

Note minime intorno alla (pretesa) autonomia privata degli enti pubblici: tra tutela della concorrenza e del mercato e principio di legalità

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il problema della autonomia privata degli enti pubblici. – 3. Le soluzioni dell'Adunanza Plenaria e le argomentazioni adottate – 4. Rilievi critici: in riferimento alla pretesa rilevanza, nella fattispecie, dei principi del diritto europeo in materia di tutela della concorrenza e del mercato – 5. *Segue:* in riferimento alla portata dell'art. 3, co. 27, della l. n. 244 del 2007 ed alle sentenze della Corte costituzionale n. 148 del 2009 e n. 326 del 2008 – 6. Gli enti pubblici e il "criterio" del diritto amministrativo.

1. Premessa

Leggendo la sentenza n. 10 del 2011 dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, nella specifica parte concernente il merito dei ricorsi¹, potrebbe aversi, quanto meno di primo acchito, la sensazione che il massimo Consesso di giustizia amministrativa sia stato chiamato a pronunciarsi su di una questione "ovvia", e che a tale questione abbia fornito delle soluzioni, sì condivisibili, ma altrettanto "ovvie": il principio di fondo da essa affermato, infatti, è quello per cui agli enti pubblici non è consentito svolgere attività dirette a perseguire scopi estranei rispetto ai propri fini istituzionali predeterminati *ex lege*, neanche avvalendosi di strumenti di diritto privato, come, ad esempio, la costituzione o la assunzione di partecipazioni in società commerciali.

In effetti, con ogni probabilità, anche al "senso comune"² risulterebbe quantomeno "bizzarra" l'affermazione per cui, ad esempio, le Università degli Studi – le quali, a norma dell'art. 1, co. 1, della l. n. 240 del 2010, «sono sede primaria di libera ricerca e di

¹ La sentenza è piuttosto lunga e complessa, ed affronta anche altre problematiche, sia di diritto sostanziale che di diritto processuale, diverse da quella specificamente esaminata nel testo, e delle quali, in questa sede, non appare possibile dare conto, se non attraverso dei fugaci richiami.

² Qui l'espressione viene utilizzata senza alcuna connotazione di significato negativa, ma, anzi, nella sua originaria accezione positiva, così come venne dapprima impiegata da Marco Tullio Cicerone, il quale, al riguardo, ammoniva che sarebbe «un difetto gravissimo aborrere dalla consuetudine [...] del senso comune» (*De oratore*, I, 3, 12), e poi ripresa e sviluppata, tra gli altri, da due pensatori pur tra di loro "contrapposti": Renato Cartesio, che affermava che «mi pareva [...] che avrei trovato molto più di verità nei ragionamenti che ognuno fa riguardo agli affari suoi, per i quali egli è punito subito se sbaglia, che non in quelli di chi, chiuso nel suo studio, sta attorno a speculazioni di nessun effetto pratico, salvo quello forse di renderlo *tanto più vanitoso quanto più esse sono lontane dal senso comune*, e quanto più ingegno e artificio egli ha dovuto impiegare per farle apparire verosimili» (*Discorso sul metodo. Parte prima*, 1637, nell'edizione a cura di G. De Lucia, Roma, 1999); e Giambattista Vico, secondo il quale «l'umano arbitrio, di sua natura incertissimo, egli *si accerta e determina col senso comune degli uomini d'intorno alle umane necessità o utilità*, che son i due fonti del diritto naturale delle genti. Il senso comune è un giudizio senza alcuna riflessione, comunemente sentito da tutto un ordine, da tutto un popolo, da tutta una nazione o da tutto il genere umano» (*Principi d'una scienza nuova intorno alla natura delle nazioni, per i quali si ritrovano altri principi del diritto naturale delle genti*, 1725, Libro I, XI-XII, ora in *Opere*, a cura di P. Rossi, Milano, 1959). Per una interessante analisi dei rapporti tra il senso comune e il diritto amministrativo cfr. L. IANNOITA, *Osservazione e ricostruzione delle vicende giuridiche: il caso emblematico del diritto amministrativo*, in *Valore e limiti del senso comune*, a cura di E. Agazzi, Milano, 2004, spec. 449 ss.

libera formazione nell'ambito dei rispettivi ordinamenti e sono luogo di apprendimento e di elaborazione critica delle conoscenze» ed «operano, combinando in modo organico ricerca e didattica, per il progresso culturale, civile ed economico della Repubblica» – possano ritenersi legittimate, pur nella assenza di qualsivoglia idonea autorizzazione in tal senso, a costituire a loro piacimento società commerciali che perseguano scopi puramente lucrativi e che, a tal fine, operino in settori (di mercato) del tutto estranei alla didattica e alla ricerca scientifica, come quello della intermediazione finanziaria, o della produzione e vendita di giocattoli o di automobili, o dell'edilizia residenziale, o dei trasporti, e così via.

Senonché, tra il “senso comune” e gli esiti della scienza giuridica possono verificarsi, talvolta, come è ben noto, dei “disallineamenti” anche straordinari³.

E proprio una evenienza del genere sembra essere accaduta in relazione alla questione affrontata dalla Adunanza Plenaria, che consiste, essenzialmente, nello stabilire se gli enti pubblici, per tutto ciò che non attiene allo svolgimento di funzioni amministrative in senso stretto, godano o meno di autonomia privata⁴: rispetto a tale questione, infatti, la dottrina amministrativistica italiana, almeno degli ultimi quaranta anni, appare profondamente divisa. Non vi è nulla di “ovvio”, dunque, sotto questo profilo, nella sentenza in commento.

Ma, a ben vedere, altrettanto sembra potersi affermare anche in specifico riferimento alle varie argomentazioni addotte dalla medesima sentenza per negare che gli enti pubblici possano, in assenza di idonee autorizzazioni in tal senso, costituire società commerciali con scopi puramente lucrativi ed operanti in settori estranei ai propri fini istituzionali. Non risulta affatto chiaro, infatti, da queste stesse argomentazioni, se una tale limitazione alla autonomia privata degli enti pubblici sia imposta – *innanzitutto e per lo più* – da esigenze di tutela della concorrenza e del mercato di derivazione europea, oppure dalla vigenza, in loro confronto, ed anche con riguardo alle attività di diritto privato da essi svolte, del principio di legalità.

A queste problematiche sono rivolte le brevi note che seguono.

³ Ciò perché «il senso comune ragiona come se l'esperienza fosse recezione pura, come se essa consistesse in un consulto, ove la natura risponderebbe con un versetto sovrano davanti al quale ci si dovrebbe inchinare senz'altro: nel quale lo spirito, per conseguenza, sarebbe passivo e si limiterebbe soltanto a registrare gli ordini venuti dall'esterno. Questa concezione non risponde affatto alla realtà delle cose. La scienza non conosce il fatto in sé ma solo il fatto relativo ad un sistema teorico. Per essa, i fatti non sono definibili astrattamente, ma solo mediante il sistema che li produce e se li assimila. In tal modo non esistono per essa che fatti qualificati – fatti matematici, fisici, chimici, biologici, psicologici, ecc. – non fatti suscettibili di essere costituiti anteriormente, indipendentemente dall'uso che si deve farne, indipendentemente dalla dottrina che li suscita e in seno a cui nascono». Così E. LE ROY, *Scienza e filosofia, con una appendice sulla nozione di verità*, trad. it. di R. Parese, Lanciano, 1913, 115, nel brano riportato da A. E. CAMMARATA, *Formalismo e sapere giuridico*, Bologna, 1962, 122 ss.

⁴ Qui l'espressione “autonomia privata” è assunta nel solo significato di libertà, giuridicamente riconosciuta e tutelata, di autoregolamentare, nei limiti del lecito, i propri interessi, decidendo sul se e sul come perseguire un certo scopo. Al di là, infatti, della estrema problematicità che caratterizza tale concetto (per le diverse impostazioni della dottrina civilistica cfr., senza la benché minima pretesa di completezza, E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da F. Vassalli, 1952, spec. 51 ss.; SALV. ROMANO, *Autonomia privata (Appunti)*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1956, 801 ss.; S. PUGLIATTI, *Autonomia privata*, in *Enc. Dir.*, IV, Milano, 1959, 366 ss.; G. STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1961, *Intr.*; R. SACCO, *Autonomia nel diritto privato*, in *Dig. Civ.*, Torino, 1987; R. SCOGNAMIGLIO, *Negozio giuridico e autonomia privata*, in *La civilistica italiana dagli anni '50 ad oggi tra crisi dogmatiche e riforme legislative*, Padova, 1992, 289 ss.; G. B. FERRI, *Negozio giuridico*, in *Dig. Civ.*, Torino, 1995), sembra questo il significato “minimo” e, comunque, più ricorrente che ad esso viene generalmente attribuito (e che del resto si rinviene anche nella prevalente manualistica).

2. Il problema della autonomia privata degli enti pubblici

La più risalente dottrina amministrativistica, seppure, in linea generale, riconosceva agli enti pubblici, salve espresse disposizioni legislative in senso diverso, ampia capacità di utilizzare gli strumenti forniti dal diritto privato per conseguire i propri fini istituzionali, affermava, al contempo, che una tale capacità avrebbe dovuto pur sempre ritenersi circoscritta e strumentale, per l'appunto, al conseguimento dei soli fini istituzionali propri degli enti pubblici medesimi, escludendo, per questi ultimi, la possibilità di perseguire fini diversi mediante lo svolgimento di attività di diritto privato. Di qui la nota teorica della «*attività amministrativa di diritto privato*»: cioè “privata” limitatamente allo strumento giuridico utilizzato, ma pur sempre “pubblica” nel doveroso perseguimento dei soli fini predeterminati dalle norme⁵; nonché il riconoscimento, in relazione all'agire privatistico degli enti pubblici, della operatività dei principi della «*aderenza allo scopo*» e della «*necessaria attuazione dello scopo*»⁶. Di qui, ancora, la nota affermazione, riferita alla generalità degli enti pubblici, secondo la quale «*la loro autonomia è, per definizione, una autonomia funzionale*», cioè pur sempre limitata al perseguimento degli scopi che le figure soggettive pubbliche devono perseguire *ex lege*⁷. Affermazione poi estesa anche all'attività di impresa svolta dagli enti pubblici economici, perché anche quest'ultima attività risultava comunque circoscritta, dalle stesse leggi istitutive di tali enti, ad appositi settori della produzione o dello scambio di beni o di servizi⁸.

Senonché, a muovere dagli inizi degli anni Settanta del Secolo scorso e sino all'ultimo decennio di esso, una dottrina molto autorevole, affrontando la medesima problematica, è giunta a soluzioni diametralmente opposte a quelle sin qui sinteticamente richiamate, affermando: «La posizione di *autonomia privata* e la legittimazione negoziale delle amministrazioni pubbliche sono regolate dalle norme di diritto positivo relative alle persone giuridiche. Se si accede alla tesi prevalente, secondo cui le persone giuridiche private nel nostro diritto positivo hanno soggettività piena e legittimazione illimitata, *per le persone giuridiche pubbliche valgono le stesse regole*, non sussistono norme che ad esse, per dette persone, derogano. Deroghe sussistono per singoli enti pubblici o per singoli tipi di enti pubblici, *se e in quanto previste da norme espresse*. Se esistono, esse peraltro non vanno spiegate in termini di limitazione di capacità o di capacità speciali, ma, come in diritto privato, in termini di *legittimazioni negoziali limitate*»⁹.

⁵ Dovuta, come è noto, ad A. AMORTH, *Osservazioni sui limiti dell'attività amministrativa di diritto privato*, in *Arch. Dir. Pubbl.*, 1938, 455 ss.

⁶ C. CAMMEO, *I contratti della pubblica amministrazione*, Firenze, 1937, spec. 154 ss.

⁷ S. ROMANO, *Autonomia*, in ID., *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947, 22, il quale, con riferimento all'autonomia privata, rileva che «questa non ha il carattere funzionale che ha invece quella pubblica» (24).

⁸ In tal senso cfr., tra gli altri, V. SPAGNUOLO VIGORITA, *Problemi giuridici dell'ausilio finanziario pubblico a privati*, Napoli, 1963, 31 ss. e 88 ss.; F. A. ROVERSI MONACO, *Gli enti di gestione. Struttura, funzioni, limiti*, Milano, 1967, 314 ss. e 378 ss.; M. NIGRO, *Banche private e banche pubbliche: rilevanza dell'oggetto e limiti dell'attività*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1972, 76 ss.; A. M. SANDULLI, *Le imprese pubbliche in Italia*, in *Justitia*, 1977, 150 ss.

⁹ Il celebre passo, come è noto, è di M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II, Milano, 1993, 352 (corsivi aggiunti). L'Autore ritiene operanti i principi ivi riportati non soltanto in riferimento agli enti territoriali, che sono per loro stessa natura enti a fini generali, ma anche in riferimento alle «amministrazioni pubbliche che svolgono *solo* attività di diritto privato» (344; corsivo dell'Autore), nel cui novero comprende «gli enti pubblici imprese e gli enti di gestione» (*ibidem*). Riguardo a questi ultimi, Egli afferma: «Essi si comportano come enti privati, e nessuna limitazione giuridica formale

Queste tesi sono giunte, in buona sostanza, a negare l'applicazione del principio di legalità a tutto il complesso delle attività di diritto privato svolte dalle amministrazioni e dagli enti pubblici¹⁰, e ad affermare, invece, l'operatività, al riguardo – e salvo solo deroghe espresse, ma da intendersi come meri limiti “negativi” ed “esterni” – del principio della autonomia privata¹¹.

subiscono per avere natura pubblica. Alcuni di essi hanno limitata legittimazione negoziale; ne sono esempi le casse di risparmio (che possono compiere solo determinate operazioni, indicate in via principale dagli statuti); gli istituti di credito industriale [...] ai quali è vietato compiere operazioni che non attengono al credito a medio termine, e così via» (*ibidem*). Per quanto riguarda, invece, le «amministrazioni che svolgono ambedue le attività, di diritto amministrativo e di diritto privato» (348), lo stesso Autore afferma che «in ordine allo svolgimento dell'attività di diritto privato, occorre riferirsi alle norme degli statuti o alle norme che comunque individuano l'attribuzione. Se fra queste norme ve ne sono alcune che vietano espressamente all'amministrazione di svolgere talune attività di diritto privato, si avranno amministrazioni (enti od amministrazioni autonome) a legittimazione negoziale negativamente limitata. Ma *se siffatte norme non vi sono, l'amministrazione ha legittimazione negoziale piena*» (353 ss.; corsivi aggiunti). Peraltro, nell'ambito del quadro appena tracciato, il medesimo Autore rileva (352): «Sennonché, nell'ultimo decennio Consiglio di Stato e Corte dei conti hanno affermato che gli enti pubblici trovano un limite alla propria attività privatistica nelle norme che ne determinano lo scopo: non potrebbero adottare negozi contrastanti con la norma che ne fissa lo scopo; in particolare ciò è stato affermato in ordine alla possibilità per gli enti pubblici di costituire società commerciali o comunque di parteciparvi. Trattasi di un indirizzo giurisprudenziale oggettivamente oscuro perché affidato ad una nozione – quella di scopo – che si sa essere ambigua». Identiche affermazioni si rinvencono anche nella prima edizione dell'opera citata, risalente, come è noto, all'anno 1970.

¹⁰ Lo stesso M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, I, Milano, 1993, 89 (ma negli stessi termini cfr. anche la prima edizione del volume, del 1970), afferma che laddove l'attività amministrativa non esprime la dialettica tra autorità e libertà «*il principio [di legalità] non ha ragione di essere applicato*: così l'attività di programmazione dello Stato e degli altri enti pubblici, finché non deve esprimersi in provvedimenti ablatori o autorizzatori, o in procedimenti formali, è al di qua del principio di legalità; così l'attività non di diritto pubblico o amministrativo, così l'attività che si esprime in moduli convenzionali, in cui l'assenso della controparte è idoneo anche a superare l'efficacia del principio» (corsivi aggiunti). Cfr., ancora, ID., *Diritto amministrativo*, II, cit., 351, ove, sempre al medesimo riguardo, Egli afferma che «da subordinazione dell'attività amministrativa di diritto privato al principio di legalità [...] è stata prospettata già in passato, ma sempre sulla base del solito equivoco di assumere a paradigma i contratti dello Stato ad evidenza pubblica e di confondere in questi i due procedimenti che li producono» (i quali, come è noto, in base all'impostazione dell'Autore, sono lo stesso procedimento ad evidenza pubblica, retto dal diritto amministrativo, e quello, ad esso parallelo, della formazione della volontà contrattuale della pubblica amministrazione, retto dalle norme di diritto privato).

¹¹ Cfr., con riferimento all'Ente pubblico economico Enel, G. GUARINO, *Sulla capacità dell'Enel*, in *Rass. Giur. Energ. Elettr.*, 1965, 5 ss. Sulla problematica cfr., in termini generali, A. PERICU, *Note in tema di attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, in *Annali Università di Genova*, 1966, 112 ss. e 164 ss., nonché S. A. ROMANO, *L'attività privata degli enti pubblici*, Milano, 1979, 139 ss. e 181 ss. Riconoscono, sostanzialmente, piena autonomia privata agli enti pubblici nello svolgimento di attività non autoritative sia G. GRECO, *I contratti dell'amministrazione tra diritto pubblico e diritto privato*, Milano, 1986, 23 ss., sia, con riferimento agli enti pubblici economici, V. OTTAVIANO, *Ente pubblico economico*, in *Dig. Pubbl.*, Torino, 1991. Può essere interessante ricordare che le tesi in esame sono state affermate nella vigenza di disposizioni normative che, per quanto concerne, ad esempio, alcuni tra i più importanti enti pubblici economici nazionali, circoscrivevano in maniera piuttosto stringente i rispettivi settori di intervento. Ad esempio, l'art. 1 della l. n. 136 del 1953, istitutiva dell'Eni, disponeva: «Esso [...] ha personalità giuridica di diritto pubblico ed ha il compito di promuovere ed attuare iniziative di interesse nazionale nel campo degli idrocarburi e dei vapori naturali. L'Eni ha altresì il compito di promuovere ed attuare iniziative di interesse nazionale nei settori della chimica e della ricerca, produzione, rigenerazione e vendita di combustibili nucleari, nonché nel settore minerario attinente a queste attività. L'intervento in altri settori, previa autorizzazione formale del Ministero delle partecipazioni statali, è consentito solo in quanto essi siano collegati con quelli fondamentali degli idrocarburi, dei vapori naturali, della chimica e dei combustibili nucleari da un vincolo di strumentalità, accessorietà o complementarietà. L'Ente può assumere, previa autorizzazione formale del Ministero delle partecipazioni statali, [...] partecipazioni [...] nei settori della chimica e dei combustibili nucleari». Al riguardo, S. CASSESE, *Partecipazioni pubbliche ed enti di gestione*, Milano, 1962, 139 ss., pur dopo aver rilevato che «si pone [...] il problema se gli enti di gestione siano soggetti con capacità circoscritta. Come è noto, nel nostro ordinamento le persone giuridiche non hanno una capacità funzionale bensì una capacità giuridica generale. Per le persone giuridiche pubbliche la regola è invece inversa», riconosce, analizzando lo stesso art. 1 della l. n. 136 del 1953, che «di fatto è noto che società con partecipazione diretta o indiretta dell'Eni svolgono attività nei settori [...] meccanico, tessile, dell'assistenza tecnica e della costruzione di impianti, della produzione di vetro, della costruzione e della gestione di immobili» (corsivi aggiunti), e conclude, quindi – attraverso una sorta di interpretazione delle norme “adeguatrice” ad una realtà “di fatto” che però, rispetto ad esse, appare alquanto difforme – nel senso che «sembra che gli articoli citati vadano interpretati come diretti *solo a disporre lo svolgimento delle attività di servizio pubblico*» (corsivi aggiunti). Non dissimile anche la posizione di N. IRTI, *La gestione dell'Enel e il diritto privato*, in Autori vari, *L'Enel tra «pubblico» e «privato»*, Milano, 1987, 22 ss., secondo il quale le disposizioni contenute nell'art. 1, co. 7, della l. n. 1643 del 1962, ove era scritto che «L'Enel, previa autorizzazione del Ministero dell'industria, del commercio e dell'artigianato, può promuovere, in Italia e all'estero, la costituzione di società per azioni o assumervi partecipazioni, qualora esse abbiano per oggetto il compimento di attività riconducibili ai fini propri dell'ente» (fissati dal co. 1 del medesimo articolo nella «produzione, importazione ed esportazione, trasporto, trasformazione distribuzione e vendita dell'energia elettrica»), non erano idonee a determinare alcun limite alla capacità giuridica e all'autonomia privata dell'Ente Enel,

Naturalmente, un'altra parte della dottrina ha assunto posizioni diverse, ed anzi radicalmente critiche rispetto agli esiti appena sopra illustrati.

Così, ad esempio, nell'ultimo lavoro monografico specificamente dedicato alla problematica in esame, è stato rilevato – proprio per sconfiggere l'assunto per cui «*l'amministrazione, in quanto persona giuridica, e cioè come soggetto, viene ad essere identica alla persona giuridica privata. La persona giuridica privata ha autonomia privata e di conseguenza, anche l'amministrazione, in quanto è persona giuridica, ha autonomia privata*» – che, in realtà, è necessario tenere distinte e non confondere la capacità giuridica delle figure soggettive (persone giuridiche) pubbliche, da ritenersi senz'altro sussistente se intesa come *astratta idoneità* di queste ad essere destinatarie delle norme giuridiche di diritto privato, e la loro (pretesa) autonomia privata, da ritenersi, invece, esclusa, in primo luogo in forza dei principi costituzionali, laddove con essa ci si riferisca al *contenuto di ogni possibile imputazione di fattispecie* che caratterizza questa stessa espressione con riguardo alle persone giuridiche private¹².

Difatti, secondo la dottrina in esame, indipendentemente dal concetto di persona giuridica privata che si intenda accogliere (cioè: mera espressione sintetica rappresentativa di una disciplina speciale applicabile ovvero entità “reale” ed autonoma), tale concetto, nell'ambito del diritto comune, presuppone sempre e comunque la preesistenza di soggetti privati che la stessa persona giuridica assume come propri precisi termini di riferimento. Ma tutto ciò non appare predicabile in riferimento alla pubblica amministrazione, perché essa, «anche quando appare come persona (e necessariamente ciò significa come persona giuridica), 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 organizzazione e il “soggetto” di pertinenza, il *popolo*, che, come tale, non esiste prima e senza di essa»¹³.

Alla luce di ciò – ed in forza della considerazione per cui, alla luce dei principi costituzionali, «la regola fondamentale che organizza ed esprime il nesso fra popolo e amministrazione è data dalla soggezione dell'amministrazione alla legge [...] ed essa determina, da un lato, la ragione della pubblicità e, dall'altro, la posizione del soggetto amministrazione» – si è concluso, tenendo, per l'appunto, distinte le nozioni di “persona giuridica” e di “autonomia privata”¹⁴, nel senso che «la posizione dell'amministrazione è

ma si risolvevano soltanto in «una regola di gestione indirizzata agli amministratori».

¹² Lo studio citato nel testo è, naturalmente, quello di C. MARZUOLI, *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Milano, 1982, 111 ss. Il brano riportato nel testo (114) si riferisce specificamente alle tesi di Massimo Severo Giannini qui in esame.

¹³ Così, ancora, C. MARZUOLI, *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, cit., 116 (corsivi aggiunti), il quale, poi, prosegue in questi termini (117): «Invero, è di immediata evidenza che non riesce applicabile lo schema della persona giuridica come espressione sintetica rappresentativa di una disciplina speciale rispetto ad una disciplina comune. Manca, infatti, una disciplina individuabile come comune e ciò in quanto non vi è, in realtà, identità fra i soggetti rispettivamente destinatari della disciplina speciale e della disciplina comune. Per la stessa ragione, neppure riesce applicabile lo schema della persona giuridica come istituto che implica la pre-esistenza di altri soggetti. Certo, anche rispetto all'amministrazione persona giuridica preesistono i singoli, così come preesistono rispetto alla persona giuridica privata; il punto è però che il termine di riferimento della amministrazione persona giuridica non sono i singoli ma i singoli come (una) generalità (storicamente e unitariamente determinata). Di nuovo, dunque, si ritorna ad una correlazione necessaria fra amministrazione e soggetto (il popolo) di pertinenza».

¹⁴ Afferma lo stesso Autore (*ibidem*, 119): «Sembra dunque possibile concludere che l'amministrazione, anche quando appare come soggetto (persona giuridica), non è soggetto allo stesso modo della persona giuridica privata. Più

definita dall'*assoggettamento al principio di legalità* e come tale è *incompatibile con una posizione di autonomia privata*. Il fatto che l'amministrazione sia anche persona giuridica non ha, a questi fini, alcun rilievo»¹⁵.

Si tratta, come appare evidente, di posizioni profondamente diverse (se non del tutto antitetiche) rispetto ad una questione "di fondo", che infatti è stata avvertita in termini eminentemente problematici anche dalla dottrina successiva¹⁶.

3. Le soluzioni della Adunanza plenaria e le argomentazioni adottate

In questo contesto, la sentenza dell'Adunanza plenaria in esame afferma, come si è già accennato sopra, il principio per cui, almeno in linea generale e salvo legittime deroghe normative espressamente previste, gli enti pubblici non possono, neanche mediante l'impiego di strumenti di diritto privato – nella specie consistenti nella costituzione di (o nella assunzione di partecipazioni in) società commerciali –, perseguire scopi estranei rispetto ai propri fini istituzionali.

Sembrerebbe, dunque, che i massimi Giudici amministrativi abbiano inteso aderire a quelle tesi dottrinarie, sinteticamente richiamate al paragrafo precedente, che postulano l'applicazione del principio di legalità anche alle attività di diritto privato degli enti pubblici.

Ma, in realtà, non è affatto sicuro che sia proprio così, perché le principali

precisamente, essa può essere considerata soggetto allo stesso modo dell'ente privato solamente per quanto riguarda la soggettività nel senso di centro di imputazione. Quando invece si intende, attraverso la forma che organizza la soggettività (la persona giuridica), fare riferimento al contenuto della soggettività, a ciò di cui si è imputati, allora l'amministrazione non è soggetto allo stesso modo dei soggetti privati».

¹⁵ C. MARZUOLI, *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, cit., 119 (corsivi aggiunti). Nel prosieguo dello stesso lavoro l'Autore, come è noto, si sofferma sulla rilevanza del vincolo di scopo nell'attività di diritto privato delle pubbliche amministrazioni e degli enti pubblici, riconoscendola non soltanto quando tale vincolo viene fissato agli enti pubblici dalla legge, ma anche quando, in base alla legge, viene specificato dalle direttive ad essi impartite dagli enti territoriali di riferimento, per poi concludere con l'analisi delle conseguenze giuridiche che la violazione del vincolo di scopo determina sugli atti di diritto privato delle amministrazioni e degli enti pubblici. Su tali aspetti si tornerà brevemente *infra*.

¹⁶ Cfr., ad esempio, G. ROSSI, *Gli enti pubblici*, Bologna, 1991, 232 ss., il quale, seppure rileva che «gran parte della dottrina propende per escludere l'applicabilità di questo principio [del *nec ultra vires*] all'ordinamento italiano e contesta quindi che lo "scopo" dell'ente possa essere assunto come limite alla legittimazione negoziale», avverte, comunque, che «non mancano, e anzi ora diventano forse prevalenti, le posizioni contrarie», concludendo nel senso che «la capacità di diritto privato che [gli enti pubblici] hanno è comunque strumentale al conseguimento dei fini istituzionali e non implica il potere di determinare i propri scopi». Cfr., ancora, A. BARDUSCO, *Ente pubblico*, in *Dig. Pubbl.*, Torino, 1991, il quale, seppure afferma che «tutti gli enti pubblici, per il fatto stesso di essere persone giuridiche, godano di una generale capacità di diritto privato. Le disposizioni che, escludendo determinati negozi giuridici dalla sfera di iniziativa di taluni enti pubblici, ne restringono la capacità nel campo privato vanno considerate alla stregua di eccezioni ad un principio generale» (corsivi dell'Autore), precisa, però, che «il fatto di disporre di una capacità generale di diritto privato non legittima tuttavia l'ente pubblico (ogni ente pubblico) a compiere indifferentemente negozi e contratti di qualsiasi genere, dal momento che non deve mai mancare una correlazione tra il negozio giuridico compiuto dall'ente e le sue finalità istituzionali. Tali finalità possono risultare completamente esplicitate nello statuto, oppure possono in parte essere implicite, e quindi abbisognare di essere dedotte dall'ordinamento. L'iniziativa di porre in essere dei negozi giuridici di diritto privato non coerenti con le finalità dell'ente pubblico, oltre a riverberarsi negativamente sulla condizione del negozio stesso (che risulterebbe affetto da invalidità più o meno grave) genererebbe nei funzionari (o negli amministratori) che avessero adottato i relativi atti una responsabilità verso l'amministrazione». Come si dice nel testo, si tratta di una questione per nulla pacifica in dottrina, tanto è vero che negli studi monografici più recenti in argomento continuano ad essere dedicate alla stessa ampie analisi, dagli esiti tutt'affatto che univoci. Cfr., ad esempio, P. CHRULLI, *Autonomia pubblica e diritto privato nell'amministrazione. Dalla specialità del soggetto alla rilevanza della funzione*, Padova, 2005, 383 ss.; S. VINTI, *Limiti funzionali all'autonomia negoziale della pubblica amministrazione nell'appalto di opere pubbliche*, Padova, 2008, 73 ss.; S. S. COCA, *Evidenza pubblica e contratto: profili sostanziali e processuali*, Milano, 2008, 55 ss. Per la giurisprudenza cfr. *infra*.

argomentazioni a tal fine adottate dalla decisione in commento non fanno leva su questo principio, che infatti non viene neanche richiamato espressamente, bensì su pretese esigenze di tutela della concorrenza e del mercato di derivazione europea: sembrerebbero essenzialmente queste ultime esigenze, nel ragionamento seguito dalla sentenza, a determinare una drastica “riduzione”, nei termini illustrati, della autonomia privata degli enti pubblici.

Il Consiglio di Stato prende le mosse dalla recente introduzione dell’art. 3, co. 27, della l. n. 244 del 2007 – che detta, per l’appunto, disposizioni volte «*al fine di tutelare la concorrenza e il mercato*»¹⁷ – ed afferma che tali disposizioni, seppure in sé e per sé risultano non applicabili *ratione temporis* alla fattispecie, sarebbero, in realtà, espressione di «*un principio di carattere generale che era immanente nell’ordinamento anche prima della sua esplicitazione positiva*»¹⁸.

A questo riguardo l’Adunanza plenaria adduce, fondamentalmente, quattro argomentazioni, che fanno tutte perno, come si è già detto, su pretese esigenze di tutela della concorrenza e del mercato di matrice europea.

La prima di esse consiste in un richiamo, in termini adesivi, della sentenza della Corte costituzionale n. 148 del 2009, avente ad oggetto la questione di legittimità costituzionale dello steso art. 3, co. da 27 a 29, della l. n. 244 del 2007, sollevata da talune regioni per pretesa violazione del riparto di competenze legislative di cui all’art. 117 Cost.: «La Corte costituzionale» – affermano i massimi Giudici amministrativi – «nel dichiarare infondata la questione di legittimità costituzionale relativa ai commi 27 e 29, con la sentenza 4 maggio 2009 n. 148, ha sottolineato come essi abbiano inteso rafforzare la distinzione tra l’esercizio della attività amministrativa in forma privatistica (posta in essere da società che operano per una pubblica amministrazione con effettivo carattere di strumentalità, configurandosi nei fatti quali mere modalità organizzative per l’esercizio di compiti tipici dell’Ente pubblico di riferimento) e l’esercizio della attività di impresa da

¹⁷ L’art. 3, co. 27, della l. n. 244 del 2007 dispone quanto segue: «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 partecipazioni, anche di minoranza, in tali società. È sempre ammessa la costituzione di società che producono servizi di interesse generale e che forniscono servizi di committenza o di centrali di committenza a livello regionale a supporto di enti senza scopo di lucro e di amministrazioni aggiudicatrici di cui all’articolo 3, comma 25, del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, 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». Il successivo co. 29 del medesimo articolo dispone: «Entro trentasei mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, le amministrazioni di cui all’articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, nel rispetto delle procedure ad evidenza pubblica, cedono a terzi le società e le partecipazioni vietate ai sensi del comma 27. Per le società partecipate dallo Stato, restano ferme le disposizioni di legge in materia di alienazione di partecipazioni». Per un primo commento a tale normativa cfr. S. ROSTAGNO, *Finalità istituzionali e oggetto sociale nelle società a partecipazione pubblica: i riflessi sistematici dell’art. 3, commi 27° ss., della l. 24 dicembre 2007, n. 244 in materia di impresa e di gruppo, partecipazione sociale e responsabilità degli amministratori*, in *www.gustamm.it*, 2008, che ravvisa in essa «una valenza sistematica rilevante, in quanto elide *ex lege* i presupposti per il riconoscimento della soggettività piena e della legittimazione negoziale illimitata per tutti i gruppi di amministrazione cui era approdata la dottrina», nonché E. BARILÀ, *Le novità della Finanziaria 2008*, in *Urbe App.*, 2008, 401 ss. Più di recente cfr. B. GILBERTI e I. RIZZO, *Posizionamento e margini di operatività delle società pubbliche nel mercato*, in *Foro Amm. - C.d.S.*, 2010, 2511 ss.

¹⁸ «Evidenzia[ndo]» – ad avviso dell’Adunanza plenaria – «un evidente disfavore del legislatore nei confronti della costituzione e del mantenimento da parte delle amministrazioni pubbliche (ivi comprese le Università) di società commerciali con scopo lucrativo, il cui campo di attività esuli dall’ambito delle relative finalità istituzionali, né risulti comunque coperto da disposizioni normative di specie (secondo il modello delle così dette “società di diritto singolare”)».

parte degli enti pubblici, mirando altresì ad evitare che quest'ultima possa essere svolta beneficiando dei privilegi dei quali un soggetto può godere in quanto pubblica amministrazione»¹⁹.

Anche la seconda argomentazione addotta dalla sentenza in esame si risolve in un richiamo, anch'esso in termini adesivi, di un'altra pronuncia della Consulta, la n. 326 del 2008, la quale aveva dichiarato infondata la questione di legittimità costituzionale, sollevata da varie regioni sempre per pretesa violazione del riparto di competenze legislative forgiato dall'art. 117 Cost., dell'art. 13 del d. l. n. 223 del 2006, recante disposizioni ritenute evidentemente analoghe, dai Giudici di Palazzo Spada, a quelle di cui all'art. 3, co. 27, della l. n. 244 del 2007: «La stessa Corte costituzionale» – osserva, sotto tale profilo, l'Adunanza plenaria – «nel ribadire l'intangibilità in via di principio della libertà di iniziativa economica privata degli Enti pubblici, ha altresì sottolineato la necessità di “evitare che soggetti dotati di privilegi operino in mercati concorrenziali?”²⁰.

«L'approccio in questione, del resto» – prosegue la sentenza qui in commento, così passando alla terza argomentazione, che sembra essere, invero, quella principale – «appare pienamente compatibile con il paradigma normativo comunitario secondo cui è fatto divieto agli Stati membri di emanare o mantenere, nei confronti delle imprese pubbliche e delle imprese cui riconoscono diritti speciali o esclusivi, misure contrarie alle disposizioni dei trattati, con particolare riguardo a quelle in tema di tutela della concorrenza e divieto di erogazione di aiuti di Stato (art. 106 TFUE - già art. 86 TCE)».

Infine, quale ultima argomentazione, il Consiglio di Stato richiama alcune disposizioni di diritto positivo, ed in particolare il già menzionato art. 13 del d. l. n. 223 del 2006, l'art. 23-*bis* del d. l. n. 112 del 2008 e l'art. 14, co. 32, del d. l. n. 78 del 2010, dalle quali emergerebbe, pur sempre in un'ottica che in via principale mira alla tutela della concorrenza e del mercato, una «evoluzione normativa [che] mostra un netto sfavore per la costituzione e mantenimento di società da parte di enti pubblici, persino per quanto riguarda gli enti locali, nonostante il loro riconoscimento costituzionale come enti territoriali autonomi a fini generali, e persino quando si tratta di società create per i fini istituzionali dell'ente»²¹.

¹⁹ Cfr., sulla sentenza della Corte costituzionale n. 148 dell'8 maggio 2009, G. BOTTINO, *Le amministrazioni pubbliche e la costituzione, o la partecipazione, di società a capitale pubblico: la legittimità costituzionale dei limiti previsti nell'odierna legislazione statale*, in *Giur. Cost.*, 2009, 1606 ss.

²⁰ Sulla sentenza della Corte costituzionale 1 agosto 2008, n. 326 cfr. R. URSI, *La Corte costituzionale traccia i confini dell'art. 13 del decreto Bersani*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2009, 12 ss. Appare opportuno, in relazione alle considerazioni che si svolgeranno *infra*, ricordare quanto dispone testualmente l'art. 13, co. 1 e 2, del d. l. n. 223 del 2006: «1. Al fine di evitare alterazioni o distorsioni della concorrenza e del mercato e di assicurare la parità degli operatori nel territorio nazionale, le società, a capitale interamente pubblico o misto, costituite o partecipate dalle amministrazioni pubbliche regionali e locali per la produzione di beni e servizi strumentali all'attività di tali enti in funzione della loro attività, con esclusione dei servizi pubblici locali e dei servizi di committenza o delle centrali di committenza apprestati a livello regionale a supporto di enti senza scopo di lucro e di amministrazioni aggiudicatrici di cui all'articolo 3, comma 25, del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, nonché, nei casi consentiti dalla legge, per lo svolgimento esternalizzato di funzioni amministrative di loro competenza, devono operare con gli enti costituenti o partecipanti o affidanti, non possono svolgere prestazioni a favore di altri soggetti pubblici o privati, né in affidamento diretto né con gara, e non possono partecipare ad altre società o enti aventi sede nel territorio nazionale. Le società che svolgono l'attività di intermediazione finanziaria prevista dal testo unico di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, sono escluse dal divieto di partecipazione ad altre società o enti. 2. Le società di cui al comma 1 sono ad oggetto sociale esclusivo e non possono agire in violazione delle regole di cui al comma 1».

²¹ Peraltro, come è noto, l'art. 23-*bis* del d. l. n. 112 del 2008 (e successive modificazioni e integrazioni) – che prevedeva, in materia di servizi pubblici locali di rilevanza economica, una disciplina il cui carattere proconcorrenziale risultava di

Da tutto ciò, l'Adunanza plenaria ricava una sorta di catalogo normativo in materia di costituzione o partecipazione degli enti pubblici a società commerciali, che non appare inopportuno, data anche la sua valenza "sistemica", menzionare testualmente: «Il sistema, anche anteriormente alla l. n. 244/2007, era connotato dalle seguenti coordinate fondamentali: a) l'attività di impresa è consentita agli enti pubblici solo in virtù di espressa previsione; b) l'ente pubblico che non ha fini di lucro non può svolgere attività di impresa, salve espresse deroghe normative; c) la possibilità di costituzione di società in mano pubblica, operanti sul mercato, è ordinariamente prevista da espresse disposizioni legislative; non di rado è la legge a prevedere direttamente la creazione di una società a partecipazione pubblica; d) la costituzione di società per il perseguimento dei fini istituzionali propri dell'ente pubblico è generalmente ammissibile se ricorrono i presupposti dell'*in house* (partecipazione totalitaria pubblica, esclusione dell'apertura al capitale privato, controllo analogo, attività esclusivamente o prevalentemente dedicata al socio pubblico), e salvi specifici limiti legislativi».

4. Rilievi critici: in riferimento alla pretesa rilevanza, nella fattispecie, dei principi del diritto europeo in materia di tutela della concorrenza e del mercato

Seppure le conclusioni alle quali perviene il Consiglio di Stato appaiono, per le ragioni che verranno illustrate *infra*, del tutto condivisibili, non altrettanto sembra potersi affermare, invece, con specifico riferimento alle argomentazioni, esaminate al paragrafo precedente, a tal fine addotte.

Sotto quest'ultimo profilo, infatti, gran parte del ragionamento seguito dai massimi giudici amministrativi sembra affetto da un equivoco di fondo: quello di ritenere, cioè, che sia l'ordinamento europeo a vietare *senz'altro* agli enti pubblici, in forza di pretese esigenze di tutela della concorrenza e del mercato, di costituire ovvero di assumere partecipazioni in società commerciali che perseguano scopi meramente

gran lunga più "liberista" rispetto a quanto richiesto dall'ordinamento europeo (sul punto cfr., per tutti, C. DE VINCENTI e A. VIGNERI, *I servizi pubblici locali tra riforma e referendum*, Rimini, 2011, *passim*), anche alla luce del *Libro bianco sui servizi di interesse generale* della Commissione del 2004 (COM 2004 374 def.) e della più recente giurisprudenza della Corte di Giustizia (ad esempio sentenza 15 ottobre 2009, C-196/08 *Acosef*) – è stato abrogato dal d. P. R. n. 113 del 2011, a seguito del *referendum* tenutosi nelle date del 12 e 13 giugno 2011 (cioè appena qualche giorno dopo la data della sentenza in esame). Per quanto concerne, invece, l'art. 14, co. 32, del d. l. n. 78 del 2010, esso dispone quanto segue: «Fermo quanto previsto dall'art. 3, commi 27, 28 e 29, della legge 24 dicembre 2007, n. 244, i comuni con popolazione inferiore a 30.000 abitanti non possono costituire società. Entro il 31 dicembre 2013 i comuni mettono in liquidazione le società già costituite alla data di entrata in vigore del presente decreto, ovvero ne cedono le partecipazioni. Le disposizioni di cui al secondo periodo non si applicano ai comuni con popolazione fino a 30.000 abitanti nel caso in cui le società già costituite: a) abbiano, al 31 dicembre 2013, il bilancio in utile negli ultimi tre esercizi; b) non abbiano subito, nei precedenti esercizi, riduzioni di capitale conseguenti a perdite di bilancio; c) non abbiano subito, nei precedenti esercizi, perdite di bilancio in conseguenza delle quali il comune sia stato gravato dell'obbligo di procedere al ripiano delle perdite medesime. Le disposizioni di cui al secondo periodo non si applicano ai comuni con popolazione fino a 30.000 abitanti nel caso in cui le società già costituite abbiano avuto il bilancio in utile negli ultimi tre esercizi. La disposizione di cui al presente comma non si applica alle società, con partecipazione paritaria ovvero con partecipazione proporzionale al numero degli abitanti, costituite da più comuni la cui popolazione complessiva superi i 30.000 abitanti; i comuni con popolazione compresa tra 30.000 e 50.000 abitanti possono detenere la partecipazione di una sola società; entro il 31 dicembre 2011 i predetti comuni mettono in liquidazione le altre società già costituite».

lucrativi ed estranei rispetto ai propri fini istituzionali predeterminati *ex lege*.

In realtà, un divieto di tal fatta, nei precisi termini appena evidenziati, non sembra affatto desumibile, neanche implicitamente, dall'ordinamento europeo, il quale, anzi, sembra assumere – sotto lo specifico profilo qui in considerazione – un atteggiamento di assoluta neutralità²².

Appare sufficiente, per avere contezza di ciò, richiamare le disposizioni del TFUE rilevanti in materia, che sono rappresentate, come è noto, da quelle recate dall'art. 106 (*ex art. 86 del Trattato CE*, pure richiamato dalla sentenza in esame) e dall'art. 345 (*ex art. 295 del Trattato CE*).

Quest'ultimo articolo – che recita testualmente: «I trattati lasciano del tutto impregiudicato il regime di proprietà esistente negli Stati membri» – 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 medesimo²³.

L'art. 106, dal canto suo – laddove dispone, al par. I, che: «Gli Stati membri non emanano né mantengono, nei confronti delle imprese pubbliche [...], alcuna misura contraria alle norme dei trattati, specialmente a quelle contemplate dagli articoli 18 e da 101 a 109 inclusi» – legittima espressamente le imprese pubbliche (cioè le imprese di pertinenza di enti pubblici, naturalmente anche sotto forma di società commerciali da questi costituite o partecipate), purché tali imprese soggiacciano alle medesime regole di concorrenza applicabili a tutte le imprese senza distinzioni di sorta (comprese, quindi, in primo luogo, le stesse imprese private), di cui agli artt. da 101 a 105 del TFUE, e non diano luogo a violazioni della disciplina in materia di aiuti di Stato, di cui agli artt. da 107 a 109 del TFUE, e di divieto di discriminazione in base alla nazionalità, di cui all'art. 18 del TFUE²⁴.

In sostanza, ciò che preme all'ordinamento europeo è esclusivamente la circostanza per cui le imprese pubbliche, laddove non siano incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale – nel qual caso possono finanche godere dello speciale trattamento previsto dal par. II dello stesso art. 106 TUEF –, siano soggette alle stesse regole di concorrenza cui sono soggette le imprese private, *e null'altro*.

Dal che derivano due conseguenze di rilievo, e che appaiono entrambe idonee a smentire il ragionamento seguito dalla Adunanza plenaria.

In primo luogo, l'ordinamento europeo non sembra affatto contrario, *in via pregiudiziale*, a che l'impresa pubblica, anche sotto forma di società commerciale costituita

²² In relazione alle considerazioni che seguono nel testo cfr., in linea generale, V. CERULLI IRELLI, *Impresa pubblica, fini sociali, servizi di interesse generale*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2006, 747 ss., nonché M. CAFAGNO, *Impresa pubblica*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, a cura M. P. Chiti e G. Greco, p.s., III, Milano, 2007, 1205 ss.

²³ Sul punto cfr., ad esempio, V. CERULLI IRELLI, *Impresa pubblica, fini sociali, servizi di interesse generale*, cit., 747 ss.: «Che i pubblici poteri (nella definizione di cui alle direttive citate) secondo il diritto europeo, possano farsi imprenditori, cioè operare nell'economia mediante imprese (pubbliche) è da ritenere pacifico. Anzi, diciamo pure che l'ordinamento europeo, sul punto, “si sfilà”: spetta agli Stati membri stabilire il regime delle proprietà (e perciò anche della proprietà delle imprese) ai sensi dell'art. 295. Ciò è da intendere nel senso che imprese pubbliche possono esserci o non esserci, accanto alle imprese private, sul mercato, a seconda delle decisioni dei singoli Stati».

²⁴ Su questi aspetti, ormai assodati in dottrina, cfr., da ultimo, l'ampia analisi svolta da M. LOTTINI, *Il mercato europeo: profili pubblicistici*, Napoli, 2010, 122 ss. e 207 ss., con numerosi richiami di dottrina e di giurisprudenza.

o partecipata da un ente pubblico, persegua scopi meramente lucrativi. Anzi, laddove si versi al di fuori delle ipotesi di imprese pubbliche incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale, questa evenienza si appalesa finanche, ai sensi del par. I dell'art. 106 TFUE, come "fisiologica". 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 scopi²⁵.

In secondo luogo, e soprattutto, lo stesso ordinamento europeo si appalesa completamente "neutrale" rispetto alla circostanza – che sembra essere assunta, invece, come dirimente dall'Adunanza plenaria – per cui l'ipotetica attività di impresa svolta dagli enti pubblici, anche attraverso la costituzione o la assunzione di partecipazioni in società commerciali, risulti conforme oppure estranea alle loro finalità istituzionali così come predeterminate dai rispettivi ordinamenti interni (cioè per legge, per atto amministrativo o in qualsivoglia altra maniera). Invero, l'unico dato che, al riguardo, rileva per l'ordinamento europeo è che tale attività di impresa pubblica non sia svolta in modo

²⁵ Ciò che – sia detto per inciso – sembra corrispondere alla disciplina di cui all'art. 41, co. 3, Cost., dalla quale (specialmente se letta alla luce di quanto dispone il successivo art. 43 Cost., peraltro da ritenere probabilmente ormai inapplicabile) non sembra affatto escluso che le imprese pubbliche possano perseguire scopi lucrativi. Se è vero, infatti, che le imprese private perseguono di norma scopi lucrativi, e se è vero che la richiamata norma costituzionale sottopone, almeno in linea programmatica, alla stessa disciplina sia le imprese private che le imprese pubbliche, entrambe indirizzate e coordinate a fini sociali, ne deriva che, evidentemente, questi ultimi fini, in sé e per sé considerati, non necessariamente collidono con lo scopo di lucro dell'impresa, che quindi ben può essere perseguito anche dall'impresa pubblica. Sul punto, come è noto, la dottrina e la giurisprudenza da citare sarebbero pressoché sterminate. Quindi può rinviarsi per tutti, ancora, a V. CERULLI IRELLI, *Impresa pubblica, fini sociali, servizi di interesse generale*, cit., 747 ss.: «L'intervento [pubblico] è consentito soltanto laddove abbia in se stesso (guardando cioè alle singole imprese poste ad operare per codeste finalità) una ragione economica (che si accompagni al perseguimento di quelle altre finalità). Ciò significa che l'iniziativa, valutata in tutte le sue componenti, debba essere rapportabile, almeno in astratto, a quella che un operatore privato delle stesse dimensioni potrebbe intraprendere; almeno in via di ipotesi. Altrimenti esso ineluttabilmente ricade sotto la normativa di divieto degli aiuti di Stato. [...] E la costituzione di un'impresa pubblica (ad esempio, di una società a capitale pubblico maggioritario) per intervenire in un settore di rilevanza strategica in un determinato contesto socio-economico (a livello *micro*, come la realizzazione e la gestione di impianti di risalita in una località sciistica, impresa rischiosa in sé, poco appetibile per investitori privati, ma fattore indispensabile dello sviluppo dell'industria turistico-alberghiera locale; a livello macro, come la realizzazione di impianti ad altissima valenza tecnologica, rischiosi per i privati anche per il carattere fortemente innovativo e poco conosciuto dei mezzi utilizzati, ma strategico per l'indotto che promuove, per lo sviluppo dell'innovazione che la sua presenza impone alle aziende private di settori connessi etc.) sicuramente può avvenire, e anzi in determinati casi senz'altro realizza scopi di interesse pubblico che l'ente di cui si tratta legittimamente e doverosamente si prende la cura. Ma occorre che l'impresa si presenti dotata di un piano industriale, di un programma di azione, finanziario e produttivo, che possa dare luogo, sia pure in tempi assai lunghi (e perciò perigliosi per i comuni operatori privati) a una *concreta possibilità di ritorno economico*. In questi termini, l'intervento pubblico nell'economia attraverso imprese, la cui costituzione e il cui operare in un determinato contesto persegua scopi di utilità sociale, risulta del tutto ammissibile, al di là delle deroghe specificamente ammesse dalla normativa europea. Possiamo affermare che esso conserva, correttamente in tal modo impostato, tutta la sua vitalità come strumento di intervento pubblico da utilizzare a fini di utilità sociale» (corsivi aggiunti). Né, sia detto ancora per inciso, tale impostazione sembra smentita dal principio di sussidiarietà orizzontale di cui all'art. 118, co. 4, Cost., il quale, secondo alcune tesi dottrinarie, conterrebbe un divieto implicito per gli enti pubblici di perseguire, mediante l'impresa pubblica, scopi lucrativi, ritenuti *naturaliter* di esclusiva pertinenza delle imprese private (in argomento cfr., tra gli altri, F. GOISIS, *Contributo allo studio delle società in mano pubblica come persone giuridiche*, Milano, 2004, spec. 100 ss.). Tale principio, invero, impone agli enti territoriali di favorire l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli o associati, per lo svolgimento di attività che vengono testualmente definite «di interesse generale» e non già «economico-lucrativa». Da ciò consegue un'alternativa che in ogni caso sembra inficiare le tesi in esame: o si ammette, infatti, che una attività di «interesse generale» possa al contempo essere anche una attività oggettivamente e soggettivamente lucrativa, ma, allora, non si vede perché essa non possa essere svolta – sulla base di ragionevoli decisioni politiche degli enti territoriali che ritengano insufficiente l'iniziativa dei soli soggetti privati – anche da soggetti pubblici, i quali sono istituzionalmente deputati a perseguire interessi generali; o, invece, si riconosce – seguendo, sul punto, l'opinione della dottrina maggioritaria – che la locuzione «attività di interesse generale» non si riferisca alle attività economico-lucrativa, ma, allora, anche in questo secondo caso, cade l'assunto per cui in forza del principio di sussidiarietà orizzontale deriverebbe un divieto per gli enti pubblici di porre in essere, mediante le loro imprese, attività economico-lucrativa. Su tutti questi aspetti cfr. G. U. RESCIGNO, *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, in *Dir. Pubbl.*, 2002, 5 ss.

contrario alle sopra citate norme del TUEF poste a tutela della concorrenza. Evenienza, quest'ultima, che – si badi – ben potrebbe verificarsi anche nel caso in cui la medesima attività in questione risulti pienamente aderente alle finalità istituzionali di un determinato ente pubblico: come nel caso in cui, ad esempio, uno Stato autorizzi direttamente *ex lege* tale ente pubblico a costituire una società commerciale, non incaricata dello svolgimento di una attività di impresa corrispondente ad un servizio di interesse economico generale, ed, al contempo, disponga che la società medesima sia esonerata, senza alcuna valida giustificazione, dall'applicazione dell'imposta sul valore aggiunto, oppure goda indebitamente di altri diritti speciali o esclusivi²⁶.

In definitiva, per l'ordinamento europeo rileva esclusivamente, sotto gli specifici profili qui in esame, che l'attività di impresa svolta dagli enti pubblici – comunque ammessa, in linea di principio, sia dall'art. 345 del TUEF, sia dal paragrafo I dell'art. 106 del TUEF – non goda, al di fuori delle eccezioni previste dal par. II di quest'ultimo articolo, di trattamenti di favore tali da distorcere la concorrenza; rispetto ad esso rimane, invece, del tutto irrilevante la circostanza, *considerata in sé e per sé*, per cui l'attività di impresa in questione risulti conforme oppure estranea alle finalità istituzionali degli enti pubblici, così come predeterminate dal diritto interno, che ne assumano lo svolgimento (anche mediante la costituzione o la partecipazione a società commerciali)²⁷.

Alla luce di ciò risultano, dunque, inconferenti sia il richiamo operato dal Consiglio di Stato all'art. 106 TFUE, sia, più in generale, lo stesso *Leitmotiv* che sembra caratterizzare gran parte dell'*iter* argomentativo della sentenza in esame: vale a dire, che sarebbero pretese esigenze di matrice europea, volte a tutelare la concorrenza e il mercato, a vietare *tout-court* agli enti pubblici (come, ad esempio, le Università degli Studi) la costituzione o la assunzione di partecipazioni in società commerciali che perseguano scopi lucrativi e comunque estranei rispetto ai propri fini istituzionali predeterminati *ex lege*²⁸.

²⁶ Anche in un altro rilevante ambito interessato dal diritto europeo, quello degli appalti pubblici, talvolta si ritiene che l'applicazione delle direttive europee (e della normativa nazionale di recepimento) sia diretta a garantire *in primo luogo* la legalità dell'azione amministrativa. Ma così, a ben vedere, non è – o, comunque, non è “necessariamente” –, perché anche in tale ambito la sola preoccupazione dell'ordinamento europeo è quella di tutelare la concorrenza e il mercato: esigenza che, anzi, può talvolta finanche cozzare con le “ragioni” della legalità. Sul punto, per una analisi della diversa *ratio* di fondo che in questa materia ispira la normativa europea rispetto alla nostra antica legge di contabilità di Stato, cfr. A. POLICE e G. GRÜNER, *Le fonti*, in *I contratti di appalto pubblico*, a cura di C. Franchini, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. Rescigno ed E. Gabrielli, Torino, 2010, 109 ss.

²⁷ A questo riguardo appaiono, dunque, del tutto condivisibili le considerazioni svolte dall'ordinanza della Sez. VI del Consiglio di Stato n. 970 del 2011, di rimessione della questione all'Adunanza plenaria, laddove è scritto: «Nel caso in esame viene in rilievo [...] la legittimità della scelta di istituire un soggetto di diritto privato dedito ad attività di impresa con scopo lucrativo, costituito con risorse pubbliche, ma destinato al perseguimento di finalità affatto diverse da quelle istituzionali. Si tratta di *profili di legittimità che possono restare sostanzialmente estranei all'ambito di applicazione del diritto comunitario*, per il quale risultano indifferenti le scelte nazionali in tema di proprietà pubblica o privata delle imprese, purché vengano salvaguardati i principi del Trattato in tema di libertà fondamentali e di tutela della concorrenza (in tal senso, l'articolo 106 del TFUE – già art. 86 del TCE –, nonché l'art. 345 del TFUE – già art. 295 del TCE)».

²⁸ Anche perché, se così fosse, non si spiegherebbe come mai, ad oggi, lo Stato è ancora titolare di numerose imprese pubbliche che operano nei più disparati settori di mercato, anche non afferenti a servizi di interesse economico generale, e del tutto aperti alla concorrenza. Al riguardo, G. NAPOLITANO, *Le società pubbliche tra vecchie e nuove tipologie*, in *Riv. Soc.*, 2006, 999, rileva, ad esempio, che «recenti studi economici [...] indicano come, non soltanto in Italia, la figura dello Stato azionista o comunque controllore dell'impresa rimanga ampiamente diffusa, al punto che molti enti privatizzati sono ancora riconducibili al settore pubblico. Nel mercato borsistico nazionale, inoltre, le imprese pubbliche rappresentano una parte rilevante delle società quotate e distribuiscono ai loro azionisti circa un terzo dei dividendi assegnati dalle quaranta maggiori società quotate».

5. **Segue: in riferimento alla portata dell'art. 3, co. 27, della l. n. 244 del 2007 ed alle sentenze della Costituzionale n. 148 del 2009 e n. 326 del 2008**

Sulla scorta di questi ultimi rilievi può analizzarsi in maniera critica anche il passaggio motivazionale della sentenza che si sofferma specificamente sull'art. 3, co. 27, della l. n. 244 del 2007, affermando che le disposizioni in esso contenute – di per sé non applicabili, *ratione temporis*, alla controversia *de qua* – sarebbero, in realtà, espressione di un principio di carattere generale che era già immanente nell'ordinamento anche prima della sua esplicita positivizzazione.

Anche questa affermazione, presa nella sua “laconicità”, non convince del tutto.

A questo riguardo, occorre ancora rimarcare che le disposizioni recate dall'articolo in esame sono state introdotte con l'unico e specifico fine, esplicitato a chiare lettere dallo stesso legislatore nazionale, di «*tutelare la concorrenza e il mercato*», ma *senza che* – si badi – le stesse risultino in alcun modo “necessitate” in forza dell'ordinamento europeo, giacché, in ragione delle considerazioni già svolte al paragrafo precedente, esse non esprimono, in realtà, alcun corollario che sia desumibile da tale ordinamento²⁹.

Ma, se ciò è così, appare davvero assai arduo voler riconoscere, come fa la sentenza in esame, la previdenza nel nostro ordinamento nazionale, tanto più se considerato da un punto di vista del tutto avulso dall'ordinamento europeo, di un principio generale il quale, *esclusivamente per ragioni inerenti alla tutela della concorrenza e del mercato*, vieterebbe *tout-court* a tutti gli enti pubblici, compresi gli enti territoriali a fini generali, di costituire o di assumere partecipazioni in società commerciali che perseguano scopi meramente lucrativi ed estranei ai propri fini istituzionali³⁰, anche perché queste stesse ultime evenienze, come si è più volte rilevato, non appaiono affatto idonee, *in sé e per sé considerate*, ad arrecare necessariamente alcun *vulnus* alla concorrenza e al mercato³¹.

²⁹ Quindi, su questo punto, risultano pienamente condivisibili le osservazioni svolte da M. CLARICH, *Società di mercato e quasi-amministrazioni*, in *Dir. Amm.*, 2009, 253: «Il fine di tutela della concorrenza e del mercato è enunciato anche dall'art. 3, comma 27, della l. 24 dicembre 2007, n. 244 (Finanziaria 2008) che introduce un divieto generalizzato per le pubbliche amministrazioni di 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*”. [...] Queste disposizioni denotano un atteggiamento del legislatore italiano di sfavore nei confronti dell'impresa pubblica che va ben oltre quanto richiesto dal diritto comunitario, che invece assume un atteggiamento di completa neutralità tra proprietà pubblica e proprietà privata delle imprese. Ciò che conta per il diritto comunitario è soltanto che l'impresa pubblica non goda di regimi privilegiati ingiustificati (art. 86 del Trattato CE)».

³⁰ In effetti, un principio del genere, a fronte di quanto dispongono l'art. 41, co. 3, e l'art. 43 Cost., oltre a non aver rinvenuto alcuna verifica dal punto di vista della storia dell'impresa pubblica nel nostro Paese (cfr., per tutti, G. COTTINO, *Ascesa e tramonto dello Stato imprenditore: morte e resurrezione?*, in *Storia d'Italia*, XXIX, Torino, 1998, 299 ss.), non sembra mai essere stato neanche adombrato dalla principale dottrina che si è occupata della iniziativa economica pubblica: cfr., per tutti, oltre agli Autori già citati sopra, di recente, M. RAMAJOLI, *La regolazione amministrativa dell'economia e la pianificazione economica nell'interpretazione dell'art. 41 della Costituzione*, in *Dir. Amm.*, 2008, 121 ss., ove ampi richiami della dottrina e della giurisprudenza della Corte costituzionale.

³¹ Come, del resto, emerge significativamente anche dall'art. 8 della l. n. 287 del 1990, il quale, nel disciplinare specificamente le «*imprese pubbliche*» *tout-court* – tenute ben distinte, dalla stessa legge, rispetto alle «*imprese che, per disposizioni di legge, esercitano la gestione di servizi di interesse economico generale ovvero operano in regime di monopolio sul mercato*» –, si preoccupa *solo ed esclusivamente* di sottoporle alla medesima disciplina prevista dalla stessa legge per le imprese private in materia di intese restrittive della libertà di concorrenza, di divieto di abuso di posizione dominante e di divieto di operazioni di concentrazione restrittive della libertà di concorrenza (su tutti questi aspetti non può che rinviarsi ad A. POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri. Profili di diritto amministrativo nella disciplina antitrust*, Torino, 2007, cap. I), senza disporre alcunché in ordine alla aderenza o meno dell'attività di impresa svolta dagli enti pubblici ai fini istituzionali di questi ultimi o alla circostanza per tale attività di impresa sia diretta o meno a

Sotto questo profilo, dunque, le argomentazioni addotte dalla sentenza in esame non convincono del tutto, perché poggiano su dati legislativi – cioè *l'incipit* dello stesso art. 3, co. 27, della l. n. 244 del 2007 – a loro volta incongruenti.

E lo stesso può dirsi anche in riferimento alla argomentazione addotta dai massimi Giudici amministrativi che rinvia alla sentenza della Corte costituzionale n. 148 del 2009, che pure aveva dichiarato infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 3, co. 27, della l. n. 244 del 2007: anche tale pronuncia del Giudice delle leggi appare, infatti, poco convincente.

Al riguardo occorre rilevare che, come si è già accennato sopra, la relativa questione di legittimità costituzionale era stata sollevata dalla Regione Veneto per pretesa violazione, ad opera delle disposizioni in esame, nella specifica parte in cui estendono il divieto ivi previsto anche alle Regioni, della competenza legislativa esclusiva di queste ultime in materia di “organizzazione e funzionamento della regione”.

La Corte costituzionale, seppure dà esplicitamente atto che «la Relazione al disegno di legge poi divenuto legge n. 244 del 2007 [...] espone che “scopo della norma è quello di evitare forme di abuso (la cui esistenza è verosimile, tenuto conto che sono circa tremila, ad esempio, le società partecipate dalle pubbliche amministrazioni, che *sottraggono l'agire amministrativo ai canoni della trasparenza e del controllo da parte degli enti pubblici e della stessa opinione pubblica*)”», riconduce, poi, le norme medesime al titolo di competenza legislativa esclusiva dello Stato relativo alla “tutela della concorrenza” perché... il loro scopo sarebbe quello di «evitare che soggetti dotati di privilegi svolgano attività economica al di fuori dei casi nei quali ciò è imprescindibile per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, ovvero per la produzione di servizi di interesse generale (casi compiutamente identificati dal citato art. 3, comma 27), al fine di eliminare eventuali distorsioni della concorrenza, quindi sono preordinate a scongiurare una commistione che il legislatore statale ha reputato pregiudizievole della concorrenza (sentenza n. 326 del 2008)».

In realtà, sempre sulla scorta delle considerazioni svolte al paragrafo precedente, ed anche in forza dei principi desumibili dall'ordinamento europeo, non pare che la mera costituzione, da parte di un ente pubblico, di una società commerciale che persegue scopi lucrativi ed estranei ai fini istituzionali dell'ente pubblico medesimo sia idonea a determinare *necessariamente e per ciò solo* un pregiudizio alla concorrenza. Tutto dipende, infatti, dal regime giuridico al quale questa risulti sottoposta. Se tale regime è quello di mercato, senza alcun indebito aiuto da parte dell'ente pubblico socio o alcuna altra forma di ingiustificato privilegio, non si arreca alcun pregiudizio alla concorrenza, come eloquentemente dimostra la circostanza per cui, allo stato attuale, il Ministero dell'economia e delle finanze controlla, direttamente o indirettamente, un numero assai ingente di società commerciali, talvolta anche di notevolissime dimensioni (si pensi, ad esempio, a Società come Fintecna S.p.a. o Finmeccanica S.p.a.), che operano nei più disparati settori di mercato, non afferenti a servizi di interesse generale (o a servizi

perseguire scopi lucrativi: ciò che riconferma che questi ultimi profili, presi in sé e per sé, nulla hanno a che vedere con la tutela della concorrenza e del mercato.

pubblici), in regime di piena concorrenza con imprese private, e senza che ciò abbia mai determinato l'insorgenza di problemi come quelli in esame³².

D'altro canto, emerge dagli stessi lavori preparatori dell'art. 3, co. 27, della l. n. 244 del 2007, pure citati testualmente dalla sentenza della Corte costituzionale, che il vero scopo primario della norma non è, in realtà, tanto quello di tutelare la concorrenza e il mercato, quanto, piuttosto, quello di «evitare forme di abuso [...] che sottraggono l'agire amministrativo ai canoni della trasparenza e del controllo da parte degli enti pubblici e della stessa opinione pubblica»: scopo che, invero, ha molto più a che vedere con il principio di legalità, che non con quello della tutela della concorrenza e del mercato.

Infine, che la sentenza in esame della Corte costituzionale sia un po' "fuori linea" emerge anche dai continui richiami che la stessa – pienamente condivisa, sul punto, dalla Adunanza plenaria, nel terzo ordine di argomentazioni richiamato sopra – opera alla precedente sentenza del medesimo Giudice delle leggi n. 326 del 2008, recependone i principi.

Quest'ultima sentenza, infatti, si era pronunciata sulla questione di legittimità costituzionale, sempre per pretesa violazione di competenze legislative esclusive regionali, di un complesso normativo, l'art. 13 del d. l. n. 223 del 2006, ben diverso rispetto all'art. 3, co. 27, della l. n. 244 del 2007, e che, in realtà, contrariamente a quanto sembra emergere anche dalla Adunanza plenaria, non risulta condividere, con quest'ultimo, una medesima *ratio*.

Difatti, il detto art. 13 contiene, innanzitutto, disposizioni che, a differenza di quelle recate dall'art. 3, co. 27, della l. n. 244 del 2007, si riferiscono non già agli enti pubblici (soci), ma alle sole società da questi partecipate.

Inoltre – e soprattutto – lo stesso articolo contempla soltanto società assai peculiari, quelle a capitale interamente pubblico o misto costituite o partecipate dalle amministrazioni pubbliche regionali e locali per la produzione di beni e servizi *strumentali* all'attività di tali enti, le quali, proprio in ragione di questo rapporto "di privilegio" che vantano con i rispettivi enti territoriali di riferimento, potrebbero effettivamente assumere comportamenti distorsivi della concorrenza laddove potessero operare anche in "mercati" diversi, avvalendosi, in essi, della rendita di posizione *aliunde* realizzata.

Proprio per ciò l'art. 13 del d. l. n. 223 del 2006 appare *davvero* ispirato ad esigenze di tutela della concorrenza; e proprio per ciò appare condivisibile la citata sentenza della Corte costituzionale n. 223 del 2006, che ha dichiarato costituzionalmente legittimo tale articolo riconducendolo al titolo di competenza legislativa esclusiva dello Stato relativo, per l'appunto, alla materia della "tutela della concorrenza". Ma, per queste medesime ragioni, appare chiaro che la *ratio* di questo stesso articolo risulta diversa da quella dell'art. 3, co. 27, della l. n. 244 del 2007, e, quindi, non appaiono condivisibili né la sentenza n. 148 del 2009 della Corte costituzionale, né l'Adunanza plenaria in

³² Dunque appaiono condivisibili, a questo riguardo, le considerazioni svolte, in riferimento all'art. 3, co. 27, della l. n. 244 del 2007 – ed alla luce della sentenza in esame della Corte costituzionale –, da L. LOMBARDI, *Società pubbliche e tutela della concorrenza*, in *Urb. App.*, 2009, 944: «Tale atteggiamento, da un lato, stride con il riconoscimento, ad esempio, agli enti locali di maggiori ambiti di autonomia anche in attuazione dei principi costituzionali (art. 114, co. 2, Cost.) e, dall'altro, è ultroneo rispetto a quanto richiesto dal diritto comunitario, per il quale la composizione societaria è del tutto neutrale, rilevando soltanto che l'impresa pubblica non goda di regimi privilegiati (art. 86 del Trattato CE)».

commento, nella parte in cui, trattando dell'art. 3, co. 27, della l. n. 244 del 2007, richiamano adesivamente i principi espressi dalla sentenza n. 326 del 2008 del medesimo Giudice delle leggi³³.

In sostanza, sembra potersi affermare che lo scopo “dichiarato” dall'art. 3, co. 27, della l. n. 244 del 2007 non corrisponde affatto al suo scopo “reale” (consistente, come è noto, nel contenimento della spesa pubblica), e che ciò sia dovuto alla sola intenzione “inconfessata” del legislatore nazionale di riuscire a legiferare comunque su “materie” – o, meglio, su enti pubblici, anche territoriali a fini generali – che oramai, a seguito della riforma del Titolo V, Parte II, della Costituzione, sembrerebbero fuoriuscire del tutto dalle sue competenze legislative esclusive³⁴.

Poiché, peraltro, le disposizioni contenute in tale articolo appaiono comunque, per le ragioni che si diranno al paragrafo successivo, “giuste”³⁵, la Corte costituzionale lo ha fatto salvo con la sentenza n. 148 del 2009, la quale, però, sconta la stessa “ambiguità” di fondo delle medesime disposizioni in questione; ambiguità che caratterizza, infine, sotto lo specifico profilo in esame, anche la Adunanza plenaria in commento.

6. Gli enti pubblici e il “criterio” del diritto amministrativo

Dalla analisi svolta sembra emergere che l'intera problematica sottoposta all'esame dell'Adunanza plenaria ha, in realtà, assai poco a che vedere sia con l'ordinamento europeo che con la tutela della concorrenza e del mercato, e molto, invece, con categorie giuridiche proprie del nostro ordinamento nazionale, ed, in particolare, con la “antica” *quaestio disputata* concernente il se gli enti pubblici godano o meno di autonomia privata o – il che è in fondo lo stesso – se questi siano o meno soggetti, anche con riferimento alle attività di rito privato da essi svolte, al principio di legalità: quest'ultimo – sì – previgente all'introduzione dell'art. 3, co. 27, della legge finanziaria per il 2008, e del tutto “indifferente” alle sue ambigue “autoqualificazioni”.

Si è cercato di dare sinteticamente conto, più sopra, delle diverse posizioni

³³ In questo modo, si è venuto in sostanza a delineare un complessivo “sistema” per cui, *esclusivamente* in ragione di pretese esigenze di tutela della concorrenza e del mercato, gli enti pubblici sono legittimati ad assumere l'esercizio di imprese *soltanto* se queste ultime afferiscano a servizi di interesse economico generale (cioè a servizi pubblici): in tal senso cfr., in commento alla sentenza della Corte costituzionale n. 148 del 2009, G. BOTTINO, *Le amministrazioni pubbliche e la costituzione, o la partecipazione, di società a capitale pubblico: la legittimità costituzionale dei limiti previsti nell'odierna legislazione statale*, cit., 1606 ss. Sennonché, tale “sistema”, da un lato, come si è più volte rilevato, non appare affatto idoneo, preso in sé e per sé, a tutelare effettivamente la concorrenza e il mercato; e, dall'altro lato, potrebbe suscitare, con specifico riferimento agli enti territoriali (in particolare con riferimento alle Regioni e ai Comuni), taluni dubbi di legittimità costituzionale, a fronte del carattere generale dei fini che tali enti possono perseguire, dell'ampia autonomia riconosciuta loro dalla riforma del Titolo V, Parte II, della Costituzione e dell'art. 41, co. 3, Cost., che comunque legittima l'iniziativa economica pubblica (quindi anche quella delle Regioni e dei Comuni) non soltanto quando sia afferente a servizi pubblici (o a servizi di interesse generale). Su questi aspetti cfr., ancora, M. CAMELLI e M. DUGATO, *Le società degli enti territoriali alla luce dell'art. 13 del d. l. n. 223/2006*, in *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, a cura degli stessi Autori, Torino, 2008, 347 ss., nonché D. CASILINI, *Oltre la tutela della concorrenza: le forme giuridiche nazionali di esercizio dell'impresa pubblica*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2009, 969 ss.

³⁴ Avvalendosi della nota “tecnica” delle materie così dette “trasversali”, sulle quali cfr., per tutti, G. SCACCIA, *Le competenze legislative sussidiarie e trasversali*, in *Dir. Pubbl.*, 2004, 461 ss.

³⁵ Almeno con riferimento agli enti pubblici non territoriali e dal carattere “monofunzionale”; con riferimento, invece, agli enti pubblici territoriali a fini generali si pongono le problematiche già rilevate alla precedente nota n. 33.

emerse al riguardo dal dibattito dottrinale³⁶.

In chiusura di queste brevi note può aggiungersi che, forse, le conclusioni cui sono pervenuti i massimi Giudici amministrativi – le quali, prese in sé e per sé, appaiono comunque condivisibili – potrebbero essere sorrette da argomentazioni di diritto positivo maggiormente valide.

A questo riguardo, i dati da cui muovere risultano, fondamentalmente, due.

In primo luogo, l'art. 11 del codice civile, il quale, nel disciplinare, in linea generale, le «persone giuridiche pubbliche», si premura di stabilire *soltanto* che «gli enti pubblici riconosciuti come persone giuridiche godono dei diritti secondo le leggi e gli usi osservati come diritto pubblico». La *ratio* e la lettera di tale previsione sono evidentemente nel senso di negare che le persone giuridiche pubbliche possano 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 private³⁷.

Ciò che, da un lato, sembra, invero, smentite *ab imis* quelle tesi della dottrina, richiamate sopra, le quali, al fine di voler riconoscere piena autonomia privata agli enti pubblici, affermano che per questi ultimi non sussisterebbero, in punto di stretto diritto

³⁶ Ma anche la giurisprudenza in più occasioni ha avuto modo di pronunciarsi su tale questione. Oltre a quella citata nelle note successive, appare significativa la (relativamente recente) sentenza del Consiglio di Stato, Sez. IV, 16 marzo 2004, n. 1344, in *Foro It.*, 2004, III, 502 ss., con Nota di I. PAOLA. Taluni Collegi provinciali dei Geometri avevano ritenuto di partecipare ad una procedura ad evidenza pubblica diretta all'affidamento del servizio di rilievo e censimento tecnico ed amministrativo dei beni demaniali e patrimoniali dello Stato, ma l'amministrazione aggiudicatrice aveva contestato loro il difetto di capacità e di legittimazione a parteciparvi, giacché il relativo contratto presentava un oggetto estraneo ai fini istituzionali degli enti medesimi. Il Consiglio di Stato, nel condividere le tesi dell'amministrazione, ha così argomentato: «Gli ordini professionali, come del resto tutti gli enti pubblici, possono agire soltanto nell'ambito dei poteri loro conferiti dalla legge e [...] non è invero rinvenibile alcuna espressa previsione normativa che legittimi l'ordine professionale [...] ad esercitare un'attività economica, quale quella cui aspirano gli odierni appellanti con la partecipazione alla gara *de qua*. Una tale attività non è infatti, con tutta evidenza, coesistente alle attribuzioni [dei Collegi] e non è dunque funzionale al concreto espletamento dei compiti ed alla realizzazione dei fini istituzionali degli enti stessi». Ma lo stesso giudice amministrativo, invero, si è spinto ancora oltre: «L'autonomia degli stessi [Collegi] si presenta, così, come “strumentale”, ossia caratterizzata da un intrinseco limite teleologico, nel senso di essere necessariamente volta al perseguimento di specifiche finalità di interesse generale, legislativamente individuate, cui strettamente ineriscono e debbono inerire le funzioni esercitate da tali enti. Del resto [...], anche a voler ipotizzare una equiparazione tra gli ordini e i collegi professionali, nella loro qualità di enti di diritto privato, alle società – con un'analisi, quindi, che privilegi un punto di vista strettamente privatistico della fattispecie – si perverrebbe [...] comunque alle stesse conclusioni. Come è noto, infatti, una società, nello svolgimento della propria attività, è tenuta a perseguire lo scopo risultante dall'atto costitutivo, rivelandosi invalido [*sic!*] un eventuale atto compiuto al di fuori dell'oggetto sociale. Ebbene, in assenza di un potere statutario attribuito a detti enti, è lo stesso legislatore a circoscrivere l'ambito di azione degli stessi, escludendo chiaramente che la loro capacità giuridica si possa estendere alla esecuzione di attività quale quella in argomento [...]. Tale incapacità non permetterebbe quindi a qualsivoglia Collegio [...], a causa di una incapacità di tipo giuridico, di svolgere l'attività oggetto dell'appalto [...]; così da rendere di riflesso nullo il relativo contratto, che, in caso di aggiudicazione, esso andrebbe a stipulare, in quanto, come è noto, l'impossibilità dell'oggetto, cui, ai sensi degli artt. 1346 e 1418 c.c., consegue la nullità del contratto, ricorre quando la prestazione sia insuscettibile di essere effettuata per la sussistenza di impedimenti originari di carattere materiale o giuridico che ostacolano in modo assoluto il risultato cui essa era diretta». Anche alla luce di quest'ultima giurisprudenza, appaiono poi condivisibili le argomentazioni svolte dalla Adunanza plenaria in commento che hanno inteso puntualizzare la portata della pronuncia della Corte di Giustizia, 23 dicembre 2009, C-305/08 (sulla quale cfr. L. DE PAULI, *La partecipazione delle Università alle procedure ad evidenza pubblica*, in *Urb. App.*, 2010, 551 ss.) che ha riconosciuto la possibilità, per le Università degli Studi, di partecipare a procedure di evidenza pubblica in qualità di “operatori economici”, nonché della successiva determinazione della Autorità di vigilanza sui contratti pubblici n. 7 del 21 ottobre 2010. Al riguardo, la sentenza in esame afferma che «l'attività di ricerca e consulenza, anche se in favore di enti pubblici, non può essere indiscriminata, sol perché compatibile, ma deve essere strettamente strumentale alle finalità istituzionali dell'Ente, che sono la ricerca e l'insegnamento, nel senso che giova al progresso della ricerca e dell'insegnamento, o procaccia risorse economiche da destinare a ricerca e insegnamento. Non si può pertanto trattare di un'attività lucrativa fine a sé stessa, perché l'Università è e rimane un ente senza fine di lucro», concludendo, quindi, che soltanto «entro i limiti sopra disegnati, deve ammettersi che l'Università possa agire quale operatore economico nei confronti di committenti pubblici (o ad essi equiparati ai sensi del d.lgs. n. 163/2006), non solo in via diretta, ma anche mediante apposita società».

³⁷ Cfr., sul punto, F. GALGANO, «Pubblico» e «privato» nella qualificazione della persona giuridica, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1966, 279 ss., nonché ID., *Persona giuridica*, in *Dig. Civ.*, Torino, 1995.

positivo, norme derogatorie rispetto a quelle civilistiche che riconoscono alle persone giuridiche private, per l'appunto, piena autonomia privata e legittimazione negoziale illimitata; e, dall'altro lato, proprio mediante 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 pubblico³⁸.

In secondo luogo – ed anche a rischio di ribadire concetti “ovvi” – occorre ricordare che le leggi istitutive o costitutive degli enti pubblici, compresi anche quelli chiamati a svolgere soltanto attività imprenditoriali, sono strutturate sempre in modo da fissare agli enti medesimi degli scopi. Assai raramente ricorrono in esse disposizioni volte a limitare, in termini negativi, la legittimazione negoziale degli enti medesimi. Molto più di frequente, invece, ricorrono disposizioni, formulate in termini positivi, che assumono valenza tecnicamente autorizzatoria, nei loro confronti, a compiere attività di diritto privato strumentali o, comunque, connesse ai propri scopi istituzionali, non di rado con la previsione degli specifici strumenti di diritto privato a tal uopo utilizzabili. Tale fissazione normativa – quindi: eteronoma – degli scopi degli enti pubblici configura sempre l'attività svolta da questi ultimi alla stregua di una vera e propria funzione (pubblica), del tutto indipendentemente dagli strumenti (autoritativi o negoziali) che essi possano a tal fine utilizzare. Ne derivano due corollari: in positivo, gli enti pubblici devono comunque perseguire lo scopo (o interesse) ad essi eteronomamente imposto (del quale, infatti, non possono disporre); in negativo, essi non possono perseguire scopi (o interessi) diversi, men che mai mediante strumenti di diritto privato³⁹.

È proprio in ragione di queste argomentazioni che occorre affermare la cogenza del principio di legalità anche in riferimento all'attività di diritto privato degli enti pubblici, con la conseguenza per cui questi ultimi, pur possedendo capacità giuridica e capacità di agire, non posseggono, però, piena autonomia privata; o, meglio, la loro capacità giuridica e la loro capacità di agire devono ritenersi limitate all'ambito della funzione pubblica loro propria⁴⁰.

Giustamente, dunque, aveva concluso, sul punto, l'ordinanza della Sez. VI del Consiglio di Stato n. 970 del 2011, la stessa che aveva rimesso la questione in esame

³⁸ A questo riguardo appaiono, dunque, assai significative le considerazioni svolte da F. MERUSI, *Recenti avventure e disavventure della legalità amministrativa*, in ID., *Sentieri interrotti della legalità*, Bologna, 2007, 11 ss., laddove viene rilevato che «per liberarsene [dalla legalità] o almeno per allentare la presa, una parte della dottrina è venuta in aiuto del legislatore (ogni epoca ha la sua “razza dannata”), inventandone di tutte: si è confuso il contraddittorio introdotto per difendere il cittadino dall'esercizio unilaterale del potere con il contratto, per poi concludere che tutti e due, cittadino ed autorità amministrativa, utilizzavano l'autonomia privata oppure si è tentato di distinguere fra atti imperativi di esercizio della sovranità e atti non autoritativi, per poi concludere che la legalità serviva solo per i primi e non per i secondi, dimenticando, o fingendo di ignorare, che la legalità serve soprattutto, se non esclusivamente, per rendere tipici gli atti della pubblica amministrazione, cioè prevedibili, a prescindere dal loro contenuto».

³⁹ Cfr., sul punto, F. TRIMARCHI BANFI, *Il diritto privato dell'amministrazione pubblica*, in *Dir. Amm.*, 2004, 667 ss., la quale ribadisce, in termini generali – e sulla stessa linea già precisamente tracciata da F. G. SCOCA, *Attività amministrativa*, in *Enc. Dir.*, Agg. VI, Milano, 2002, 75 ss. –, che «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» (corsivi aggiunti).

⁴⁰ Ciò che, naturalmente, dovrebbe valere anche in riferimento alle sempre più numerose società pubbliche (così dette “legali” (alle quali pure accenna l'Adunanza plenaria in commento), cioè direttamente istituite o costituite da atti normativi aventi rango legislativo che ne predeterminano, tra l'altro, anche la destinazione funzionale: al riguardo, sia consentito rinviare a G. GRÜNER, *Enti pubblici a struttura di S.p.A. Contributo allo studio delle società “legali” in mano pubblica di rilievo nazionale*, Torino, 2009, 310 ss. In senso diverso, invece, cfr. C. IBBA, *Le società «legali»*, Torino, 1992, 292 ss., secondo il quale gli organismi societari in discorso, fermo restando il doveroso perseguimento del loro “oggetto sociale” predeterminato *ex lege*, potrebbero, però, adottare delibere di modificazione degli statuti “ampliative” dello stesso.

all'Adunanza plenaria: «Sembra dunque che sia proprio il *principio di legalità* – di rango costituzionale – a costituire l'invalidabile limite che tutte le amministrazioni pubbliche devono rispettare e che impedisce loro di assumere le iniziative più diverse, non previste espressamente dalla legge»; così riconfermando questo stesso principio come il “criterio” del diritto amministrativo⁴¹.

⁴¹ Per utilizzare la celebre espressione di H. KELSEN, *General theory of law and State*, Harvard University Press, 1945, trad. it. *Teoria generale del diritto e dello Stato*, a cura di S. Cotta e G. Treves, Milano, 1952, 15 ss. Se ciò è così si pone, peraltro, il noto e delicatissimo problema, al quale in questa sede non può essere dedicato che un accenno, di individuare quali conseguenze giuridiche debbano derivare dalla violazione del principio di legalità sull'atto di diritto privato. Al riguardo, l'unica soluzione davvero coerente con il sistema – e salvo, ovviamente, che norme speciali dispongano in maniera diversa (ma tale non sembra il caso dell'art. art. 133, co. 1, lett. e), n. 1, c.p.a., perché le disposizioni in esso contenute disciplinano una evenienza non necessariamente coincidente con la problematica in esame) – appare quella, ampiamente argomentata dallo stesso C. MARZUOLI, *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, cit., 184 ss., di ritenere l'atto di diritto privato in questione radicalmente nullo, ai sensi dell'art. 1418, co. 1, del codice civile, per contrasto con norma imperativa (cioè la norma di diritto pubblico che predetermina eteronomamente lo scopo dell'ente pubblico), e con tutela soltanto risarcitoria del possibile affidamento incolpevole nutrito dai soggetti terzi interessati in ordine alla validità dell'atto mediante la applicazione dell'istituto della responsabilità precontrattuale (ai sensi degli artt. 1337 e 1338 del codice civile), risultando, peraltro, al riguardo, sostanzialmente irrilevanti sia la presenza sia le eventuali vicende di un previo atto amministrativo al quale risulti collegato l'atto di diritto privato (per quest'ultimo aspetto cfr., in particolare, 133 ss.). Per quanto concerne la stessa problematica in riferimento alle società (così dette) “legali”, essa appare ancor più complessa, perché il diritto societario disciplina compiutamente il regime degli atti eccedenti lo scopo sociale: sia, quindi, consentito rinviare ancora a G. GRÜNER, *Enti pubblici a struttura di S.p.A. Contributo allo studio delle società “legali” in mano pubblica di rilievo nazionale*, cit., 320 ss. Per la giurisprudenza cfr., ad esempio, Cons. St., Sez. V, 1 marzo 2010, n. 1156: «Nel caso di cessione di quote azionarie di società comunale la capacità della p.a. di stipulare il relativo contratto, correlata alla soggettività giuridica ad essa riconosciuta dall'art. 11 c.c. “secondo le leggi e gli usi osservati come diritto pubblico”, sussiste solo quando sia esercitata conformemente alle procedure definite dal legislatore per il perseguimento di finalità di pubblico interesse, né la mancanza di capacità dell'Amministrazione può essere giudicata alla stregua di una causa di annullamento del contratto ai sensi dell'art. 1425 c.c., poiché il minor rigore con il quale l'ordinamento giudica la causa di invalidità, in ragione della necessità di preservare l'apprezzamento discrezionale del contraente privato portatore dell'interesse leso, non ricorre nel caso in cui l'assenza di capacità del soggetto pubblico dipenda dalla violazione di norme dettate a tutela dell'ordine pubblico economico; segue da ciò che la violazione di norme imperative finalizzate ad assicurare i valori di buon andamento ed imparzialità dell'azione amministrativa di cui all'art. 97 Cost., comportando il difetto della capacità di agire dell'Amministrazione, denota il vizio genetico della formazione della volontà e della scelta del contraente, in un ambito che attiene pur sempre all'assolvimento di funzioni amministrative, riflettendosi sulla validità dell'atto di alienazione, con le conseguenze di cui all'art. 1418, co. 1, c.c.»; nonché Cass., Sez. II, 21 aprile 2000, n. 5234: «La capacità di diritto privato delle persone giuridiche è potenzialmente generale, ma per gli enti pubblici incontra il limite della “competenza” attribuita all'ente, che è delimitata da norme qualificabili come imperative ai sensi dell'art. 1418 c.c., sicché la loro violazione comporta la radicale invalidità dell'atto compiuto dall'ente, in quanto affetto da incapacità negoziale; ne consegue che deve ritenersi in tal senso viziato il contratto col quale il Comune abbia affidato ad un professionista l'incarico di aggiornare il progetto relativo ad un'opera pubblica, da realizzarsi nella città di Palermo e rientrante tra quelle considerate di preminente interesse nazionale dal d. l. n. 19 del 1988, convertito con modificazioni in l. n. 99 del 1988, giacché tale normativa ha trasferito ogni competenza in materia al Presidente del Consiglio dei Ministri». Particolarmente interessanti appaiono anche, a questo medesimo riguardo, le conclusioni cui è pervenuta, seppure ad altri fini rispetto a quelli che qui specificamente rilevano, la stessa Adunanza plenaria in commento, ove ha affermato che «sussiste l'interesse al ricorso contro gli atti prodromici di negozi societari anche se la società è stata iscritta nel registro delle imprese ed i negozi societari non possono essere invalidati dal giudice amministrativo, atteso che l'annullamento degli atti pubblicistici produce un effetto viziante del negozio societario a valle, con la conseguente possibilità di azionare rimedi risarcitori e di impugnare il negozio societario davanti al giudice ordinario, nonché di chiedere all'Amministrazione l'ottemperanza al giudicato amministrativo, e, ove occorra, adire il giudice amministrativo, che in sede di ottemperanza può intervenire sulla sorte del contratto».