteristico della prelazione convenzionale (o propria), ossia la parità di condizioni d'acquisto. Cfr. tra i più recenti, M. P. MARTINEZ, *La clausola di prelazione*, Padova, 2010.

(20) Sul tema, per un accenno alla visione complessiva della tematica, R. RORDORF, *Commento all'art. 2355 bis*, in *La giurisprudenza sul codice civile coordinata con la dottrina*, a cura di G. MARZIALE - R. RORDORF, Milano, 2005, Tomo

bis del codice civile ha infatti previsto, nel caso di azioni nominative ed in quello di mancata emissione di titoli azionari, che lo statuto possa sottoporre a particolari condizioni il loro trasferimento, anche vietandolo, per un periodo non superiore a cinque anni. Avvalendosi di tale norma, lo statuto di una società partecipata potrà dunque articolare, nella maniera ritenuta più opportuna, limiti o divieti incombenti sul socio privato, inerente alla circolazione delle azioni.

3. *I riflessi del perseguimento dell'interesse della comunità locale sulla disciplina delle società miste*

In questo paragrafo ci occuperemo di specificare come si caratterizzi la necessità, dedotta dalla modalità di formazione della volontà dell'amministrazione (21) e ora ripresa da una specifica previsione di legge (22), di mantenere un collegamento tra partecipazione a società e finalità istituzionali del Comune e dunque interesse della comunità locale.

Si è detto che l'attività di impresa è consentita agli enti locali solo ove sia riconducibile all'ambito delle finalità istituzionali che ne definiscono il campo di azione (23). Così anche la partecipazione in società, come espressione appunto dell'attività d'impresa, trova il proprio limite nell'esistenza di finalità pubblicistiche, che giustificano la decisione dell'amministrazione di utilizzare il diritto privato, individuate nell'ambito discrezionale che precede la manifestazione negoziale vera e propria.

L'importanza dell'aspetto appena evidenziato emerge anche dalla considerazione di esperienze di altri ordinamenti, c.d. *a diritto amministrativo*, che pure conducono la partecipazione a società e,

IV, 2311; L. STANGHELLINI, *Commento all'art. 2355 bis*, in *Azioni*, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da P. MARCHETTI - L. BIANCHI - F. GHEZZI - M. NOTARI, Milano, 2008.

(21) Si rinvia sul punto a quanto affermato al capitolo terzo par. 2.

(22) Si rinvia sul punto a quanto affermato al capitolo terzo par. 1 e 2.

(23) Si rinvia sul punto al capitolo terzo, par. 3.

più in generale, l'intervento dell'ente locale nell'economia, a precise finalità pubblicistiche.

3.1. *Necessità di una giustificazione rispetto alle finalità istituzionali per la partecipazione in società come costante nell'esperienza di altri Paesi europei. Accenni*

L'inscindibilità del legame tra finalità istituzionali dell'ente e attività economica, si accennava, emerge come una costante anche nell'esperienza di altri Paesi europei. Prenderemo in considerazione i sistemi francese e tedesco, le cui somiglianze con il nostro ordinamento ci consentono di notare una significativa convergenza.

La giurisprudenza francese ha subito, di recente, un'inversione di rotta particolarmente interessante ai nostri fini: per tutti gli anni novanta, in Francia, si era consolidato un orientamento del *Conseil d'Etat* che, valorizzando il principio comunitario di sussidiarietà, riteneva legittimo l'intervento pubblico nell'economia nei soli casi in cui si fosse verificata la carenza di iniziativa privata in un determinato settore (poteva trattarsi di ambiti sociali, come l'assistenza domiciliare ai bisognosi, o economici, come la costruzione di immobili), accertata la quale l'azione del soggetto pubblico comportava, necessariamente, l'introduzione del regime del *service public* (24). Al contrario, l'attività di impresa non poteva essere esercitata dagli enti pubblici là dove la presenza di operatori privati fosse soddisfacente per garantire alla collettività la piena fruizione di determinati servizi.

La preoccupazione alla base della riferita impostazione era quella di limitare gli ambiti sottoposti al regime pubblicistico del *service public*, in favore di un'attuazione più piena della libertà d'iniziativa economica privata.

Ebbene, intervenendo su questa tendenza, la giurisprudenza francese, proprio in virtù del riconoscimento della capacità di di-

(24) Sono espressione di questa tendenza le decisioni CE sect. 30 maggio 1930, *Lebon* 583; CE sect. 17 aprile 1964, *Lebon* 231.

ritto privato degli enti locali (25), ha ora cambiato orientamento (26), sganciando anche il legame, prima ritenuto necessario, tra regime del *service public* e iniziativa pubblica.

È stata così affermata, all'opposto, la regola della libertà per l'ente locale di svolgere attività economica, purché sia rinvenibile un interesse pubblico e mantenendosi nei limiti delle competenze istituzionali del soggetto agente.

In questo nuovo contesto, l'assenza di iniziativa privata rappresenta solo uno dei motivi che possono legittimare, assieme ad altri, l'intervento diretto nell'economia dei pubblici poteri anche tramite la costituzione o la partecipazione a società. Ove l'amministrazione, al di fuori della *mission de service public*, intervenga, utilizzando il diritto privato, accanto ad altri operatori, dovrà naturalmente attenersi alle regole della concorrenza (27). Ma que-

(25) Il *Conseil d'Etat*, per esempio, con un'interessante decisione del 2010, ha ritenuto ammissibile la costituzione di una società mista per lo sviluppo turistico locale e pure in presenza di operatori privati nello stesso settore. Cfr., CE., 5 luglio 2010, *Sindacat National des agences de voyages*, in *www.juris-connect.com*. «*Considérant, en premier lieu, qu'aux termes du premier alinéa de l'article L. 1521-1 du code général des collectivités territoriales, dans sa rédaction applicable à la date de l'arrêté préfectoral contesté: Les communes, les départements, les régions et leurs groupements peuvent, dans le cadre des compétences qui leur sont reconnues par la loi, créer des sociétés d'économie mixte locales qui les associent à une ou plusieurs personnes privées et, éventuellement, à d'autres personnes publiques pour réaliser des opérations d'aménagement, de construction, pour exploiter des services publics à caractère industriel ou commercial, ou pour toute autre activité d'intérêt général (...); qu'il résulte de ces dispositions quelles sociétés d'économie mixte locales peuvent légalement exercer, outre des activités d'aménagement, de construction ou de gestion de services publics, toute activité économique sur un marché concurrentiel pourvu qu'elle réponde à un intérêt général; que si un tel intérêt général peut résulter de la carence ou de l'insuffisance de l'initiative des entreprises détenues majoritairement ou exclusivement par des personnes privées, une telle carence ou une telle insuffisance ne saurait être regardée comme une condition nécessaire de l'intervention d'une société d'économie mixte (SEM) sur un marché*».

(26) CE 31 maggio 2006, *Ordre des avocats au barreau de Paris, Lebon 272* e in *AJDA*, 2008, 911: le amministrazioni «*pour intervenir sur un marché, elles doivent, mais également justifier d'un intérêt public, lequel peut résulter notamment (per esempio, n.d.r.) de la carence de l'initiative privées*».

(27) Si può consultare a riguardo il volume *AJDA*, 2010, 1251 ss. sub *Interventions économiques*.

sto è un aspetto ulteriore e conseguente che qui non interessa approfondire.

Esce dunque rafforzata dal confronto con l'esperienza francese, i cui presupposti istituzionali non si distinguono molto dai nostri, la ricostruzione qui proposta, che si fonda sull'idea della compatibilità, generale, tra ente pubblico e attività economica, pur nei limiti delle competenze attribuite all'ente e dei suoi fini, che costituiscono appunto i vincoli giuridici derivanti dalla qualità di *persone giuridiche pubbliche*.

Analogamente, in Germania, la necessità di individuare un motivo di interesse pubblico per la partecipazione a società, in ambiti di rilevanza economica, è radicata nel diritto positivo, trovando anche un fondamento costituzionale nella norma che riconosce ai Comuni il diritto di regolare sotto la propria responsabilità, e dunque nei limiti delle proprie competenze, le attività di interesse locale (art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG).

Non modifica l'impostazione proposta nemmeno il fatto che, al di fuori dei compiti che le autonomie locali hanno l'obbligo di assumere direttamente (*Pflichtaufgaben*), il legislatore e la giurisprudenza abbiano espresso la necessità di dare il maggiore spazio possibile al principio di sussidiarietà e alla libertà di impresa, privilegiando l'attività dei privati, con conseguente marginalizzazione dell'iniziativa pubblica (28).

Le legislazioni di tutti i tredici *Länder*, oltre al perseguimento dell'interesse pubblico (*der öffentliche Zweck*), menzionano, come requisiti essenziali per la legittimità dell'intervento degli enti locali, la proporzionalità tra attività di impresa e dimensioni del Comune (29) e la valutazione sulla necessità ed efficienza dell'intervento

(28) Sul tema, fa il punto F. SCHOCH, *Das gemeindliche Selbstverwaltungsrecht gemäß Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG als Privatisierungsverbot?*, in *DVBL*, 2009, 1533.

(29) Sui limiti territoriali all'attività delle società partecipate, si veda lo scritto di T. DÜNCHEIM – F. SCHÖNE, *Privatvor Staat? Die Novellierung des kommunalen Wirtschaftsrechts in NRW*, in *DVBL*, 2009, 146 ss.

diretto dell'ente rispetto ai suoi fini (30).

Il perseguimento dell'interesse pubblico è inteso dalla dottrina tedesca nel suo senso di legame inscindibile tra la giustificazione dell'intervento dell'autorità locale, nei limiti della Costituzione, e gli interessi della collettività amministrata (31). Con un'impostazione, anche questa volta, molto simile a quella che si propone riflettendo sui principi essenziali del nostro sistema nazionale.

Appare dunque corretto mettere in evidenza due aspetti che emergono dalle esperienze straniere riportate. Il primo: mantenere il collegamento con le finalità istituzionali dell'ente locale rappresenta, comunemente, un vincolo per l'esercizio dell'attività economica dei soggetti pubblici, presupponendone perciò l'astratta praticabilità. Il secondo: anche la partecipazione in società non può prescindere dalla dimostrazione della diretta utilità del veicolo societario in relazione al perseguimento delle finalità istituzionali proprie dell'ente pubblico socio.

3.2. *Conseguenze del necessario perseguimento delle finalità istituzionali sull'attività che costituisce l'oggetto sociale della società partecipata*

Come emerge anche dalla Legge Finanziaria per il 2008 (32), l'ambito in cui più si riverbera la necessità di mantenere il collegamento tra attività della società e finalità dell'ente locale è quello

(30) Sui termini del problema, nel rapporto tra pubblico e privato, H. MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Monaco, 2009, 440 ss., ivi: « *Die Verwaltung bleibt auch bei der Wahrnehmung unmittelbarer Verwaltungsaufgaben in der Form des Privatrechts an bestimmte öffentlich-rechtliche Grundsätze und Regelungen gebunden, so daß eine gewisse Gemengelage von öffentlichem Recht und Privatrecht, eben das Verwaltungsprivatrecht, entsteht*». Si chiarisce cioè che l'amministrazione, anche ove utilizzi il diritto privato, deve attenersi ai principi e alle norme del diritto pubblico, nella commistione di diritto pubblico e diritto privato che caratterizza il diritto privato dell'amministrazione.

(31) La giurisprudenza, riflettendo sul concetto di pubblico interesse, ha ritenuto ammissibili interventi comunali, ad esempio, nei settori della sanità e dei trasporti.

(32) Cfr. capitolo primo par. 7.1..

dell'oggetto sociale, o meglio, dell'attività che identifica l'oggetto sociale.

Ciò non stupisce perché il primo vincolo cui sono astrette le persone giuridiche, in quanto organizzazioni *formali*, è costituito dal loro oggetto, che viene indicato, a seconda che la loro costituzione derivi *ex lege* o *ex contractu*, dalla legge che le ha istituite ovvero dalla volontà dei contraenti, riassunte nell'atto costitutivo e nello statuto.

Nel caso del Comune, il contesto entro cui esso può esprimere la propria capacità di diritto privato e dunque anche partecipare a società miste è delimitato dalla legge e dallo statuto comunale, volto a definire e specificare funzioni e competenze dell'ente medesimo, nel rispetto delle previsioni generali contenute nel Testo Unico degli enti locali.

Anche questo chiarimento ha un valore di carattere generale. Si ritrovano considerazioni simili, per esempio, nel sistema francese (33), in cui l'oggetto sociale della società mista è conseguentemente sottoposto a penetranti controlli da parte sia degli organi amministrativi che esercitano la funzione di vigilanza sulle società partecipate sia da parte del giudice amministrativo, che deve verificare la coerenza dell'oggetto della società e dello statuto con le competenze dell'ente pubblico socio.

Anche in Germania è affermato, come regola essenziale del diritto pubblico, l'*Örtliche Prinzip* (principio della territorialità), inteso come coronamento della regola in base alla quale la Costituzione tedesca afferma l'autonomia comunale con riferimento alla gestione degli "*affari della comunità locale*".

Il vincolo derivante dal necessario confluire dell'interesse pubblico nell'attività che costituisce oggetto sociale della società mista non è però così stringente, considerato che il Comune si presenta come ente a fini generali (34): il rapporto tra legge ed amministrazione locale è più allentato rispetto a quanto non acca-

(33) V. MOURAREAU, *Guide des sociétés mixte locales*, 2007.

(34) La diversità tra amministrazioni statali e amministrazioni comunali, si può ben cogliere nel noto scritto di G. BERTI, *Caratteri dell'amministrazione comunale e provinciale*, cit., 211 ss..

da per altri enti pubblici, perché l'esercizio dell'attività comunale non è il risultato di una mera applicazione delle norme, presentandosi invece come il frutto di valutazioni politiche e amministrative che l'ordinamento devolve all'ente medesimo, nella sua qualità di ente politico.

Vediamo ora come il necessario perseguimento dell'interesse della comunità locale finisca per confluire nell'attività della società mista.

3.2.1. *Il legame tra ente pubblico e territorio. I limiti all'attività extraterritoriale delle società miste*

Abbiamo accertato che, nel caso in cui diventi socio di una società mista, il Comune non può spogliarsi dei vincoli funzionali che gli derivano dalla legge, dallo statuto e dalla programmazione politica, diversamente le sue determinazioni rischierebbero di essere illegittime.

Il problema naturalmente non si pone ove il Comune si determini ad istituire una società richiamata dalle norme del Testo Unico perché, in quel caso, come si è detto, il collegamento con le sue finalità istituzionali è consacrato direttamente dalla legge. Viceversa, la questione è particolarmente delicata ove si debba affrontare il caso di società costituite o partecipate in assenza di un richiamo normativo espresso.

Occorre ricordare, a proposito, quanto affermato nel capitolo precedente (35), ossia che Comune è l'ente che *“rappresenta la propria comunità, ne cura gli interessi e ne promuove lo sviluppo”* e che esso svolge *“le proprie funzioni anche attraverso le attività che possono essere adeguatamente esercitate dalla autonoma iniziativa dei cittadini e delle loro formazioni sociali”* (36).

(35) Cfr., capitolo terzo par. 1 e 3.

(36) In quest'ultimo cenno contenuto nella normativa in esame si scorre anche l'avallo del legislatore per quelle iniziative di partenariato, di cui la società mista rappresenta il risultato sul piano istituzionale, in cui pubblico e privato si fondono. Iniziative di partenariato che sono ulteriormente rafforzate da quanto disposto all'art. 13 del D. Lgs. n. 267/2000, in tema di funzioni del

Così definito, in maniera ampiamente generale, il ruolo del Comune e ricordati i fini di cui è portatore, il vincolo in grado di condizionare la definizione dell'oggetto sociale della società mista consiste nel legame con la collettività di riferimento, di cui devono essere protetti gli interessi.

Non emerge però dalle norme vigenti se il vincolo alle necessità della comunità locale abbia natura territoriale o funzionale. Non è chiaro, in altre parole, se sia ammissibile un impegno dell'ente locale esterno ai confini del territorio e, di riflesso, se sia ammissibile l'istituzione o il coinvolgimento in società che operino a vantaggio di altre comunità territoriali.

3.2.1.1. *Gli orientamenti della giurisprudenza sull'attività extra-moenia*

Questa problematica coinvolge, è fin troppo evidente, il dibattito sorto negli ultimi anni intorno alla c.d. attività *extra moenia* delle società miste che, non senza avere sollevato critiche in dottrina (37), aveva visto prevalere un orientamento giurisprudenzia-

Comune, in base al quale «Spettano al comune tutte le funzioni amministrative che riguardano la popolazione e il territorio comunale, precipuamente nei settori organici dei servizi alla persona e alla comunità, dell'assetto ed utilizzazione del territorio e dello sviluppo economico (...)». Si può confermare, cioè, anche in quest'ottica, la compatibilità con il mandato attribuito dalla legge all'ente locale delle operazioni che portino all'istituzione di una società a capitale misto.

(37) Si vedano, tra i numerosi commenti della giurisprudenza, quelli di L. MANASSERO, *Servizi strumentali alle attività delle amministrazioni pubbliche, tra attività amministrativa in forma privatistica e attività di impresa di enti pubblici. I divieti dell'art. 13 del Decreto Bersani e le società c.d. di terzo grado nella più recente giurisprudenza*, in *www.giustamm.it*; M. SINISI, *L'attività extra moenia delle società miste: vincolo funzionale, nesso di controllo e ambito territoriale ottimale*, in *Foro amm. TAR*, 2003, 2857; C. CONTESSA, *Ancora sul divieto extra moenia delle società degli enti locali: verso una nuova nozione di strumentalità?*, in *Urb. e app.*, 2010, 462; E. SCAGLIONE, *L'attività extra territoriale delle società miste: le esigenze della collettività locale prevalgono sulla libertà imprenditoriale*, in *Foro Amm. CDS*, 2008, 3389; R. CAMPORESI, *I vincoli dell'azione dell'ente locale a mezzo di società partecipate*, in *La finanza locale*, 2006, 57; L. MASI, *Società miste e extraterritorialità: due interventi simultanei del Consiglio di Stato*, in *Urb. e app.*, 2006, 324 ss.; M. DUGATO, *La concorrenza e*

le volto ad affermare che la società mista potesse legittimamente operare solo a favore della collettività stanziata nel territorio di competenza. Ma il collegamento con il territorio poteva essere individuato in senso funzionale, non dovendosi escludere attività svolte *extra moenia*, se riconducibili, in termini di utilità, anche indiretta, alla comunità locale rappresentata.

In altri termini, posto che la società mista è un vero e proprio imprenditore economico e rischia capitali appartenenti, parimenti, al soggetto privato e al soggetto pubblico, lo svolgimento, da parte della società mista, di attività extraterritoriale impone la concreta ed effettiva dimostrazione che l'attività costituente l'oggetto sociale sia vantaggiosa e non pregiudichi gli interessi della comunità locale (38).

L'orientamento predetto è stato ampiamente criticato in ragione del fatto che esso, nell'escludere la partecipazione dell'ente locale ad una società mista per ragioni di mera opportunità economica, ha introdotto ostacoli all'estensione dell'attività societa-

l'extraterritorialità nell'azione delle società a partecipazione pubblica locale, in *Giorn. dir. amm.*, 2005, 1054; S. ROSTAGNO, *Attività extraterritoriale e rischio di impresa nelle società di capitali partecipate dall'ente locale*, in *I Contratti dello Stato e degli Enti pubblici*, 2001, 519; F. GOISIS, *I limiti delle attività extra moenia delle società miste locali. Qualche riflessione critica anche alla luce del diritto comunitario*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2001, 560 ss..

(38) «Diversamente opinando, la società mista si qualificerebbe per rappresentare un mero organismo di intermediazione in tutti i campi in cui si estendono le funzioni di un ente pubblico locale, con gravissime ripercussioni sul corretto funzionamento del mercato e con stravolgimento dei fondamentali principi di concorrenza e di parità di trattamento tra imprese pubbliche ed imprese private, atteso che proprio il rischio imprenditoriale e la conseguente perdita del capitale non incomberebbe sulla società in quanto tale, ma sulla collettività, cui soltanto in definitiva appartiene e che in ogni caso non potrebbe esercitare alcun controllo. Pertanto, pur non essendo vietata dall'ordinamento l'attività imprenditoriale extraterritoriale delle società miste, essa è inammissibile ogniquale volta sia giustificata solamente dal mero ritorno economico dell'appalto»; questa è, ad esempio, la tesi di Tar Lombardia, Milano, Sez. I, 9 maggio 2008, n. 1552. Analogamente, Cons. St., Sez. V, 25 agosto 2008, n. 4080. Più di recente, Cons. St., Sez. V., 11 gennaio 2011, n. 77.

ria (39), basata su logiche imprenditoriali.

Su questo tema incide ora, in maniera assai rilevante, il regime introdotto dalla Legge Finanziaria per il 2008 che, come si è detto, ha sancito il divieto, per gli enti locali, di partecipare a società miste per attività non strettamente riconducibili al perseguimento di un interesse pubblico facente capo all'ente stesso. Ne è risultato ulteriormente rafforzato il legame tra ente locale e interessi della collettività di riferimento.

Per affrontare, in chiave critica, la problematica i cui termini essenziali sono stati appena riassunti, occorre bene intendere quale debba essere il legame tra Comune e territorio, alla luce, da un lato, della capacità giuridica generale riconosciuta all'ente pubblico, e, dall'altro, dei vincoli derivanti dalla legge e dagli usi osservati come diritto pubblico.

3.2.1.2. *Il legame tra Comune e territorio alla luce della capacità giuridica generale e del rapporto tra potere negoziale e discrezionalità*

Gli enti territoriali, tra cui il Comune, si caratterizzano per essere inseriti nel circuito democratico e disporre del potere di indirizzo politico-amministrativo, fondando la propria legittimazione nel principio democratico; al fine di rispondere ai bisogni della collettività, gli enti locali hanno fini generali e sono "esponenti di un gruppo (sociologicamente inteso) il cui criterio di coesione è dato dal luogo ove si svolge la vita dei suoi membri" (40).

A rigore, ciò non significa però che sia ad essi vietata l'attività svolta al di fuori del proprio territorio. Altrettanto vero è che alcuni principi essenziali dell'azione amministrativa, come il principio di sussidiarietà, che valorizza l'iniziativa dei soggetti privati, e il principio di proporzionalità, teso, in questa accezione, ad

(39) Questa è, ad esempio, l'impostazione seguita da F. GOISIS, *I limiti delle attività extra moenia delle società miste locali*, cit., *passim.*

(40) F. G. COCA, *Organizzazione amministrativa*, in L. MAZZAROLLI - G. PERICU - A. ROMANO - F. A. ROVERSI MONACO - F. G. COCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, cit., 321.

eliminare, se non dove sia strettamente necessario, la dispersione dei fondi rispetto ad attività di diretto ed immediato giovamento per la collettività locale, spingono a concentrare gli interventi all'interno dei confini territoriali dell'ente.

Un esempio interessante di come possa essere affrontato il tema del legame tra territorio e società partecipate si rinviene, ancora una volta, nella recente legislazione francese (41), che ha istituito un nuovo tipo di società locali, le *société public locales* (SPL), per attività di pubblico interesse, composte da capitale interamente pubblico e da almeno due Comuni. In questo caso, a differenza di quanto accade per le *société d'économie mixte locale*, che dal 1985 (42) possono svolgere attività anche al di fuori dei limiti territoriali degli enti locali partecipanti, esse godono di una capacità d'agire territorialmente limitata ai confini degli enti pubblici che ne sono soci.

Si intuisce che la limitazione alla capacità d'agire deriva dalla natura interamente pubblica della società, che deve coincidere esattamente con l'ambito di operatività degli enti locali soci. La stessa coincidenza non potrebbe aversi ove alla società partecipino anche dei soggetti privati, la cui azione non deve essere necessariamente legata ad un determinato territorio, potendo seguire liberamente la spinta dell'interesse economico.

Dunque, l'esperienza francese ci consente di mettere in evidenza che, con riferimento al legame col territorio, il trattamento delle società miste potrebbe ben essere diverso da quello delle società interamente pubbliche.

Perciò, tornando alla decisione di costituire o di partecipare a società miste, è la discrezionalità amministrativa a contemperare esigenze di interesse pubblico e confini territoriali (43); quando siffatta discrezionalità porti all'adozione di strumenti civilistici, quale è la partecipazione in società, il nesso con le esigenze della collettività di riferimento va rimesso alle valutazioni politico-

(41) Con la legge n. 559 del 28 maggio 2010.

(42) Circolare del Ministero dell'Interno 17 luglio 1985.

(43) Si ritorna così al nodo cruciale del rapporto tra discrezionalità amministrativa e potere negoziale: cfr., capitolo terzo par. 2.

amministrative dell'ente, da rendersi trasparenti nelle logiche dell'evidenza pubblica.

Se poi si voglia contestare il rapporto tra oggetto dell'attività della società e perseguimento dell'interesse pubblico affidato all'ente pubblico socio, si tratterà di contestare la manifestazione, discrezionale, del potere amministrativo, a nulla valendo un'azione volta a far dichiarare la nullità del contratto di società eventualmente concluso in difetto del suddetto presupposto. Perché la questione non riguarderebbe mai la capacità dell'ente che ha agito, generale appunto, sibbene l'uso del potere discrezionale e, perciò, la fase pubblicistica, autonomamente svoltasi (44).

Così, ad esempio, risulterà ammissibile la partecipazione di un Comune ad una società mista che si occupi della costruzione di una strada provinciale, il cui percorso cada pure al di fuori del Comune di riferimento, mentre sarà difficile ritenere che porti giovamento alla comunità locale la partecipazione dello stesso Comune ad una società che si occupi, con un oggetto sociale specifico, di partecipare a gare per la costruzione di infrastrutture in tutta Italia. Tuttavia, anche in quest'ultimo caso, la legittimità (dal punto di vista amministrativo) della decisione di acquistare partecipazioni in società non può essere esclusa a priori, dipendendo dalle ragioni che supportano la decisione, discrezionale, dell'amministrazione. Ad esempio, ove si trattasse di dotarsi di competenze da utilizzare in seguito sul territorio comunale, l'ente locale potrebbe difendere la propria scelta: la legittimità del percorso amministrativo dipenderà dalle ragioni addotte a supporto della decisione discrezionale assunta.

Ciò vale per le scelte contenute nello statuto della società mista o per le decisioni che transitino dall'assemblea; quando invece la decisione dipenda dagli amministratori della società, si è già visto, al precedente par. 2.2., che la discrezionalità amministrativa lascia il posto alle logiche imprenditoriali cui gli amministratori sono necessariamente tenuti.

(44) Sul rapporto tra illegittimità della fase pubblicistica e invalidità del contratto: cfr. capitolo quarto par. 5.

Bisogna pertanto tenere conto che, una volta istituita la società e quindi verificata la coerenza dell'oggetto sociale con i fini istituzionali del Comune, derivanti dalla legge o dallo Statuto dell'ente, non ogni attività/atto della società dovrà essere confrontato con i predetti limiti, in quanto i singoli episodi di attività sociale potranno anche solo strumentalmente essere riconducibili all'oggetto sociale. Purché le decisioni assunte dalla società, compreso l'acquisto di partecipazioni, non determinino una modifica sostanziale all'oggetto sociale per come indicato nell'atto costitutivo.

L'impostazione suggerita non sembra creare problemi dal punto di vista operativo. Infatti, nel caso di società costituite come società miste, l'oggetto sociale viene definito in ragione dello scopo comune ai soci; dunque, nella fase istitutiva, non si rinven- gono particolari ostacoli per il rispetto dei vincoli gravanti sul soggetto pubblico.

Anzi, nelle ipotesi che stiamo considerando (ossia nelle società miste di nuova istituzione), la definizione dell'oggetto verrà a coincidere con una decisione, unilaterale, dell'amministrazione. Infatti, quando si procede alla pubblicazione dei documenti della gara per la scelta del socio, viene reso noto lo Statuto della società mista, sul quale si misura l'interesse dei concorrenti oltre che l'offerta degli stessi. In questa situazione, il soggetto pubblico è in grado di calibrare, fin dall'inizio, l'oggetto sociale sulla base delle proprie esigenze.

Qualora, invece, il Comune intenda acquistare partecipazio- ni in società già attive sui mercati, affinché si manifesti in maniera legittima siffatta decisione, occorre che l'oggetto sociale sia com- patibile con gli interessi della collettività di riferimento, colti in concreto con riguardo alla propria programmazione politico- amministrativa dell'ente.

In conclusione, non è l'oggetto sociale ad essere direttamen- te limitato dalla presenza di norme pubblicistiche, quanto piutto- sto il potere discrezionale dell'amministrazione, limitato, come si diceva, dall'individuazione dell'interesse pubblico concreto.

3.3. *Il necessario perseguimento delle finalità istituzionali, le partecipazioni indirette e la rilevanza dell'art. 2361 c. c.*

L'autonomia della società rispetto ai soci e quella del consiglio di amministrazione rispetto all'assemblea rischiano di compromettere il perseguimento delle finalità istituzionali cui l'ente pubblico è tenuto anche là dove si costituisca o si dia vita ad una società mista coerente con gli interessi della comunità locale.

La preoccupazione che la partecipazione in società possa dare luogo ad abusi, quanto alla deviazione dal collegamento con il fine pubblico, soprattutto tramite l'acquisto di ulteriori partecipazioni o di iniziative che provengano direttamente dagli organi sociali, infatti, ha indotto il legislatore, con la Legge Finanziaria per il 2008, ad estendere il divieto all'assunzione di partecipazioni, anche di minoranza, in società che non abbiano per oggetto lo svolgimento di attività strettamente necessarie al perseguimento delle finalità istituzionali dell'ente. Il divieto sancito dalla norma non riguarda però la società, ma l'ente pubblico socio. Perciò una sua eventuale elusione non comporterebbe una nullità dell'acquisizione eventualmente deliberata dal consiglio di amministrazione, non rientrando nei casi di nullità previsti dal codice civile, ma una responsabilità dell'amministratore espressione del socio pubblico nelle sedi competenti.

Può quindi dirsi totalmente libera l'attività della società mista che ramifichi le proprie partecipazioni in altre società, dando vita ad un gruppo?

La risposta al quesito posto, che nella prassi applicativa assume un rilievo determinante, deve essere negativa, in considerazione dei limiti posti dalla richiamata Legge Finanziaria e dal disposto dell'art. 2361 c. c. (norma applicabile alle società per azioni).

L'art. 2361 c. c. risponde al problema di verificare in che limiti sia consentito, ad una società per azioni, acquistare partecipazioni in altre società. Accertare se una società possa essere a sua volta titolare di un rapporto sociale, cioè se una società possa es-

sere socia di un'altra società, è una questione che attiene all'ambito della capacità giuridica della società (45).

In merito, l'art. 2361 c. c. (46) dispone che “L'assunzione di partecipazioni in altre imprese, anche se prevista genericamente nello statuto, non è consentita, se per la misura e per l'oggetto della partecipazione ne risulta sostanzialmente modificato l'oggetto sociale determinato dallo Statuto” (47). Come si diceva, la problematica considerata dal codice civile è analoga a quella in esame; in entrambe le ipotesi si tratta di disciplinare il rapporto di una persona giuridica - in un caso, l'ente locale, nell'altro, una società - con un'altra istituzione, che alla prima sia collegata.

La *ratio* della disposizione contenuta nel codice civile è quella di impedire che l'oggetto sociale, fissato nell'atto costitutivo, venga modificato, *in itinere*, dagli amministratori della società, senza passare attraverso le procedure previste dalla legge (assemblea straordinaria) ove si intenda conseguire tale risultato.

In sostanza, “la fattispecie identificata dal legislatore è quella di un atto gestorio difforme/contraddittorio rispetto al programma imprenditoriale statutariamente concordato (oggetto sociale)” (48).

La dottrina è divisa sulle conseguenze che derivano dall'assunzione di partecipazioni vietate. Secondo un primo orientamento l'assunzione di partecipazioni vietate configura il compimento di un atto estraneo all'oggetto sociale che rimane, tuttavia, in linea di principio, valido e impegnativo per la società, la quale potrà ottenere la declaratoria di inefficacia dell'atto di acqui-

(45) F. DI SABATO, *Diritto delle società*, Milano, 2005, 68.

(46) Cfr. N. ABRIANI, *Commento all'art. 2361*, in *Il nuovo diritto societario*, diretto a G. COTTIMO - G. BONFANTE - O. CAGNASSO - P. MONTALENTI, Bologna, 2004, 447 ss.; E. BARCELLONA, *Commento all'art. 2361*, in *Codice commentato delle Spa*, diretto da G. FAUCELLA - G. SCHIANO DI PEPE, Torino, I, 2006-2007, 305 ss..

(47) Secondo la Cassazione, per invocarsi la norma in oggetto, deve aversi, per effetto dell'acquisto delle partecipazioni, una modifica del programma di gestione della società che comporti una radicale alterazione della prospettiva imprenditoriale della partecipante, Cass., Sez. I, 6 giugno 2003, n. 9100.

(48) E. BARCELLONA, *Commento all'art. 2361*, cit., 308.

sto solo in base alla regola generale di cui all'art. 2384 c. c., secondo cui occorre fornire la prova che il terzo abbia agito con l'intenzione di recare pregiudizio alla società (49), ferma restando la rilevanza interna dell'atto gestorio *contra legem* sotto il profilo della responsabilità degli amministratori.

Secondo altra tesi, che valorizza la natura autonoma dell'art. 2361 c. c. rispetto ai principi generali in tema di poteri di rappresentanza degli amministratori (da ricondursi sempre ai limiti "contrattuali" dell'oggetto sociale), la disposizione in commento potrebbe essere interpretata come istitutiva di un divieto legale *ad hoc* rispetto ad atti gestori particolarmente "gravi", per i quali, eccezionalmente, dovrebbe ammettersi un effetto invalidante anche di fronte alla presenza di terzi in buona fede che confidino sulla validità dell'atto (50).

Segnala, la dottrina civilista, la scarsa applicazione della previsione citata, in considerazione dell'estrema difficoltà di provare una modifica sostanziale all'oggetto sociale che derivi dall'acquisto di partecipazioni.

La norma, invece, potrebbe avere grande significato se riportata al nostro caso. Infatti, poiché, come illustrato nel precedente paragrafo, la partecipazione dell'ente locale a società deve necessariamente rivolgersi a situazioni in cui l'attività che costituisce l'oggetto sociale rappresenti il perseguimento di finalità istituzionali del socio pubblico, l'acquisto di partecipazioni in altre società, che non abbiano come oggetto sociale attività riconducibili alle finalità istituzionali dell'ente, dovrebbe ritenersi vietata perché modificherebbe, in senso sostanziale appunto, l'oggetto sociale della società acquirente. Sarebbe viceversa da ammettersi l'operazione che consenta di mantenere il legame tra scopi pubblici e attività della società di cui si acquistino azioni o quote, anche nell'ottica di creare una *holding* pubblica.

(49) In questo senso si sono espressi, N. ABRIANI, *Commento all'art. 2361*, cit., 449; E. BARCELLONA, *Commento all'art. 2361*, cit., 310.

(50) Ricostruzione ipotizzata, ma per rifiutarla, da E. BARCELLONA, *Commento all'art. 2361*, cit., 311.

A completamento del ragionamento svolto, si tenga presente che, data l'interpretazione maggioritaria, la violazione del predetto divieto non sarebbe opponibile ai terzi e pertanto varrebbe solo come condotta volta a comportare una responsabilità degli amministratori.

La suggerita lettura delle previsioni civilistiche avrebbe l'effetto, inoltre, di frenare la costellazione irrazionale che spesso deriva, per filiazione, dalle società con partecipazione pubblica di primo livello.

3.4. *Dubbi sulla compatibilità delle società con partecipazione pubblica non di controllo con le premesse poste*

Prima di passare oltre, resta da sollevare un'ultima perplessità.

Affinché il perseguimento delle finalità istituzionali incida sull'attività della società, è necessario non solo che la società sia istituita con un oggetto sociale coerente con la presenza in essa, come socio, del Comune, ma che tale oggetto sociale si mantenga per tutto il tempo in cui l'ente locale rimanga socio.

Che cosa accade allora al perseguimento delle finalità istituzionali dell'ente nelle ipotesi in cui esso non abbia il controllo della società? È facile prevedere che il collegamento di cui si è detto possa venire frustrato dalle decisioni del socio di controllo.

Il Testo Unico degli enti locali, all'art. 116, ha previsto espressamente la possibilità di dare vita a società miste senza il vincolo della proprietà pubblica maggioritaria. Sebbene la norma faccia riferimento ad una percentuale di capitale sociale, e non al controllo, che può evidentemente sussistere anche in una situazione in cui il soggetto pubblico non abbia la maggioranza delle azioni o delle quote sociali, essa ha dunque legittimato le partecipazioni di minoranza nelle società miste.

Vi è però da chiedersi, a questo punto, se tali partecipazioni si giustifichino come espressione dell'attività d'impresa del Comune, vincolata alle finalità istituzionali dell'ente, ovvero se rispondano a schemi concettuali diversi.

Poiché, come si è visto, la necessità di mantenere saldo il collegamento di cui si parlava, tra ambito delle finalità istituzionali e attività della società, non prevede eccezioni, né nella legislazione vigente né nella ricostruzione teorica che si è cercato in questa sede di fornire, si ritiene che le società miste minoritarie risultino ammissibili solo nei limiti in cui vengano individuati dei sistemi, contrattuali, che consentano, anche tramite la stipula di patti parasociali, il mantenimento del legame che giustifica la presenza del socio pubblico nel veicolo societario (51).

Quindi, qualora si tratti non di società di nuova costituzione, ma di società già operative di cui il Comune decida di acquistare delle quote o delle azioni di minoranza, l'ingresso del socio pubblico dovrebbe comportare l'introduzione di modifiche statutarie che consentano di recepire le regole (e la logica) di cui si è detto.

La preoccupazione sollevata, del resto, pare trovare eco in dottrina, là dove si valorizza qualche sporadico intervento giurisprudenziale in cui si è ritenuto di ammettere la partecipazione pubblica minoritaria purché consenta all'ente locale di esercitare un controllo sulla società dando un indirizzo preciso alla scelta di allocazione delle risorse pubbliche di cui essa è una conseguenza (52).

In quest'ottica vi è da chiedersi se l'insistenza del legislatore che, in tema di società miste, ha di nuovo previsto che il soggetto privato non possa possedere meno del 40% del capitale sociale (53), autorizzando quindi situazioni fisiologicamente di minoranza del soggetto pubblico, sia coerente con il quadro derivante dai principi del sistema, che abbiamo sinora individuato.

(51) Va ricordato che l'influenza dominante dell'ente locale potrebbe dipendere anche da «particolari vincoli contrattuali», che leghino la società al soggetto pubblico.

(52) Sul tema: V. COCUCCI, *La responsabilità degli amministratori nelle società miste a partecipazione pubblica minoritaria tra azione endosocietaria ed azione erariale*, in *Il dir. dell'econ.*, 2009, 179.

(53) Ribadita dall'art. 4 del D. L. n. 138/2011.

4. *La sana e prudente gestione del patrimonio pubblico. Il divieto delle partecipazioni meramente speculative, la gestione delle società miste e l'impiego degli utili*

Vista nella prospettiva dell'istituzione di una società mista e fermo restando quanto finora precisato, poiché l'azione dell'amministrazione deve rispettare le regole della sana e prudente gestione del patrimonio pubblico, la decisione di partecipare ad una società, che comporta certamente un investimento (se non in termini immediati almeno nel medio periodo), non può riguardare iniziative che, al momento del loro concepimento, siano mosse da un mero intento speculativo.

Del resto, da quanto detto sinora, si è avuta la conferma di quanto sostenuto in dottrina: “*ora il pubblico potere, se acquista azioni sociali, fa ciò non per investimento, ma per un fine d'interesse pubblico, che si puntualizza in una presenza attiva in quella società*” (54).

Per lo stesso motivo per cui abbiamo escluso, appunto in applicazione dei principi di sana e prudente gestione, che un ente pubblico possa acquistare azioni in una società quotata senza averne il controllo, partecipando all'azionariato diffuso, è da escludersi anche che la costituzione di una mista venga motivata esclusivamente da uno scopo meramente speculativo. Ciò tuttavia non significa che qualsiasi elemento di rischio debba essere evitato.

Anche perché l'assunzione di attività a proprio rischio è una componente essenziale dell'esercizio dell'attività d'impresa e, poiché costituire una società mista equivale a dare vita ad una realtà imprenditoriale, il rischio di impresa appare ineliminabile, a meno di considerare vietata la partecipazione in società soggette al regime del diritto comune. In altre parole, risultano coerenti con i vincoli strutturali dell'ente locale le partecipazioni giustificate dal perseguimento diretto dell'interesse pubblico (e dunque non meramente speculative), pur se rischiose.

Parimenti, il mantenimento delle azioni di una società quotata in borsa, che risulti dallo sviluppo in chiave economico e im-

(54) M. S. GIANNINI, *Le imprese pubbliche in Italia*, cit., 267.

prenditoriale dell'esperienza di una società partecipata nata con altra natura, appare di per sé compatibile con i principi enucleati con il presente studio, purché la partecipazione dell'ente locale non finisca con l'essere meramente speculativa e assicuri invece dei vantaggi alla collettività di riferimento.

In alcuni momenti storici, il vantaggio potrebbe consistere anche nella possibilità, per il Comune, di godere dei dividendi della società, in caso di esercizio in attivo della gestione sociale, utilizzando quanto incassato a tale titolo per far fronte a spese cui diversamente il Comune stesso non sarebbe in grado di provvedere con le proprie altre risorse. Va tenuto presente che, in casi siffatti, non varrebbe obiettare che l'attività della società mista non si pone come diretta soddisfazione degli interessi della collettività locale e dunque dovrebbe considerarsi a rischio di illegittimità.

Il criterio della sana e prudente gestione del patrimonio pubblico, inteso in senso restrittivo, vale nelle ipotesi in cui la partecipazione ad una società mista sia onerosa (55).

A questo proposito, è possibile distinguere, a soli fini descrittivi, le situazioni in cui la presenza dell'ente locale in società risulti gravosa, dal punto di vista economico, per l'ente socio, dalle situazioni in cui, invece, la presenza nella società del socio pubblico si risolva solo in nuove entrate. Generalmente, l'ipotesi descritta per ultima è connessa ad una fase matura di attività della società mista, mentre la prima riguarda l'avviamento, che comporta spesso esborsi da parte dell'ente pubblico (anche se quest'ultimo tenderà a ribaltare i costi sul socio privato). Una volta poi che la società sia operativa nel proprio settore di riferimento, in una logica di corretta gestione manageriale del veicolo socie-

(55) Risulta, ad esempio, da una recente inchiesta pubblicata sul quotidiano *Il Sole 24 ore* del 10 maggio 2011, che, grazie ai dividendi raccolti dalle 15 società per azioni cui il Comune di Milano partecipa, il bilancio comunale può essere chiuso in pareggio; tali entrate, per la prima volta, non verranno destinate a finanziare nuovi investimenti, ma serviranno a coprire le spese ordinarie dell'amministrazione comunale. In questo senso può meglio apprezzarsi la rilevanza economica e strategica delle partecipazioni azionarie degli enti locali.

tario, la società mista non dovrà più gravare sul bilancio dell'ente, se non in situazioni eccezionali, come, ad esempio, nelle ipotesi di aumento di capitale.

In questo caso, il principio di sana e prudente gestione del patrimonio varrebbe come limite esterno volto ad evitare operazioni ad alto rischio sul capitale investito.

Così stando le cose, si può affermare che il principio di sana e prudente gestione del patrimonio pubblico rileva soprattutto nella fase istitutiva della società mista, ossia nella fase in cui vengono a valutarsi l'investimento e la sua gravosità, mentre, successivamente, esso comporta che l'ente debba attentamente vagliare tutte le operazioni che implicino un rischio economico sulla tenuta dell'investimento effettuato (come la stipula di contratti aleatori in senso proprio), negando la propria approvazione, in virtù del principio di precauzione, alle operazioni che allontanano l'azione della società dagli interessi diretti della collettività locale. Del resto, il livello di propensione al rischio dell'ente pubblico socio non è identico a quello dei privati, i quali non sono tenuti a rendere conto a terzi del proprio operato e delle conseguenze dello stesso (in virtù delle dinamiche dell'autonomia privata).

Tuttavia, anche in questo caso, si tratta non di vincoli che condizionano il contratto di società, ma di limiti connessi alla natura pubblica di uno dei soci, che non si trasmettono direttamente sulla società, pena, tra l'altro, la violazione del principio di parità tra i soci, ripetutamente affermato in ambito europeo (56).

(56) Aspetto, questo, ampiamente approfondito da F. GOISIS, *La natura delle società a partecipazione pubblica tra interventi della Corte di Giustizia e del legislatore nazionale*, cit., 396 ss. che segnala come sia «difficile negare la astratta rilevanza, per il nostro discorso, del principio di parità di trattamento, principio da taluno addirittura individuato come fondante dell'intero diritto comunitario societario, e, da ultimo, riaffermato, quanto all'esercizio del diritto di voto nelle società quotate, dalla direttiva 07/36/CE, e quindi di indubbia attualità: non è arduo convenire che, una volta applicato con un qualche rigore, il principio si porrebbe in contrasto con la pretesa di ritenere *ex se*, ossia senza il fondamento di precise e predeterminate scelte legislative (a loro volta da sindacare, come meglio vedremo dopo, nella loro ragionevolezza e non contrarietà alle libertà economiche comunitarie), la partecipazione pubblica capace di imporre un su-

Per questo si condivide (57) la necessità che il controllo sulla corretta utilizzazione del denaro pubblico avvenga principalmente nella fase dell'acquisto delle quote societarie (acquisto di primo livello o dei livelli successivi) e non in quella dello svolgimento concreto dell'attività sociale, in relazione al quale, come si vedrà, il principio di sana e prudente gestione può comportare un'azione di responsabilità amministrativa davanti alla Corte dei Conti solo in ipotesi del tutto peculiari. Infatti, una volta istituita la società essa è strutturalmente identica alle altre società operanti sul mercato.

4.1. *Il principio di sana e prudente gestione e il fenomeno della holding pubblica*

Secondo l'impostazione proposta nel presente lavoro, che si è sviluppata attraverso l'interpretazione dell'art. 11 del codice civile, il Comune, come gli altri enti pubblici, ha capacità giuridica generale e dunque può godere e disporre degli strumenti offerti dal codice civile, nei limiti di quanto eventualmente previsto in leggi e usi osservati come diritto pubblico. Ciò significa altresì, come si è detto, che ove si determini a costituire o partecipare ad una società, il Comune medesimo è soggetto alla disposizioni del diritto *comune* societario.

Tra queste disposizioni occupano un ruolo specifico, specialmente in seguito alla riforma del diritto societario, quelle dettate in tema di gruppi.

Secondo il diritto commerciale, il gruppo di società è “*un'aggregazione di imprese societarie formalmente autonome ed indipendenti l'una dall'altra, ma assoggettate tutte ad una direzione unitaria*” (58).

peramento-attenuazione dello scopo lucrativo, a favore dello scopo particolare di uno dei soci (quello pubblico)».

(57) F. G. SCOCA, *Il punto sulle c.d. società pubbliche*, cit., 253.

(58) G. F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, Torino, ristampa 2011, vol II, 289. Definizioni piuttosto simili si trovano in quasi tutti i manuali di diritto commerciale e societario.

Alla luce della definizione appena citata è dato immediatamente di cogliere che la disciplina dei gruppi potrebbe riguardare anche le ipotesi in cui diverse società siano soggette alla direzione unitaria di un ente pubblico e, per quanto a noi interessa, del Comune.

Vediamo quando.

Abbiamo constatato, tramite l'esame delle norme in tema di società partecipate dal Comune e dei principi applicabili all'esercizio dell'attività di impresa da parte degli enti pubblici, la presenza di almeno tre tipi di società partecipate: società interamente pubbliche; società miste con partecipazione pubblica maggioritaria; società miste con partecipazione pubblica minoritaria. Queste società, ciascuna indipendente dall'altra, rispondono, ove partecipate in via prevalente dal Comune e/o da esso controllate secondo la nozione di cui all'art. 2359 del codice civile, alla *direzione unitaria* esercitata dall'amministrazione comunale (59), cioè ad un unico e coordinato indirizzo strategico espresso tramite direttive gestionali dell'ente pubblico, vincolanti per le imprese controllate, e adottate nell'interesse del gruppo.

Si può affermare con certezza la dominanza pubblica per le società *in house* (dati i requisiti richiesti dalla giurisprudenza europea per integrare il c.d. controllo analogo che legittima la gestione *in house providing*), mentre potrà essere necessario verificarla in concreto nelle altre due ipotesi: in particolare, nel caso delle società miste, con partecipazione pubblica di minoranza, in cui il soggetto pubblico rappresenta solo una quota di capitale sociale, si tratterà di accertare se l'ente pubblico sia in grado di influire, in maniera determinante, sulle decisioni societarie. Nel caso di socie-

(59) In verità, individuare una nozione condivisa del concetto di *direzione unitaria* è molto complesso; la dottrina è divisa tra chi ritiene sufficiente il coordinamento infragruppo e chi invece considera necessario l'accentramento di funzioni gestorie vere e proprie nella capogruppo, con la stipula del c.d. *contratto di dominio*. Sul punto, si vedano i recenti contributi di P. SERRAO D'ACQUINO, *La nozione di direzione unitaria e la dipendenza economica di società*, in *Giur. merito*, 2010, 2748 ss.; R. RIVARO, *Attività di direzione e coordinamento e regolamenti di gruppo*, in *Giur. comm.*, 2010, 296 e A. VALZER, *Il potere di direzione e coordinamento di società tra fatto e contratto*, in *Il nuovo diritto delle società*, 2007, 833 ss..

tà miste con partecipazione pubblica di maggioranza, occorrerà accertarsi che non vi siano patti tra i soci che affidino la *governance* al soggetto privato.

Ebbene, poiché è frequente che facciano capo ad un soggetto pubblico partecipazioni in società diverse (maggioritarie pubbliche, minoritarie pubbliche o totalmente pubbliche), ci si deve interrogare se sia o meno applicabile la disciplina civilistica prevista per i gruppi e, in caso di risposta affermativa, in che termini (60). Il profilo più problematico concerne, naturalmente, l'eventuale applicabilità del regime specifico in tema di responsabilità della *holding*.

In termini generali, la questione si può porre a due distinti livelli.

Il primo è quello che riguarda l'ascrivibilità degli enti pubblici, e quindi anche del Comune, nella categoria delle società o

(60) Sul tema della *holding* pubblica, si possono consultare anche alcuni manuali recenti specificamente dedicati al tema della *governance* locale, tra cui M. ATELLI - C. D'ARIES, *La public governance nei servizi pubblici locali*, Il sole 24 ore, Milano, 2006; S. CARPACCI - F. MORETTI, *Attività di controllo sui servizi pubblici locali: strumenti di natura pubblicistica*, Rimini, 2006; C. D'ARIES, *L'attività di direzione e coordinamento. Riflessi sulla controllante e sulle controllate*, in *Riv. Azienditalia*, 10/2005; F. GRANDIS, *Gli enti locali come holdings: problemi di governance e di informativa*, in *Amm. e cont. dello Stato e enti pubbl.*, 2007, 410 ss.; F. FONTANA - M. ROSSI, *L'ente locale come holding pubblica e il controllo sulle società partecipate*, in *Nuova rass. leg. dottr. giur.*, 2006, 2426; G. BASSI, *La funzione di direzione e coordinamento nel gruppo pubblico locale: qualche considerazione sul nuovo istituto societario dal punto di vista dell'ente locale*, in *App. contr.*, 2006, 27 ss.; R. MASTROFINI, *Il comune holding nella gestione dei servizi pubblici locali: il bilancio consolidato*, in *Comuni d'Italia*, 2006, 34; L. VENTURINI, *L'azione di responsabilità amministrativa nell'ambito delle società per azioni in mano pubblica. La tutela dell'interesse pubblico*, in *Foro Amm. CDS*, 2005, 3432; G. GROSSI, *Il gruppo comunale e le sue dinamiche economico-gestionali*, Padova, 2001.

Sul tema indicazioni sulla corretta gestione del gruppo si ritrovano nella Circolare Assonime n. 44/2006, *Direzione e coordinamento di società. Profili di organizzazione e responsabilità del fenomeno del gruppo*, in *Riv. Soc.*, 2006, 1097.

In dottrina si è interessato dell'applicabilità delle regole in tema di *holding* alla realtà delle partecipazioni comunali L. R. PERFETTI, *Il Consiglio di Stato e il diritto societario*, in *Foro Amm. CDS*, 2006, 3352 ss., a partire dalla seguente considerazione: «che un ente pubblico possa esercitare concretamente (...) poteri di direzione e coordinamento su società di capitali è difficile da escludere», 3363.

“enti” che rappresentano la “holding”, ossia il soggetto cui sono riconducibili le funzioni di direzione e coordinamento (61) delle imprese appartenenti al gruppo (62).

La tesi che induce a ritenere applicabili all'ente pubblico le regole in tema di *holding* scaturisce dalla descrizione del fenomeno colto nel suo concreto esplicitarsi: in presenza di una pluralità di società controllate dall'ente locale, quest'ultimo ha la possibilità di influenzare, tramite i poteri che possiede come socio, l'attività delle società. In quest'ottica, il Comune potrebbe assumere la veste della *holding*, rappresentando, esso stesso, la persona giuridica cui ricondurre l'attività di direzione e coordinamento del gruppo. Se così fosse, nascerebbero una serie di problemi interpretativi di

(61) In assenza di una chiara definizione dell'istituto, secondo la Cassazione è ravvisabile un'attività di direzione e coordinamento quando vi sia «l'esistenza di un collegamento sul piano organizzativo fra più unità produttive al fine di una migliore attuazione degli obiettivi perseguiti dal complesso», Cass. 21 gennaio 1999, n. 521.

Per apprezzare le origini e gli sviluppi della nozione di controllo societario, v. M. LAMANDINI, *Il controllo. Nozione e tipo nella legislazione economica – Quaderni di giurisprudenza commerciale*, Milano, 1995.

Uno specifico contributo dedicato ad approfondire gli effetti della partecipazione del Comune in una pluralità di società, anche se precedente alla riforma del diritto societario e con taglio prevalentemente aziendalistico economico, è quello di G. GROSSI, *Il gruppo comunale e le sue dinamiche economico-gestionali*, Padova, 2001.

(62) « È comunemente detta *holding* l'entità che, in forza della propria partecipazione di controllo, di diritto o di fatto, o in forza di particolari vincoli contrattuali, esercita su una o più società l'attività di direzione e coordinamento, ponendosi così a capo di un gruppo di società. La sua funzione è, essa stessa, una funzione imprenditoriale, corrispondente alla funzione di direzione strategica e finanziaria che è presente in ogni impresa. Nelle imprese isolate questa funzione si somma alle funzioni operative, che attengono alla produzione o allo scambio di beni o di servizi. Nei gruppi, invece, essa si separa dalle funzioni operative, dando luogo al fenomeno per il quale l'impresa si scompone in una pluralità di separate fasi, esercitate ciascuna da un soggetto diverso; sicché la *holding* esercita in modo mediato e indiretto, secondo una formula da tempo consolidata in giurisprudenza, la medesima impresa che le controllate esercitano in modo immediato e diretto», F. GALGANO, *Diritto commerciale*, cit., 209 e ID., *I gruppi della riforma delle società di capitali*, in *Contr. Impr.*, 2002, 1015 ss..

non facile soluzione (63).

In particolare, come si accennava, la questione più delicata riguarderebbe l'applicabilità delle regole in tema di responsabilità della *holding*, che il codice civile, con la riforma del diritto societario, ha introdotto.

Segnatamente, l'art. 2497 del codice civile (64) ha previsto la diretta responsabilità delle società o degli enti che, esercitando attività di direzione e coordinamento ai sensi del codice civile, agiscano *nell'interesse imprenditoriale*, proprio o altrui, in violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale delle società appartenenti al gruppo (65). Sicché si capisce che è fondamentale interrogarsi sulla qualificazione del Comune, persona giuridica pubblica cui fanno capo i rapporti con le società da esso controllate, come *holding*.

La norma appena ricordata è stata oggetto di un'interpretazione autentica, fornita dall'art. 19 comma 6 del D. L. 1 luglio 2009, n. 78, conv. in legge 3 agosto 2009, n. 102 e ha chiarito che *“l'art. 2497, primo comma, del codice civile si interpreta nel senso che per enti si intendono i soggetti giuridici collettivi, diversi dallo Stato, che detengono la partecipazione sociale nell'ambito della propria attività imprenditoriale ovvero per finalità di natura economica e finanziaria”*.

(63) «La posizione dell'ente pubblico quale soggetto che, esercitando poteri di direzione e coordinamento su imprese, assume la posizione di capogruppo pone una serie di problemi interpretativi non piccoli, che vanno dall'individuazione della sequenza procedimentale e provvedimentoale che precede le direttive confidenziali impartite agli amministratori alla relazione tra i fini di interesse pubblico che l'ente persegue in quanto tale e la profittabilità di singole operazioni per l'ente in qualità di socio, dalla coercibilità delle direttive dell'ente in quanto *holding* ed in quanto contenute in provvedimenti amministrativi alla responsabilità dell'ente pubblico per le conseguenze pregiudizievoli delle decisioni assunte nei confronti degli altri soci e dei creditori, alla relazione tra interesse del gruppo in quanto soggetto che opera in forma d'impresa e l'interesse pubblico che l'ente pubblico persegue in quanto tale», L. R. PERFETTI, *Il Consiglio di Stato e il diritto societario*, cit., 3363-3364.

(64) Si è interrogato sui riflessi della norma citata rispetto alle società partecipate da soggetti pubblici, C. IBBA, *Società pubbliche e riforma del diritto societario*, cit., spec. 6 ss..

(65) La previsione in tema di responsabilità è particolarmente decisa, anche perché la responsabilità in questione si presume «salvo prova contraria».

Per via della citata interpretazione la disciplina prevista in tema di responsabilità della *holding* è stata ritenuta applicabile, da una parte della dottrina (66), anche nei confronti degli enti pubblici, che siano intestatari di partecipazioni in posizione di controllo o di dominanza (67), e di soggetti pur non costituiti in forma societaria, con finalità sociali, tra cui gli enti *no profit*.

Questa immediata assimilazione degli enti pubblici alla categoria degli enti richiamati dall'art. 2497 c. c., al fine di uniformarne il regime della responsabilità, non convince, per una serie di ragioni.

Anzitutto, la precisazione che tra i soggetti giuridici collettivi non rientra lo Stato, potrebbe, al contrario, far ritenere che l'intenzione del legislatore sia stata quella di riferire la disciplina ai soggetti aventi natura solo associativa, che non siano però enti pubblici. Non si comprenderebbe, altrimenti, il regime differenziato tra lo Stato, pur esso persona giuridica di diritto pubblico, e gli enti pubblici territoriali (68).

In secondo luogo, l'art. 2497 c. c. individua, come immanente all'attività del soggetto che esercita la funzione di *holding*, un interesse di natura imprenditoriale, proprio o altrui.

Si tratta anzitutto di verificare se sia riferibile al soggetto pubblico il perseguimento di un *interesse imprenditoriale*.

In senso stretto, abbiamo già avuto modo di verificare che gli enti pubblici territoriali perseguono non interessi di natura im-

(66) Nel senso dell'applicabilità della norma anche agli enti pubblici si è espresso di recente F. GUERRERA, *Lo statuto della nuova società a partecipazione mista pubblico-privata*, in *Le società a partecipazione pubblica*, a cura di F. GUERRERA, Torino, 2010, 125 ss..

(67) La norma infatti è, secondo parte della dottrina, potenzialmente «applicabile ad ogni tipo societario, alle associazioni, alle fondazioni, alle mutue co-operative, agli enti pubblici e ad ogni altra forma di aggregazione degna di tutela giuridica», così si è espresso M. ATELLI - C. D'ARIES, *La public governance nei servizi pubblici locali*, cit., 53.

(68) Ritieni invece che la norma si applichi alle amministrazioni pubbliche ma non alle amministrazioni statali F. GUERRERA, *Lo statuto della nuova società a partecipazione mista pubblico-privata*, cit., 126.

prenditoriale, ma interessi di natura pubblica, che possono essere soddisfatti anche tramite attività di impresa (69).

La direzione e il coordinamento esercitati da un'amministrazione pubblica dovrebbero dunque indirizzare l'attività delle singole società verso il compimento di un *interesse generale* (dunque non di un interesse imprenditoriale), che giustifichi complessivamente lo specifico intervento pubblico nell'economia, esercitato tramite la partecipazione in diverse società. In altre parole, un gruppo di società soggette all'indirizzo e coordinamento del Comune dovrebbe essere uno strumento, attraverso la *governance* pubblica, della politica degli investimenti del Comune.

Se questa prospettiva è corretta, si potrebbe sostenere che gli interventi del Comune/*holding*, volti a indirizzare le società partecipate verso obiettivi di interesse pubblico, propri dell'amministrazione comunale, essendo ispirati non alla prevalenza dell'interesse imprenditoriale proprio o altrui in danno alle singole società del gruppo, bensì ad un generico interesse della comunità locale, non integrerebbero il precetto normativo in commento.

Infatti, l'art. 2497 c. c., sanzionando le condotte del soggetto che agisca "*con egoismo imprenditoriale*", prevede come elemento costitutivo della fattispecie di danno qualcosa di diverso dalla deviazione dallo scopo lucrativo, e dunque non vieta, *tout court*, decisioni dell'ente locale ispirate da esigenze esterne a quelle delle società partecipate (70).

Per questo, un recente contributo di uno studioso del diritto commerciale (71) ha messo in evidenza che "*per quanto la parola enti sia oggettivamente ambigua, risulta difficilmente configurabile un'attività*

(69) Capitolo secondo par. 4.3..

(70) Tra gli atti pregiudizievoli sono stati indicati, esemplificativamente, i seguenti: a) atti di disposizione su beni aziendali necessari per garantire il perseguimento dell'attività della società controllata in maniera economicamente efficiente; b) prestiti o garanzie rilasciate dalla controllata in favore della controllante, M. ATELLI - C. D'ARIES, *La public governance nei servizi pubblici locali*, cit., 54.

(71) M. CARLIZZI, *La direzione unitaria e le società partecipate dagli enti pubblici*, in *Riv. dir. comm.*, 1177 ss..

di direzione e coordinamento svolta dalla pubblica amministrazione che non fa questo di mestiere, che non ha fini imprenditoriali e – soprattutto – che non può emettere direttive giustificatamente pregiudizievoli.” (72).

Un'interpretazione volta ad escludere l'applicabilità dell'art. 2497 c. c. alla persona giuridica pubblica ci pare preferibile anche alla luce del quadro ricostruito nel capitolo precedente.

Se infatti fosse consentito chiamare l'ente pubblico a rispondere, come *holding*, ai sensi dell'art. 2497 c. c. per avere diretto il gruppo in funzione del perseguimento degli interessi ad esso attribuiti dalla legge, ciò comporterebbe anche la sua illimitata responsabilità per i danni subiti dai soci (73) o dai creditori sociali (74). Ma questo si porrebbe in contrasto con i principi della prevedibilità della spesa pubblica che, secondo il rinvio recettizio operato dall'art. 11 del codice civile, rendono inapplicabili le previsioni civilistiche in contrasto con i predetti principi.

In sostanza, riteniamo che il principio dell'obbligo di prevedibilità della spesa pubblica possa opporsi, strutturalmente, all'applicazione della norma in tema di responsabilità del gruppo, all'ente locale nella sua veste di persona giuridica pubblica.

(72) In realtà l'obiettivo dello studioso è quello di negare *tout court* l'applicabilità della disciplina dei gruppi alle amministrazioni pubbliche, per evitare che si crei un'area di libertà in cui la pubblica amministrazione possa utilizzare direttive gestionali pregiudizievoli per i soci ed i creditori pensando di ripianare successivamente eventuali perdite ed esimendosi dalla responsabilità prevista dalla norma in vista del perseguimento di un interesse pubblico. A supporto di questa tesi, si argomenta che: «una volta che l'ente pubblico locale abbia deliberato di esternalizzare quella specifica attività, di privatizzarla (seppur solo formalmente), utilizzando uno strumento societario e dunque sul presupposto che questa sia la scelta migliore, in quanto tipicamente si ritiene che questa sia la modalità più efficiente di gestione, non può poi tornare indietro e farsi *holding* operativa.», M. CARLIZZI, *ult. cit.*, 1198.

(73) Il danno che può essere subito dal socio consiste nella lesione del diritto alla redditività ed al valore delle partecipazioni societarie. Sul punto si veda ampiamente F. GALGANO, *Diritto commerciale*, cit., 258 ss..

(74) Il danno che può essere subito dal creditore sociale consiste nella lesione della garanzia patrimoniale. Va inoltre tenuto presente che l'azione in questione non elimina le altre azioni esperibili ai sensi del codice civile, a tutela dei soci e dei terzi.

È chiaro che l'interpretazione suggerita finisce con il sacrificare gli interessi dei creditori e dei terzi, protetti dalla nuova norma.

Tuttavia, anche a volere affermare l'applicabilità diretta dell'art. 2497 c. c. al Comune inteso come *holding pubblica*, poiché, come già ricordato, tutte le società appartenenti al gruppo partecipano al progetto di interesse pubblico che deve, a priori avere giustificato la presenza, come socio, del Comune (cioè l'ispirazione di realizzare interessi della collettività locale), dovrebbe comunque escludersi la responsabilità dell'ente pubblico ove i risultati ottenuti complessivamente dall'attività di direzione e coordinamento sulle proprie partecipate siano percepibili in termini di miglioramento dei servizi resi alla collettività e di realizzazione degli obiettivi del bilancio programmatico. La norma infatti consente alla capogruppo la facoltà di violare i principi di corretta gestione imprenditoriale e societaria a patto di attivare vantaggi compensativi di gruppo. Ed è chiaro che i vantaggi compensativi di una *holding pubblica* si potrebbero caratterizzare in maniera del tutto particolare rispetto a quelli di una *holding privata*.

Il secondo livello della questione posta dalla disciplina in tema di *holding* - decisivo ove si accettasse l'interpretazione qui suggerita - riguarda la possibilità per il Comune di costituire una società che assuma, essa stessa, le funzioni di dirigere e coordinare il gruppo delle società partecipate dall'ente locale.

Per questa via, il Comune eviterebbe, *tout court*, di essere chiamato a rispondere delle richieste, anche risarcitorie, di soggetti lesi, e il regime della responsabilità previsto dal codice civile ricadrebbe interamente sulla società *holding*, creata *ad hoc*, senza tangere i principi pubblicistici di cui si è appenda detto.

La creazione di una società c.d. "cassaforte", interamente posseduta, che assuma le funzioni di *holding*, verso cui l'ente dovrebbe far confluire le proprie partecipazioni, è stata di recente approfondita in vari contributi che ne hanno evidenziato le po-

tenzialità (75). Una parte dei commentatori (76) ha segnalato che la costituzione di un'apposita società cui delegare le funzioni di *holding* dovrebbe essere motivata ai sensi dell'art. 3 commi 27 ss. della Legge Finanziaria, rischiando di integrare i divieti ivi sanciti (77). Riteniamo, al contrario, che la costituzione di una *holding* non rientrerebbe nel genere delle condotte vietate ai sensi della citata norma, perché non si tratterebbe di una società avente per oggetto “attività di produzione di beni e di servizi”, ma solo di una modalità organizzativa per delegare la responsabilità della gestione del gruppo, a maggiore garanzia dei soci e dei creditori.

4.2. *Il doppio binario della responsabilità degli amministratori di società miste. L'affermazione delle regole di diritto comune e lo spazio che residua per la responsabilità contabile*

La permeabilità, entro limiti predeterminati, delle società miste alle esigenze del pubblico interesse e ai principi della sana e prudente gestione del denaro pubblico emerge anche ove si intenda ragionare sulla responsabilità degli amministratori nominati (direttamente o tramite l'assemblea) dall'ente locale come propri rappresentanti.

A proposito, si è assistito di recente ad una marginalizzazione della giurisprudenza contabile, in favore della giurisdizione ordinaria.

Proprio sul presupposto che la pubblica amministrazione possa agire, sempre nel perseguimento dei propri fini, sia tramite il diritto pubblico sia tramite il diritto privato, la Cassazione ha ritenuto che “il dato essenziale che radica la giurisdizione della Corte dei

(75) In linea generale, si è espressa favorevolmente a tale eventualità la Corte dei Conti sezione autonomie con deliberazione n. 13/2008. Indicazioni operative per la descrizione del fenomeno si trovano nel documento *Costituzione della holding* del maggio 2011 redatto dal Consiglio Nazionale dell'Ordine dei commercialisti.

(76) D. DI RUSSO - R. CAMPORESI - A. MIELE, *Holding pubblica*, in www.dirittodeiserviziipubblici.it e R. CAMPORESI, *Costituzione di società holding come modello di governance delle partecipazioni comunali*, *ivi*.

(77) Cfr. capitolo primo par. 7.1..

Conti è rappresentato dall'evento dannoso verificatosi a carico della pubblica amministrazione (si noti: non della società partecipata) e non più dal quadro di riferimento – pubblico o privato – nel quale si colloca la condotta produttiva del danno” (78).

Quello che va chiarito è che la premessa di un tale ragionamento non è affatto l'applicazione di regole diverse per gli amministratori di nomina pubblica e per gli amministratori di nomina privata, sibbene, al contrario, l'identità dei rispettivi diritti e obblighi.

Ciononostante, “*quel che appare certo è che la presenza dell'ente pubblico all'interno della compagine sociale ed il fatto che la sua partecipazione sia strumentale al perseguimento di finalità pubbliche ed abbia implicato l'impiego di pubbliche risorse non può sfuggire agli organi della società e non può non comportare, per loro, una peculiare cura nell'evitare comportamenti tali da compromettere la ragione stessa di detta partecipazione sociale dell'ente pubblico o che possano comunque direttamente cagionare un pregiudizio al patrimonio di quest'ultimo” (79).*

Per non incorrere in equivoci, conviene distinguere l'ipotesi in cui sia arrecato un danno alla società, da quella in cui sia arrecato un danno al socio.

Se l'azione è posta a tutela del patrimonio della società, dovrà affermarsi la giurisdizione civile, con esclusione della giurisdizione contabile (80), sul presupposto che il danno cagionato dalla *mala gestio* degli amministratori al patrimonio della società, sia un danno autonomo rispetto a quello cagionato, protetto dalle regole

(78) Da ultimo Cass. Sez. Un., 19 dicembre 2009, n. 26806. Ma già in precedenza Sez. Un., 25 maggio 2005, n. 10973; 20 giugno 2006, n. 14101; 1 marzo 2006, n. 4511.

(79) Cass. Sez. Un., 19 dicembre 2009, n. 26806.

(80) In quanto «da ben nota distinzione tra la personalità giuridica della società di capitali e quella dei singoli soci e la piena autonomia patrimoniale dell'uno rispetto agli altri non consentono di riferire al patrimonio del socio pubblico il danno che l'illegittimo comportamento degli organi sociali abbia eventualmente arrecato al patrimonio dell'ente: patrimonio che è e resta privato», Cass. Sez. Un., 19 dicembre 2009, n. 26806, punto 3.7..

espresse nel codice civile (81), pur ove dipenda dal perseguimento dell'interesse pubblico a discapito dello scopo lucrativo.

Ma, anche se il danno è arrecato al socio, sia nella disciplina delle società per azioni, sia in quella delle società a responsabilità limitata, è prevista la possibilità di esercitare l'azione civile.

Che spazio residua allora per la giurisdizione contabile?

Nella ricostruzione della Cassazione, viene affermato, anche in questi casi, il dominio del diritto civile e del suo giudice.

L'azione del procuratore generale della Corte dei Conti trova spazio, allora, solo in via residuale e sussidiaria, ogniqualvolta l'ente pubblico abbia subito una perdita di valore della propria partecipazione e non si sia avvalso dei poteri di azione, a tutela dei diritti del socio, attribuiti ad esso dal codice civile. In questo caso, la giurisdizione della Corte dei Conti si rivolge nei confronti dell'ente locale (e dei suoi organi e non verso gli organi della società) e si giustifica nell'ottica di proteggere la sana e prudente gestione del denaro pubblico, sanzionando le condotte con essa in contrasto.

Si viene così a distinguere nettamente l'ipotesi dell'azione del procuratore contabile, dotata di finalità sanzionatorie e rivolta alla tutela della sana e prudente gestione del patrimonio pubblico, e l'azione di responsabilità dei soci o dei creditori sociali, assoggettata alla disciplina civilistica e avente scopo ripristinatorio.

Il ridimensionamento della giurisprudenza della Corte dei Conti, frutto del richiamato orientamento delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione (82) che scarta la tesi in base alla quale si pretendeva (e ancora talvolta si pretende) di rinvenire un rapporto funzionale tra la società mista e l'ente pubblico (83), è coerente

(81) Da ultimo Cass. Sez. Un., 5 luglio 2011, n. 14655.

(82) Che ha superato l'orientamento precedente secondo cui, a partire dall'ordinanza n. 19667 del 2003, il riparto tra le giurisdizioni civile e contabile andava affermandosi unicamente in ragione della qualità del soggetto passivo e, pertanto, avendo riguardo alla natura - pubblica o privata - delle risorse finanziarie impiegate.

(83) Tesi che evidentemente stride con il progressivo riconoscimento della natura privata di questi soggetti e della loro conseguente assoggettabilità al regime del diritto comune.

con le critiche mosse in dottrina (84), che da tempo evidenziavano una contraddizione in termini tra la natura privata del nuovo soggetto e la sua soggezione alla giurisdizione contabile, concepita per le amministrazioni pubbliche e per i soggetti ad esse funzionalmente riconducibili (85), escludendo anche la compatibilità con le norme del codice civile della giurisdizione contabile per le

L'intenzione era quella di «snidare» la pubblicità reale dell'ente, al fine di evitare che la trasformazione degli enti pubblici economici in società di diritto privato potesse equivalere ad un azzeramento dei controlli pubblicistici precedentemente previsti e che si giustificava, quindi, con riferimento alle società interamente pubbliche o, comunque, operanti *in house*. Del resto, la crescente privatizzazione dell'amministrazione cui si è assistito a partire dalla fine degli anni novanta ha esteso l'area di attività che rischiava di essere sottratta al giudizio di responsabilità amministrativa rispetto al corretto impiego delle risorse pubbliche esercitato dalla Corte dei Conti.

Si veda sul punto F. LOMBARDO, *La giurisdizione della Corte dei conti sulle società a partecipazione pubblica nell'età del massimo confronto tra pubblico e privato: l'influenza della normativa comunitaria*, in *Foro amm.* CDS, 2005, 629, secondo cui «la giurisdizione della Corte dei conti, ai sensi del secondo comma dell'art. 103, cost., non abbisogna di alcuna *interpositio legislatoris* per essere affermata «nelle materie di contabilità pubblica», prima fra tutte quella concernente il diritto soggettivo all'integrità patrimoniale della pubblica amministrazione, *lato sensu* intesa come comprensiva anche delle società di diritto privato partecipate in misura prevalente da un soggetto pubblico istituzionale per la gestione di un pubblico servizio», par. 2..

Testimonia il contesto precedente, consentendoci di evidenziare le innovazioni radicali delle posizioni più recenti anche L. VENTURINI, *Società, gruppi societari in «mano pubblica» e salvaguardia delle risorse e dei fini di interesse generale: titolarità, funzione e servizio collettivo della giurisdizione di responsabilità amministrativa intestata alla Corte dei conti*, in *Foro Amm. TAR*, 2005, 568. Anche M. A. VISCA, *La giurisdizione della Corte dei conti nei confronti di una società per azioni*, in *Giust. Civ.*, 2005, 208.

(84) Piuttosto critico il commento all'assetto determinato dalle pronunce contabili di V. COCUCCI, *La responsabilità degli amministratori nelle società miste a partecipazione pubblica minoritaria tra azione endosocietaria ed azione erariale*, cit., spec. 195 ss., che sostiene la necessità di avvicinare il più possibile la disciplina delle società partecipate c.d. *market* a quella delle società di diritto comune.

(85) Sul punto si ricordano anche i contributi di E. PIGA, *Giurisdizione della corte dei conti nei confronti degli amministratori di società di capitali (società in house e società mista) partecipate dagli enti locali per la gestione di servizi pubblici a rilevanza economica alla luce del processo di privatizzazione e di liberalizzazione*, in *Foro amm.* CDS, 2007, 2669.

ipotesi di danno al patrimonio della società (86).

Il punto di approdo della più recente giurisprudenza appare, a nostro avviso, condivisibile, alla luce della natura privata delle società miste e con la loro riconduzione al diritto comune delle società: esso infatti, là dove attribuisce un ruolo del tutto marginale all'azione del procuratore generale della Corte dei Conti, che non può rivolgersi nei confronti degli amministratori delle società partecipate, ma solo nei confronti di chi, all'interno dell'ente partecipante, abbia ommesso di esercitare l'azione sociale di responsabilità nei confronti degli amministratori stessi, riconosce ampia operatività alle norme civilistiche e lascia alla Corte dei Conti il compito a cui essa è costituzionalmente deputata, ossia la verifica del rispetto del principio di sana e prudente gestione del denaro pubblico, che deve ispirare l'attività dell'Amministrazione e dunque del socio, e solo indirettamente quella della società.

Resta poi da capire quale sia il soggetto che, all'interno dell'ente locale, possa essere chiamato a rispondere davanti alla Corte dei Conti per l'omessa azione civile. Ma un approfondimento a riguardo ci porterebbe troppo lontano. Sul punto, per ora, le indicazioni della Cassazione restano in verità piuttosto generiche.

(86) Particolarmente critiche le osservazioni di F. GOISIS, *Note sulla sussistenza della giurisdizione della Corte dei Conti in materia di responsabilità di amministratori e funzionari di società in mano pubblica*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2002, 444: «Pare trasparente l'artificio da tale strada presupposto: ossia quello di trasferire, in virtù del rapporto di immedesimazione organica, il rapporto di servizio dalla società ai suoi organi. A tale ragionamento può opporsi che, essendo il concetto di persona giuridica e di immedesimazione organica puramente formali, non è lecito poi, quando utile per perseguire particolari scopi, mutarlo in un concetto sostanzialistico. E dunque, ragionando in modo coerentemente formale, se anche si volesse riconoscere un rapporto tra organi della società e ente pubblico di cui quest'ultima è organo, si dovrebbe parlare di un rapporto organico (e dunque di servizio) di secondo grado; rapporto per cui, come autorevolmente spiegato: «...le fattispecie seguono un'imputazione a doppio grado: alla persona giuridica-organo, e all'ente di cui la persona giuridica-organo è organo, tramite la persona giuridica-organo medesima». Dunque, nella prospettiva formale del rapporto di immedesimazione organica, il rapporto di servizio (ed il rapporto organico) sussiste con la società. Ed è semmai la società in rapporto organico e di servizio con l'ente pubblico», par. 7.

5. *Il rapporto tra invalidità pubblicistiche e contratto di società*

Si è visto, nella parte che precede, come i vincoli che delimitano l'attività privatistica degli enti locali in quanto amministrazioni pubbliche siano confinati alla fase amministrativa in cui si forma la volontà del soggetto pubblico, che precede l'esercizio del potere negoziale, il quale resta attratto dalle regole civilistiche.

Ci si deve chiedere ora in che maniera eventuali illegittimità afferenti a tale fase possano avere effetti (negativi) sul contratto di società (87).

La problematica di fronte alla quale ci troviamo, ossia quella della relazione tra fase pubblicistica e fase privatistica, riguarda tutti gli atti interessati dall'evidenza pubblica che precedono la stipula del contratto. Si tratta di valutare, a tale proposito, eventuali incidenze delle invalidità che afferiscono ad una fase sull'altra, confrontandosi con le teorie civilistiche in tema.

Va detto anzitutto che anche nei casi in cui il legislatore è intervenuto (come ad esempio ha fatto con il noto Decreto Bersani cfr. art. 13 D. L. 4 Luglio 2006 n. 223) individuando un regime specifico per le violazioni agli obblighi introdotti dalla normativa pubblicistica, non si è occupato dell'eventuale invalidità che potesse derivare sul contratto di società (88).

Ciò dipende dal fatto che l'invalidità del contratto di società ha già una disciplina inderogabile nel codice civile ed è retta da norme tassative, cui è necessario dare applicazione (89).

(87) La riflessione a riguardo è dunque volutamente specifica, ritenendosi non necessaria un'indagine più ampia che riguardi, in generale, il rapporto tra illegittimità pubblicistiche e regime del contratto.

(88) La norma infatti dove introduce un regime di nullità per i contratti stipulati in violazione del divieto non pare riferibile al contratto di società, quanto piuttosto agli affidamenti posti in essere con soggetti diversi dagli enti partecipanti e affidanti.

(89) Si può consultare a riguardo il contributo di G. CAPO, *La società per azioni*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da V. BUONOCORE, Tomo, 5.I, Torino 2010, 165 ss..

Sullo stesso tema anche M. SCIUTO, *La nullità della società*, in AA.VV., *Il nuovo diritto delle società*. Liber amicorum Gian Franco Campobasso, 2007, 415 ss..

La prima indicazione che traiamo dalle norme del codice civile è che esse individuano nell'iscrizione dell'atto costitutivo sul registro delle imprese un momento dirimente per la disciplina applicabile a fronte di anomalie e vizi relativi alle vicende che possono attenersi alla costituzione della società.

Prima di tale momento vale la disciplina generale dell'invalidità del contratto, ma, a partire dall'iscrizione della società nel registro delle imprese, la disciplina delle invalidità è fortemente temperata dalla necessità di salvaguardare la certezza dei rapporti giuridici che nascono nell'esercizio dell'attività di impresa e gli interessi dei terzi.

In quest'ottica, la nullità del contratto di società segue cause specifiche e si distacca dalla disciplina generale della nullità dei contratti.

La riforma del 2003 ha ulteriormente limitato la rilevanza dei vizi nella fase costitutiva, riducendo, da sette a tre, le cause di nullità del contratto di società: omessa stipulazione dell'atto costitutivo nella forma di atto pubblico; illiceità dell'oggetto sociale; mancanza nell'atto costitutivo di ogni indicazione riguardante la denominazione della società, i conferimenti, l'ammontare del capitale sociale o l'oggetto sociale. Si tratta di un'elencazione con valore tassativo.

Confrontandoci con la casistica enunciata, l'unica ipotesi che potrebbe rilevare nel nostro caso è quella che afferma la nullità per illiceità dell'oggetto sociale. Occorre verificare se vi possa rientrare l'ipotesi della società mista partecipata da un soggetto pubblico, ad esempio, al di fuori delle proprie finalità istituzionali.

Un ragionamento, per la verità poco chiaro a riguardo, si trova anche nella decisione dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 10 del 2011, la quale ritiene che la nullità del contratto di società per illiceità dell'oggetto non sia da escludere quando, sulla base dei vizi dedotti con riferimento all'atto impugnato davanti al giudice amministrativo attinente alla fase pubblicistica, sia possibile accertare, par di capire, la mancanza di una previsione normativa che espressamente legittimi la partecipazione in società. Questa lettura non appare però coerente con l'interpretazione

della giurisprudenza e della dottrina civilistica sulla nullità per illiceità dell'oggetto sociale.

Si sostiene in dottrina che vi sia illiceità dell'oggetto quando una determinata attività sia vietata da norma imperativa o quando l'oggetto sociale contrasti con l'ordine pubblico o il buon costume (90).

A questo punto, occorre dunque affrontare i seguenti quesiti: a) la violazione di ogni norma imperativa dà luogo a nullità del contratto di società per illiceità del suo oggetto?; b) l'attività che non sia conforme al perseguimento delle finalità istituzionali dell'ente pubblico socio e che sia illegittimamente confluita nell'atto costitutivo, contrastando con le previsioni di cui all'art. 3 comma 27 della Finanziaria per il 2008, è attività vietata da norme imperative?

Partiamo dall'ultimo degli interrogativi sollevati. Che il citato articolo 3 sia una norma imperativa non vi è dubbio. Tuttavia, ci pare che la risposta al quesito posto debba essere negativa. Infatti, l'interesse tutelato dalla norma è quello di evitare la presenza di società il cui oggetto sociale (da leggersi anche come concreta attività della società) sia vietato dalla legge e dunque di applicare il regime eccezionale della nullità del contratto di società solo nelle situazioni, estreme, in cui la società si occuperebbe di attività vietate dall'ordinamento per quel particolare soggetto giuridico (91) (come nel caso in cui determinate attività siano soggette a particolari regimi amministrativi o autorizzatori e si pretenda di svolgerle senza aver ottenuto i permessi necessari).

(90) G. CAPO, *La società per azioni*, cit., 175.

(91) Si ricorda sul punto l'interpretazione particolarmente restrittiva della Corte di Giustizia che, nel ben noto caso *Marleasing*, interpretando il diritto comunitario, ha ritenuto che le cause di nullità del contratto di società debbano essere tassative e interpretate restrittivamente («in quanto la tutela dei terzi dev'essere assicurata mediante disposizioni che limitino, per quanto possibile, le cause di invalidità delle obbligazioni assunte in nome della società») e che la dichiarazione di nullità non possa risultare dall'attività svolta dalla società, ma dall'analisi dello Statuto e dell'Atto costitutivo. Cgce, 13 novembre 1990, in C-106/89, *Marleasing S.A.*

La dottrina civilista ha poi chiarito che non ogni contrarietà a norma imperativa dà il via all'azione di nullità, ma solo quella che genera contrasto con disposizioni “*poste a salvaguardia di fondamentali valori etico-giuridici*” (92).

Ne segue che non varrebbe applicare la disposizioni di cui all'art. 2332 n. 2 del codice civile, con riferimento alla violazione di norme, parimenti imperative, ma volte a tutelare ben altra *ratio* e, data la tassatività dei casi, un'interpretazione quale quella della giurisprudenza amministrativa cui si è fatto riferimento pare da escludere.

Possiamo con ciò ritenere che la problematica del rapporto tra illegittimità del provvedimento che induca alla stipula del contratto di società, non integrando alcuna delle ipotesi enunciate all'art. 2332 c. c., non possa comportare la nullità del contratto di società, restando dunque inibito al giudice amministrativo pronunciare la caducazione del contratto o l'inefficacia dello stesso, data la presenza di specifiche norme civilistiche che a ciò ostano.

Questa lettura ci consente peraltro di mantenere ferma l'ipotizzata separazione tra fase pubblicistica e fase privatistica, ribadita diverse volte nel corso del presente lavoro, e frutto di precise opzioni sistematiche (93), prima ancora che della necessità di mantenere fermi i diritti acquisiti dai terzi in buona fede.

6. *Il se, il quando e il come delle società miste*

Al termine di questa disamina dei riflessi che i principi guida dell'attività amministrativa hanno su quella specifica manifestazione di potere negoziale del Comune che consiste nella costituzione o nella partecipazione a società, possiamo confrontarci con i quesiti di partenza, esposti nel capitolo primo.

(92) Si veda F. GALGANO, *Diritto commerciale. Le società*, cit., 192 ss.; interessante, in prospettiva più generale, la ricostruzione di G. F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale. Diritto delle società*, cit., 169 ss..

(93) Cfr. capitolo terzo, par. 1, 2 e 3.

Non si dovrà aggiungere molto a quanto detto sinora, poiché lo sviluppo argomentativo che precede ci ha già consentito di evidenziare, passo passo, gli sviluppi e le conseguenze del nostro ragionamento.

Il *se*. Ci si chiedeva: qual è il rapporto tra Comune e contratto di società? Quando e come è possibile dare vita ad una società mista? Che limiti, se di limiti si può parlare, derivano dalla natura pubblica del soggetto contraente?

Per rispondere a questi interrogativi si è ripercorso il rapporto tra persona giuridica pubblica e diritto privato, riflettendo sul significato da riconoscere all'art. 11 del codice civile. Abbiamo finito per riconoscere, in capo all'ente pubblico e dunque al Comune, una piena capacità di diritto privato e, con essa, tra l'altro, la possibilità di stipulare contratti di società, anche al di fuori di una norma espressamente legittimante, criticando quella giurisprudenza e quella dottrina che ritengono formalizzato nell'art. 3 comma 27 della Legge Finanziaria per il 2008 il principio opposto o che individuano un principio immanente al sistema che nega agli enti pubblici la possibilità di svolgere attività di impresa. In quest'ottica, abbiamo cercato di dimostrare come il principio di legalità operi in maniera differente nel diritto pubblico e nel diritto privato.

Ci è possibile dunque affermare, con cognizione di causa, che il Comune può costituire società miste, sia nei casi in cui il legislatore preveda tale strumento, sia nei casi in cui tale strumento non sia espressamente previsto, ma, nell'esercizio del potere amministrativo discrezionale, l'ente decida ciononostante di darvi corso.

Si è dedotta, però, l'affermazione della capacità giuridica generale del Comune da una norma che contiene un rinvio recettizio al diritto pubblico, che condiziona, appunto, l'esercizio del potere discrezionale. Perciò, risolto positivamente il quesito inerente al *se* sia ammissibile costituire società miste, abbiamo dovuto approfondire quali fossero le *leggi e gli usi osservati come diritto pubblico*, in grado di condizionare, sebbene a monte e indirettamente, l'espressione dell'attività negoziale del Comune, quindi, la partecipazione a società.

I condizionamenti che abbiamo individuato sono dipesi dal ruolo istituzionale del Comune, dalle regole di formazione della volontà del soggetto pubblico nonché dai vincoli derivanti dal suo essere finanziato con fondi destinati al perseguimento degli interessi della comunità locale.

Più nello specifico, poiché il Comune è quell'ente cui l'ordinamento attribuisce il compito di rappresentare la propria comunità, di curarne gli interessi e promuoverne lo sviluppo, anche la decisione di partecipare a società, in quanto espressione della volontà espressa tramite esercizio di potere discrezionale, risente, *in primis*, del perseguimento dell'interesse pubblico concreto, che viene individuato dall'Amministrazione secondo le regole del suo agire, da rapportarsi sempre alle finalità che delimitano le competenze della persona giuridica pubblica.

Il *quando*. È emerso quindi che il *quando* delle società miste coincide con i casi in cui il Comune abbia individuato, nella società mista, un soggetto in grado di perseguire gli interessi per la cui cura esso è istituito, determinati in esito allo sviluppo del procedimento che accompagna la manifestazione di volontà del soggetto pubblico.

Oltre alla necessità di ricondurre la decisione del Comune, che costituisce o partecipa ad una società, agli interessi della comunità locale, sono stati individuati altri principi guida della decisione dell'ente locale. Si tratta, in particolare, delle regole dell'evidenza pubblica, nel doppio significato di cui si è riferito all'esordio di questo capitolo (per la scelta del socio e *in itinere*) e del principio di sana e prudente gestione del denaro pubblico.

Il *come*. Premessi questi vincoli, l'ente locale che partecipi o costituisca una società dà vita ad un soggetto che, una volta istituito, opera nel diritto privato, a tutti gli effetti. Questa considerazione ci ha portato ad esaminare alcuni aspetti del regime proprio delle società miste, evidenziandone la soggezione piena al diritto comune, che porta, tra l'altro, a ritenere vincolato al perseguimento dell'interesse pubblico l'ente pubblico-socio ma non gli amministratori, affermando, di conseguenza, sebbene con alcune limitazioni, l'applicabilità delle norme civilistiche in tema di *holding* e la

giurisdizione ordinaria sulle questioni che afferiscano ad una eventuale responsabilità degli amministratori delle società miste.

Con ciò la ricerca può dirsi conclusa, rappresentando, ci pare, un esempio di come la capacità di diritto privato dell'ente locale sia, al medesimo tempo, *piena*, in quanto esso, pur non dotato di autonomia privata, gode di autonomia negoziale, ed *eterodiretta*, per la presenza di limiti esterni che incidono (non sulla capacità di diritto privato ma) sulla formazione di volontà dell'amministrazione, la quale dipende dai meccanismi propri dell'esercizio del potere discrezionale e deve mantenersi nell'ambito delle competenze attribuite dalla legge alla persona giuridica pubblica.

In questo esercizio, diritto pubblico e diritto privato convivono e si condizionano reciprocamente, senza che uno prevalga sull'altro, inserendosi ciascuno in momenti diversi della vicenda che porta alla definizione dell'episodio con cui l'amministrazione esterne il proprio potere negoziale.

INDICE DEGLI AUTORI

- ABRESCIA M. 122.
ABRIANI N. 183, 184.
AICARDI N. 27.
ALESSI R. 52, 128.
ALLEGRETTI U. 72, 135.
AMORTH A. 64, 65, 68, 69, 137.
ANGIULI A. 129.
ANTONIOLI M. 150.
ASCARELLI T. 56, 114.
ATELLI M. 192, 195, 196.
AULETTA A. 80, 96.
- BACHOF 103.
BAILEY S. H. 73.
BALESTRIERI A.M. 30.
BARCELLONA E. 183, 184.
BARDUSCO A. 106.
BARTOLE S. 84.
BASSI F. 63.
BASSI G. 192.
BENVENUTI F. 28, 62, 65, 69, 72,
136.
BERGONZINI G. 30.
BERTI G. 5, 17, 45, 69, 72, 122,
143, 174.
BERTONAZZI L. 82.
BETTI E. 92, 110, 111.
BIANCHI L. 169.
BIN R. 84.
BONFANTE G. 183.
BRANCA G. 79.
BRECCIA U. 58.
BREGANZE M. 30.
- BROWN A. 11.
BRUTI LIBERATI E. 135.
BUONOCORE V. 204.
- CAGNASSO O. 183.
CAIA G. 161.
CAMERIERO L. 7.
CAMELLI M. 10, 24, 29, 122, 161.
CAMMEO C. 61.
CAMMEO F. 3, 58, 94.
CAMPOBASSO G. F. 114, 115, 190, 207.
CAMPORESI R. 176, 199.
CANGELLI F. 135.
CANTUCCI M. 58, 61, 128, 134.
CAPO G. 204, 206.
CAPUTI JAMBRENGHI V. 143.
CAPUTO NASETTI F. 150.
CARANTA R. 133.
CARINGELLA F. 161.
CARLIZZI M. 196, 197.
CARPACCI S. 192.
CARRABBA A. 115.
CASSESE S. 3, 13, 56, 63, 135.
CATAUDELLA A. 56.
CAVALLO PERIN R. 29, 122, 123.
CERULLI IRELLI V. 71, 80, 88, 101,
106, 143.
CHIEPPA R. 26.
CHIRULLI P. 7, 53, 102, 106, 109,
123, 124, 129, 134, 135, 147,
153.
CHITI M. P. 4, 83.
CIVITARESE MATTEUCCI S. 17, 55,

- 69, 85, 94, 100, 105, 125, 126,
127, 130, 131, 135.
CLARICH M. 6, 14, 26.
COCUCCI V. 186, 202.
COGNETTI S. 53.
COMPORTI G. D. 125.
CONTESSA C. 176.
CORSO G. 14, 23.
COTTIMO G. 183.
COTZA P. 106, 122.
- D'ALESSIO F. 53.
D'AMELIO M. 77.
D'ARIES C. 192, 195, 196.
DE GIORGI M. V. 55.
DE LEONARDIS F. 111, 133.
DE LUCIA L. 30.
DE MARTIN G. 122.
DE MARZO G. 30.
DE NICOLIS R. 7, 27.
DE NITTO G. 29.
DE PRETIS D. 97, 99.
DEFINA S. 110.
DELSIGNORE M. 141.
DI RUSSO D. 199.
DI SABATO F. 115, 183.
DOMENICHELLI V. 13.
DONATIVI V. 15.
DÜNCHHEIM T. 172.
DUGATO M. 13, 23, 30, 31, 101,
135, 154, 161, 176.
DURUPTY M. 63.
- ENDICOTT T. 73.
- FALCON G. 85, 122, 127.
FALZEA A. 59.
FAUCELLA G. 183.
FERRARA F. 61.
FERRARA R. 4.
FERRI G. B. 56, 57, 77, 107.
FERRI L. 72.
FIMMANO' F. 41, 167.
- FONTANA F. 192.
FORSYTH C. F. 64, 72.
FORTI L. 125.
FRANCHINI C. 135.
FRANCHINI F. 58, 90, 136.
- GALGANO F. 5, 15, 55, 56, 57, 79,
80, 82, 87, 88, 116, 193, 197,
207.
GALLI M. 105.
GALLO D. 8, 12, 89.
GALLO M. 137.
GAROFOLI R. 27.
GHEZZI F. 169.
GIANNELLI C. 83.
GIANNINI M. S. 53, 59, 67, 69, 85,
86, 108, 127, 187.
GIORGIANNI M. 65.
GOISIS F. 9, 58, 80, 115, 116, 119,
141, 177, 178, 189, 203.
GRANDIS F. 192.
GRECO G. 59, 67, 83, 94, 102, 104,
106, 126, 127, 130, 141.
GROPPI T. 122.
GROSSI G. 192, 193.
GROSSI P. 63.
GRUNER G. 79, 80, 88, 89, 92.
GUERRERA F. 26, 195.
GUIDA P. 167.
GUZZARDO G. 30.
GUZZO G. 8.
- IBBA C. 14, 15, 16, 26, 35, 116, 194.
IRTI N. 57.
- KELSEN H. 54, 55.
- LAMANDINI M. 193.
LAURINI G. 167.
LEDDA F. 85, 127.
LIGUORI F. 94.
LOMBARDO F. 202.

- MALAGUTI C. 35.
MALTONI A. 14.
MANASSERO L. 176.
MANNORI L. 62.
MANTINI P. 30.
MARCHETTI P. 63, 169.
MARTINEZ M. P. 168.
MARZIALE G. 168.
MARZUOLI C. 53, 59, 70, 71, 72,
73, 106, 138.
MASI L. 176.
MASSERA A. 135.
MASTROFINI R. 192.
MATTARELLA B. G. 3.
MAURER H. 103, 173.
MAZZAMUTO M. 53, 133.
MAZZARELLI M. 86.
MAZZAROLLI L. 126, 178.
MAZZONI A. 35, 36, 44, 45, 61.
MERCATI L. 13.
MERLONI F. 122.
MERUSI F. 53, 58.
MIELE A. 199.
MIELE G. 5, 52, 56, 114, 126.
MONTALENTI P. 183.
MONZANI S. 7.
MORETTI F. 192.
MOURAREAU V. 174.
- NAPOLITANO G. 32, 58.
NICO A. M. 64.
NICODEMO G. F. 11.
NINATTI S. 63.
NOTARI M. 169.
- OLIVETTI M. 122.
OPPO G. 115, 116, 118, 164.
ORLANDO V. E. 53.
- PAGLIARI G. 30.
PAJNO S. 13, 53, 75, 105.
PALMIERI M. 14.
PAOLANTONIO N. 96, 97.
- PASTORI G. 69, 107.
PENASA L. 140.
PERFETTI L. R. 4, 58, 103, 126,
128, 192, 194.
PERICU A. 8, 12, 23, 88.
PERICU G. 59, 60, 61, 62, 66, 68,
69, 77, 126, 138, 178.
PIGA E. 202.
PIPERATA G. 122.
PIRAS P. 8, 161.
PITERÀ F. 29.
PIZZA P. 32, 35.
PLESSIX B. 63.
POLICE A. 4, 96.
PUGLIATTI S. 56, 107, 110.
PUGLIESE F. P. 58, 69.
- RAMAJOLI M. 3, 95, 105, 125.
RANELLETTI O. 5, 137.
RENNA M. 9, 102, 115, 116, 137,
142.
RESCIGNO P. 55, 56.
RIVARO R. 191.
RIVOLTA G. C. M. 164.
ROMANO A. 29, 102, 111, 112, 122,
123, 126, 178.
ROMANO S. 5, 61, 86, 110, 123,
134.
RONDINONE N. 77.
RORDORF R. 168.
ROSSI A. 18, 22, 165.
ROSSI G. 133.
ROSSI M. 192.
ROSTAGNO S. 35, 177.
ROVERSI MONACO F. A. 72, 126,
178.
ROVERSI MONACO M. G. 58.
- SACCO R. 56.
SALA G. A. 122.
SALERNO G. 28, 39.
SANDULLI A. M. 27, 126, 128, 131,
143.

- SANTANIELLO G. 63, 143.
SANTINI G. 115.
SANTONASTASIO F. 15, 32, 83.
SANTORO PASSARELLI F. 113.
SANTOSUOSSO F. 77, 112, 132.
SARACENO M. 63.
SCAGLIONE E. 176.
SCHIANO DI PEPE G. 183.
SCHOCH F. 172.
SCHÖNE F. 172.
SCIALOJA A. 79.
SCIUTO M. 204.
SCOCA F. G. 4, 9, 64, 85, 102, 105,
109, 126, 135, 153, 178, 190.
SCOCA S. 15, 75, 109, 124, 129,
130, 131, 135.
SCOGNAMIGLIO A. 150, 151.
SCOGNAMIGLIO R. 56.
SCOTTI E. 29.
SERRAO D'ACQUINO P. 191.
SICILIANO F. 53.
SINISI M. 176.
SOMMA A. 56.
SORACE D. 105, 142.
SORDI B. 62.
SPASIANO M. R. 135.
STANGHELLINI L. 169.
STELLA RICHTER P. 142.
STICCHI DAMIANI E. 102.
STOBER 103.
STROZZI G. 122.
TOCCAGNI C. 63.
TRAVI A. 53, 96.
TRIMARCHI BANFI F. 11, 12, 76,
83, 95, 101, 102, 135, 138.
TUCCI M. 4.
VALAGUZZA S. 11, 74.
VALZER A. 191.
VANDELLI L. 122.
VASSALLI F. 57.
VENCHI CARNEVALE M. A. 142.
VENTURI S. 30.
VENTURINI L. 192, 202.
VIGOTTI R. 29.
VILLATA R. 3, 10, 82, 95, 105, 125,
126, 132.
VIPIANA P. M. 53.
VIRGA P. 17, 122.
VISCA M. A. 202.
VITALE C. 31, 122.
WADE W. 64, 72.
WEIGMANN R. 9.
WOLFF 103.
ZANOBINI G. 52, 137.
ZIROLDI A. 10, 29.
ZITO A. 96.