

# L'attività amministrativa delle società in mano pubblica, alla luce delle recenti modifiche della legge n. 241/1990

di Carlo Polidori

Le modifiche apportate dalla legge n. 69/2009 alla legge n. 241/1990 offrono all'autore lo spunto per approfondire i temi relativi all'attività amministrativa delle società in mano pubblica. In particolare sono affrontati i rapporti tra la norma generale sull'attività oggettivamente amministrativa, di cui all'art. 1, comma 1 *ter*, della legge sul procedimento amministrativo e la disposizione speciale relativa alle società a totale o prevalente capitale pubblico di cui al successivo art. 29, comma 1.

## L'attività oggettivamente amministrativa nella legge n. 241/1990

Un'autorevole dottrina (1) - in un recente contributo finalizzato ad approfondire la nozione giuridica di "attività amministrativa" (2) alla luce del quadro normativo anteriore alle novelle apportate alla legge n. 241/1990 dalle leggi n. 15/2005 e n. 69/2009 - dopo aver evidenziato la recente diffusione del fenomeno dell'attività amministrativa svolta da soggetti (persone fisiche o giuridiche) privati, ha posto il problema della qualificazione, come pubblici o come privati, dell'attività e degli atti con i quali tali soggetti provvedono alla cura l'interesse pubblico, rappresentando la difficoltà di offrire risposte non opinabili in ragione della possibilità di rinvenire nell'ordinamento solo «spezzoni di disciplina, in genere non aventi un ambito di applicazione estendibile a tutte le diverse ipotesi di **attività oggettivamente amministrativa**» (3). Del resto, ragionando in termini astratti, se si parte dalla qualificazione del soggetto, è ben possibile affermare che si tratti di attività ed atti di natura privatistica; se invece si valorizza la qualificazione dell'interesse perseguito, non è illogico ritenere che si tratti di attività ed atti di natura pubblica.

Ciò spiega perché il legislatore in questi ultimi anni, oltre ad intervenire più volte sulle diverse normative di settore riguardanti i soggetti privati che svolgono attività amministrative, abbia ritenuto di dover prendere posizione su tale delicato problema inserendo nella legge generale sul procedimento amministrativo una norma generale, applicabile a tutti i soggetti privati che sono chiamati ad esercitare attività di cura di interessi pubblici (l'art. 1, comma 1 *ter*, introdotto dall'art. 1, legge n. 15/2005), ed una norma speciale, dedicata alle **società con totale o prevalente capitale pubblico** (l'art. 29, com-

ma 1, secondo periodo, come modificato dall'art. 10, legge n. 69/2009).

Prima di affrontare i problemi applicativi che pone la disciplina positiva dell'attività oggettivamente amministrativa, occorre rammentare che in passato, per spiegare sul piano teorico il fenomeno dell'attività amministrativa svolta da soggetti privati, si è fatto ricorso, soprattutto da parte della giurisprudenza (4), alla figura dell'or-

### Note:

(1) Cfr. F.G. Scoca, *Attività amministrativa*, in *Enc. Dir.*, Aggiornamento, VI, Milano 2002, 110 e ss.

(2) Come noto, per attività amministrativa si intende un insieme di comportamenti, atti e provvedimenti, ai quali l'ordinamento attribuisce rilevanza giuridica anche nel loro complesso, diretti alla cura di interessi pubblici.

(3) In particolare F.G. Scoca (op. cit., 110 e ss.) - dopo aver ricordato la definizione di derivazione comunitaria di organismo di diritto pubblico (oggi contenuta nell'art. 3, comma 26, D.Lgs. n. 163/2006), la disciplina sull'accesso agli atti dei gestori di servizi pubblici (art. 23, legge n. 241/1990), le disposizioni sulla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo sulle controversie in materia di servizi pubblici (oggi posta dall'art. 244, D.Lgs. n. 163/2006) e sulla soggezione delle società derivanti dalla privatizzazione di enti pubblici economici al controllo della Corte dei conti, nonché altri "spezzoni di disciplina" relativi a specifici settori (come, ad esempio, quello delle fondazioni o associazioni derivanti dalla privatizzazione degli enti previdenziali o quello delle fondazioni derivanti dalla privatizzazione degli enti musicali) - ha posto in rilievo che le difformità tra le diverse normative di settore erano tali da impedire perfino che ad una disciplina comune e generale si potesse pervenire in via di interpretazione sistematica.

(4) Cfr. Cass. Civ., Sez. Un., 29 dicembre 1990, n. 12221, in *Foro it.* 1991, I, 3405; Cons. Stato, Sez. VI, 20 maggio 1995, n. 498, in *Foro Amm.*, 1995, 1010.

gano indiretto, mentre parte della dottrina ha invocato la figura del *munus* (5). Oggi, invece, a fronte delle critiche rivolte a tali figure (6) e tenuto conto della disciplina posta dall'art. 1, comma 1 *ter*, legge n. 241/1990, è preferibile procedere all'inquadramento teorico della materia in base ai testi normativi, senza ricorrere ad ulteriori figure dogmatiche.

In particolare dalla disposizione dell'art. 1, comma 1 *ter*, secondo la quale "i soggetti privati preposti all'esercizio di attività amministrative assicurano il rispetto dei criteri e dei principi di cui al comma 1" (7), si desume chiaramente che non è sufficiente il (solo) carattere pubblico dell'interesse perseguito per consentire di qualificare come oggettivamente amministrativa l'attività svolta da soggetti privati (ossia estranei rispetto alla organizzazione amministrativa); occorre infatti un titolo giuridico che investa il privato del compito di perseguire l'interesse pubblico, in modo da rendere doverosa la sua attività (8). Si può, quindi, definire l'attività oggettivamente amministrativa come il fenomeno che si verifica quando un soggetto estraneo all'organizzazione amministrativa sia tenuto, in forza di un titolo giuridico, a perseguire con la sua azione interessi riconosciuti come pubblici.

Inoltre, quanto al problema della qualificazione dell'attività svolta dal soggetto privato preposto alla cura dell'interesse pubblico, sulla base del combinato disposto dell'art. 1, comma 1 *ter*, con l'art. 29, legge n. 241/1990 - secondo la quale "le disposizioni della presente legge si applicano, altresì, alle società con totale o prevalente capitale pubblico, limitatamente all'esercizio delle funzioni amministrative" - si può sin d'ora porre in rilievo che il legislatore ha assunto una posizione intermedia, prevedendo che l'attività dei soggetti privati preposti alla cura di interessi pubblici sia sottoposta solo ai principi generali dell'attività amministrativa, sempre che non si tratti di una società con totale o prevalente capitale pubblico (ossia di un soggetto che può essere considerato solo formalmente privato), perché in tal caso devono essere integralmente applicate le regole fissate dalla legge n. 241/1990 per l'esercizio delle funzioni amministrative.

Poste tali premesse, nei paragrafi che seguono si procederà all'esame della disciplina positiva dell'attività oggettivamente amministrativa alla luce delle novità derivanti dalle novelle alla legge n. 241/1990 introdotte dalla legge n. 69/2009.

### **Le modifiche apportate dalla legge n. 69/2009 all'art. 1, comma 1 *ter*, legge n. 241/1990**

L'art. 7, legge n. 69/2009 novella l'art. 1, legge n. 241/1990, dedicato ai "principi generali dell'attività amministrativa", inserendo il criterio "di imparzialità" nella disposizione del primo comma dell'art. 1 e modificando il successivo comma 1 *ter* in modo che i soggetti privati preposti all'esercizio di attività amministrative siano tenuti ad assicurare non solo il rispetto "dei principi" di cui al comma 1, ma anche il rispetto "dei criteri" del medesimo comma 1.

Per effetto della prima novella, l'art. 1, comma 1, legge n. 241/1990 risulta così modificato: "L'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge ed è retta da criteri di economicità, di efficacia, di imparzialità, di pubblicità e di trasparenza secondo le modalità previste

dalla presente legge e dalle altre disposizioni che disciplinano singoli procedimenti, nonché dai principi dell'ordinamento comunitario", e si ripropone, quindi, all'attenzione dell'interprete il problema della valenza di una disposizione che si limita a riprodurre principi che trovano il loro fondamento e la loro forza cogente in altre previsioni normative di rango superiore (9), come l'art. 97 cost., il quale - come noto - impone che i pubblici uffici siano "organizzati secondo disposizioni di legge, in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione".

A prescindere dalla posizione che si intenda assumere al riguardo, occorre ricordare che l'Amministrazione obbedisce a due principi fondamentali: il buon andamento e l'imparzialità, e che, secondo la dottrina (10), «il primo concerne l'ordinazione dell'Amministrazione al suo fine primario, cioè all'interesse pubblico specifico, e si pone perciò come il canone regolativo primario della funzione; il secondo riguarda il rispetto degli interessi secondari e si atteggia più come limite che come criterio positivo». Ciò posto, non essendo questa la sede per una approfondita disamina del principio di imparzialità e dei rapporti tra la disposizione dell'art. 97 Cost. e quella dell'art. 1, comma 1, legge n. 241/1990, si deve comunque rilevare che uno degli scopi perseguiti dal legislatore con la novella in esame emerge - a ben vedere - da

#### **Note:**

(5) V. Cerulli Irelli, *Corso di diritto amministrativo*, Torino, 2001, 70 e ss.

(6) Per una rassegna delle critiche mosse alla teoria dell'organo indiretto si veda: P. De Lise, *Giurisdizione amministrativa e provvidimenti di soggetti privati*, in *Funzione ed oggetto della giurisdizione amministrativa*, (a cura di G. Morbidelli), Torino, 1998, 61 e ss.

(7) Sull'art. 1, comma 1 *ter*, legge n. 241/1990 si vedano, in particolare, D. Marrama, *Commento all'art. 1, comma 1 *ter* della legge n. 241/1990*, in *La pubblica Amministrazione e la sua azione. Saggi critici sulla legge n. 241/1990 riformata dalle leggi n. 15/2005 e 80/2005*, (a cura di) N. Paolantonio, A. Police, A. Zito), Torino, 2005, 117 e ss.; A. Maltini, *Enti riqualificati in senso pubblicistico dalla giurisprudenza ed enti equiparati alla p.a. sul piano funzionale. I privati esercenti attività amministrative dopo la riforma della l. n. 241/90*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it).

(8) Come evidenziato da F.G. Scoca (op. cit., 110 e ss.), il titolo può ricavarsi da atti formali, come nel caso di società costituite con leggi speciali, ovvero da collegamenti organizzativi con pubbliche amministrazioni, come nel caso delle società a prevalente partecipazione pubblica.

(9) A tal riguardo si vedano le acute osservazioni di A. Police, *Commento all'art. 1, comma 1, della legge n. 241/1990*, in *La pubblica Amministrazione e la sua azione. Saggi critici sulla legge n. 241/1990 riformata dalle leggi n. 15/2005 e 80/2005*, (a cura di) N. Paolantonio, A. Police, A. Zito), Torino, 2005, 49, il quale, dopo aver evidenziato - a riprova della scarsa necessità di un commento alle previsioni dell'art. 1 della legge n. 241/1990 in materia di principi dell'azione amministrativa - che tali disposizioni «costituiscono un catalogo che - per usare una colorita espressione di Santi Romano - ricorda più una elencazione di precetti del vecchio Catechismo tridentino che un insieme di previsioni assistite dalla effettività e dalla giustiziabilità (terrene) proprie delle norme di diritto positivo», non manca tuttavia di rilevare che proprio la formulazione dell'art. 1 «conferma quella crisi del principio di legalità che costituisce l'unico e vero principio generale dell'azione amministrativa».

(10) Cfr. A. Police, op. cit., 71.

una lettura coordinata dei commi 1 e 1 ter, legge n. 241/1990.

Infatti per effetto della seconda novella riguardante l'art. 1, legge n. 241/1990, i soggetti privati preposti all'esercizio di attività amministrative sono tenuti, come già accennato, ad assicurare non solo il rispetto dei principi, ma anche il rispetto dei criteri di cui al primo comma dell'art. 1. Pertanto il combinato disposto dei commi 1 e 1 ter comporta che anche i soggetti privati preposti all'esercizio di attività amministrative (i quali, come si avrà modo di evidenziare nei successivi paragrafi, solo in alcuni casi sono assimilabili ai "pubblici uffici" di cui all'art. 97 cost.) sono chiamati ad assicurare il rispetto del principio di imparzialità (inteso come obbligo di ponderazione degli interessi secondari) e, quindi, risulta potenzialmente foriero di notevoli ricadute pratiche per l'attività oggettivamente amministrativa.

Del resto, per comprendere appieno il significato di tale novella giova ribadire che l'inserimento del comma 1 ter nel corpo dell'art. 1, legge n. 241/1990 è frutto della crescente propensione del legislatore ad utilizzare nel contesto dell'organizzazione e dello svolgimento dell'attività amministrativa istituti, figure soggettive e moduli tipici del diritto privato, propensione che, peraltro, non si è quasi mai tradotta in un rinvio puro e semplice alla disciplina del codice civile, perché «si è sempre dovuta confrontare con i risvolti pubblicistici fisiologicamente connessi agli interessi generali che sono alla base di tale attività» (11). Ebbene, proprio la considerazione di tali risvolti pubblicistici si è tradotta - con l'inserimento del comma 1 ter - nell'enucleazione di una disciplina *ad hoc* dell'attività oggettivamente amministrativa, secondo la quale le regole del diritto privato sono integrate con innesti pubblicistici, in modo da garantire che anche tale attività si svolga nel rispetto di principi fondamentali dell'azione amministrativa.

### L'ambito di applicazione dell'art. 1, comma 1 ter

Dal punto di vista soggettivo, occorre innanzi tutto chiarire che la disposizione dell'art. 1, comma 1 ter, essendo diretta ai "soggetti privati preposti all'esercizio di attività amministrative", si presta ad essere applicata sia ai soggetti formalmente e sostanzialmente privati (12), sia ai soggetti per i quali la legge opera una riqualificazione in senso pubblicistico in relazione a determinate attività, ad esempio attraverso la qualificazione degli stessi come "**organismi di diritto pubblico**" ai sensi dell'art. 3, comma 26, D.Lgs. n. 163/2006 (13), sia ai soggetti formalmente privati, ma sostanzialmente pubblici, ossia ai soggetti per i quali la giurisprudenza - sulla scorta della neutralità della forma societaria (14) - non esita ad operare una vera e propria riqualificazione *tout court* in senso pubblicistico (15).

Posta questa tripartizione, si deve sin d'ora porre in rilievo la necessità di coordinare la disposizione in esame con il nuovo art. 29, comma 1, legge n. 241/90, nella parte in cui prevede che "le disposizioni della presente legge si applicano, altresì, alle società con totale o prevalente capitale pubblico, limitatamente all'esercizio delle funzioni amministrative". Infatti per effetto di quest'ultima disposizione le società con totale o prevalente capitale pubblico, pur essendo soggetti formalmente privati, sono tuttavia integralmente soggette all'applica-

zione della legge n. 241/1990 qualora esercitino funzioni amministrative. Risulta quindi evidente che l'art. 29, comma 1, sottrae le c.d. società in mano pubblica all'applicazione del (solo) art. 1, comma, 1 ter, e le equipara, seppure "limitatamente all'esercizio delle funzioni amministrative", alle amministrazioni statali e agli enti pubblici nazionali.

Inoltre, con riferimento agli enti che l'art. 3, comma 26, D.Lgs. n. 163/2006 qualifica come organismi di diritto pubblico, non si può far a meno di evidenziare che sull'ambito applicativo del comma 1 ter incide sensibilmente la c.d. "**teoria del contagio**", ossia l'orientamento sostenuto - sulla scorta di una consolidata giurisprudenza del giudice comunitario - sia dal giudice amministrativo (16), sia dalla Corte di cassazione (17), secondo il quale la qualifica di organismo di diritto pubblico, una volta riconosciuta esistente per un ramo dell'attività svolta da un ente, deve ritenersi estesa anche ai restanti contesti nei quali lo stesso ente opera.

In particolare il giudice comunitario (18) ha ripetuta-

#### Note:

(11) Cfr. D. Marrama, *op. cit.*, 119.

(12) Si pensi, ad esempio, agli enti ecclesiastici civilmente riconosciuti, che in virtù di finanziamenti statali ricevuti assumono, secondo la giurisprudenza (Cons. Stato, Sez. V, 7 giugno 1999, n. 295, in Cons. Stato, 1999, I, 869), la qualifica di soggetti aggiudicatori ai sensi dell'art. 2, comma 2, lett. c), legge n. 109/1994 (ora art. 32, comma 1, lett. d), D.Lgs. n. 163/2006); oppure ai concessionari di lavori pubblici, tenuti anch'essi, ai sensi dell'art. 32, comma 1, lett. b), D.Lgs. n. 163/2006, al rispetto delle procedure di evidenza pubblica per la scelta del contraente; oppure ancora ai soggetti privati di cui all'art. 32, comma 1, lett. g), D.Lgs. n. 163/2006, ossia ai titolari di titoli di permesso di costruire, che assumono in via diretta l'esecuzione delle opere di urbanizzazione a scampo totale o parziale del contributo previsto per il rilascio del permesso stesso.

(13) Per un panorama delle numerose questioni applicative connesse alla nozione di organismo di diritto pubblico si veda R. Garofoli, *L'organismo di diritto pubblico*, in *Trattato sui contratti pubblici*, (diretto da), M.A. Sandulli, R. De Nictolis, R. Garofoli, Milano, 2008, I, 572 e ss.

(14) La giurisprudenza è ormai unanime nel riconoscere che il criterio da utilizzare per individuare la natura pubblica o privata di un ente non è dato dalla forma rivestita, bensì dalla natura pubblica dello scopo perseguito e dalle risorse utilizzate nello svolgimento della sua attività, con la conseguenza che, anche in presenza della forma societaria, se l'ente persegue fini pubblici e utilizza risorse pubbliche è da considerare senz'altro come un ente pubblico. Tra le numerose pronunce che affermano tale principio si segnalano, in particolare, Corte Cost. 19 dicembre 2003, n. 363 (in *Foro it.*, 2004, I, 1688), e Cass. S.U. 26 febbraio 2004, n. 3899 (in *Foro it.*, 2005, I, 2675).

(15) Si vedano, in particolare: per ENEL s.p.a., Cons. Stato, Sez. VI, 17 febbraio 2002, n. 4711 (con commento di P. Pizza, *Società per azioni di diritto singolare, enti pubblici e privatizzazioni: per una rilettura di un recente orientamento del Consiglio di Stato*, in *Dir. proc. amm.* 2003, 2, 518); per Poste Italiane s.p.a., Cons. Stato, Sez. VI, 2 marzo 2001, n. 1206, in *Urb. e App.*, 2001, 632; per RAI s.p.a., Cass. Civ., Sez. Un., 23 aprile 2008, n. 10443, in *Foro amm.* CDS, 2008, 9 2327.

(16) Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 19 maggio 2008, n. 2280 (relativa all'Ente Nazionale Risi), in *Foro it.*, 2009, 4, 217.

(17) Cfr. Cass. Civ., Sez. Un., 23 aprile 2008, n. 10443, cit.

(18) Cfr. Corte di Giustizia Ce, 15 gennaio 1998 in C-44/96, Man-  
(segue)

mente affermato che, ai fini della qualificazione di un ente come organismo di diritto pubblico, non rileva la circostanza che lo stesso svolga, oltre alle attività di interesse generale, anche altre attività, persino esercitate in via prevalente rispetto alle funzioni pubblicistiche, di carattere industriale o commerciale, così escludendo la necessità di operare, in tali evenienze, una sorta di "giudizio di prevalenza" tra le attività svolte. Pertanto, se una delle attività svolte dall'ente rientra nell'ambito di applicazione delle direttive in materia di appalti pubblici, le ulteriori attività eventualmente svolte dal medesimo ente sono attratte nella disciplina pubblicistica, a prescindere dal fatto che per esse sia predicabile il carattere non industriale o commerciale.

La "teoria del contagio" ha incontrato serrate critiche da parte della dottrina (19), secondo la quale «la circostanza che un soggetto privato in determinati contesti della propria attività assuma la qualifica di organismo di diritto pubblico non deve indurre a pensare che il soggetto in questione, in quei medesimi contesti, perda la sua natura di persona giuridica di diritto privato. La qualifica di organismo di diritto pubblico potrebbe, infatti, essere paragonata ad una veste che, da un lato, si appoggia sulla natura giuridica (pubblica o privata) del soggetto che la indossa, ma non la altera e, dall'altro, può essere portata stabilmente o episodicamente, ma non necessariamente copre ogni ambito dell'attività di chi la indossa».

Tuttavia la teoria in questione è stata da ultimo riaffermata dalla Corte di Giustizia (20), alla quale era stata rimessa, tra le altre, la questione se potesse avere l'effetto di escludere il "contagio" l'adozione di misure volte a realizzare una netta separazione tra le attività che l'ente esercita per adempiere il suo compito di soddisfare bisogni d'interesse generale e le attività svolte in condizioni di concorrenza, sul presupposto che la separazione escluderebbe un finanziamento incrociato tra tali due tipi di attività (21).

### La portata precettiva dell'art. 1, comma 1 ter, e il regime dell'attività oggettivamente amministrativa

Dal punto di vista oggettivo, l'ambito di applicazione del comma 1 ter sembra circoscritto alle attività amministrative procedimentalizzate, ossia alle attività destinate a concludersi con l'adozione di un vero e proprio provvedimento amministrativo (22) ovvero con un accordo sostitutivo del medesimo. Peraltro dalle considerazioni svolte nel precedente paragrafo si desume che costituisce attività amministrativa procedimentalizzata anche quella posta in essere dal soggetto privato tenuto a porre in essere procedure ad evidenza pubblica per la scelta del contraente.

A tal riguardo occorre evidenziare che, proprio in relazione all'attività finalizzata alla scelta del contraente, la dottrina (23) all'indomani dell'entrata in vigore della legge n. 15/2005 aveva posto in rilievo come l'art. 1, comma 1 ter, attraverso il richiamo dei principi di cui al primo comma del medesimo art. 1 (tra i quali sono compresi i principi dell'ordinamento comunitario), producesse «l'effetto di vincolare al costante rispetto dei principi dell'ordinamento comunitario anche quei soggetti preposti all'esercizio di attività amministrative che - nel contesto degli affidamenti soprasoglia - assumono la qualifi-

ca di organismi di diritto pubblico», così recependo un consolidato orientamento della Corte di Giustizia Ce (24). Residuava, peraltro, un delicato problema connesso alla possibilità di ritenere che - per effetto dell'obbligo imposto, per legge, agli organismi di diritto pubblico di rispettare i principi dell'ordinamento comunitario nell'affidamento degli appalti sottosoglia (25) - le relative controversie rientrassero nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (26). Ebbene tale problema

#### Note:

(segue nota 18)

nesmann Anlagenbau Austria, in *Foro amm.*, 1998, 2291; id., 10 novembre 1998, in causa C-360/96, Gemeente Amhem e a. c. B.F.I. Holding B.V.; id., 12 dicembre 2002, in causa C-470/99, Universale Bau e a.; id., 27 febbraio 2003, in causa C-373/00, Adolf Truley GmbH c. Bestattung Wien GmbH; id., 22 maggio 2003, in causa C-18/01, Taitotalo.

(19) Cfr. D. Marrama, *op. cit.*, 121.

(20) Cfr. Corte di Giustizia Ce, 10 aprile 2008, in C-393/06, Ing. Aigner Wasser Warme Umwelt GmbH c. Fernwärme Wien GmbH, in *Foro it.*, 2009, 4 183. In tale pronuncia la Corte dopo aver ribadito le conclusioni raggiunte nella sentenza Mannesmann, ha precisato che esse si impongono anche per gli enti che applicano una contabilità intesa ad una netta separazione interna tra le diverse attività.

(21) Anche queste affermazioni del Giudice comunitario non hanno mancato di suscitare critiche per il loro rigore. Si vedano in particolare: R. Garofoli, *op. cit.*, 572 e ss.; G. Mari, *Natura giuridica della Rai: impresa pubblica e organismo di diritto pubblico?* in *Foro amm. CDS*, 2008, 9, 2335 e ss.

(22) Si veda al riguardo P. De Lise (*op. cit.*), il quale - nell'affrontare il delicato tema della compatibilità della giurisdizione del giudice amministrativo con le vigenti disposizioni, costituzionali (artt. 103 e 113 Cost.) ed ordinarie (articoli 26 del T.U. n. 1054/1924 e 2 e 3, legge n. 1034/1971), che «sembrano voler collegare la giurisdizione amministrativa all'impugnativa di atti che siano amministrativi non solo dal punto di vista oggettivo e sostanziale, ma anche da quello soggettivo e formale, nel senso che promanino direttamente dallo Stato o da enti pubblici» - ha posto in rilievo che «alla luce di una interpretazione evolutiva, si può arrivare ad una concezione oggettiva e sostanziale dell'atto amministrativo, in luogo del tenore letterale delle disposizioni sopra riportate, e giungere alla configurabilità come interesse legittimo, tutelabile dinanzi al giudice amministrativo, delle situazioni soggettive dei terzi di fronte ad attività poste in essere da privati nel perseguimento dell'interesse pubblico ad essi affidato».

(23) Cfr. D. Marrama, *op. cit.*, 123 e ss..

(24) Cfr. Corte di Giustizia Ce, 7 dicembre 2000, in C-324/98, Te-leaustria, in *Foro it.* 2000, IV, 1; id. ord. 3 dicembre 2001, in C-59/00, Bent Moustén Vestergaard. I principi affermati da tali sentenze sono oggi recepiti nella Comunicazione interpretativa della Commissione europea 2006/C 179/02, relativa al diritto comunitario applicabile alle aggiudicazioni di appalti non o solo parzialmente disciplinate dalle direttive appalti pubblici (pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea 1° agosto 2006, n. C-179).

(25) Da ultimo riaffermato da Cons. Stato, Sez. VI, 15 giugno 2009, n. 3829.

(26) Si deve infatti ricordare che, prima dell'entrata in vigore della legge n. 15/2005, era emerso un orientamento (Cons. Stato, Sez. V, 18 novembre 2004, n. 7554, in *Foro amm. CDS*, 2005, 1, 125) secondo il quale per radicare la giurisdizione del giudice amministrativo, ai sensi dell'art. 6, legge n. 205/2005, non era suf-

(segue)

risulta oggi positivamente risolto dalla giurisprudenza (27), grazie al combinato disposto degli artt. 121 e 244, D.Lgs. n. 163/2006 e, ancor prima, grazie all'art. 1, comma 1 *ter*, egge n. 241/1990.

A diverse conclusioni è invece pervenuta la giurisprudenza con riferimento ad una procedura di selezione del personale indetta da una **società in mano pubblica**, l'Acquedotto Pugliese s.p.a., ma non sottoposta alla disciplina di cui all'art. 18, D.L. n. 112/2008, convertito in legge n. 133/2008 (28), sul presupposto che si trattasse di un'attività di organizzazione di stampo privatistico, preordinata alla provvista delle risorse umane attraverso le quali la società per azioni esercita la sua attività e, come tale, non sottoposta ai vincoli di trasparenza e parità di accesso all'impiego che l'art. 97 Cost. prevede per le pubbliche amministrazioni e gli enti pubblici (29).

Risulta quindi evidente che la disposizione dell'art. 1, comma 1 *ter*, legge n. 241/1990, di per sé, non consente di ritenere che ogni settore dell'attività svolta dai soggetti privati chiamati ad esercitare attività di cura di interessi pubblici sia soggetta al rispetto dei principi e dei criteri di cui al primo comma del medesimo art. 1.

Quanto poi al regime dell'attività oggettivamente amministrativa, la giurisprudenza ha già avuto occasione di chiarire le conseguenze dell'affermazione secondo la quale il comma 1 *ter* comporta che anche tale attività sia soggetta ai principi e criteri dell'azione amministrativa. In particolare il Consiglio di Stato, ancor prima dell'introduzione del comma 1 *ter*, ha affermato che le garanzie relative alla partecipazione al procedimento amministrativo finalizzato alla dichiarazione di pubblica utilità di un'area devono essere rispettate anche quando la dichiarazione di pubblica utilità consegua *ex lege* all'approvazione del progetto di un opera che sia stata posta in essere con la deliberazione di una società, ossia con un atto di diritto privato (30).

Poste tali premesse, non v'è dubbio che - stanti i significativi elementi di novità introdotti dalla disposizione del comma 1 *ter* nel complesso dibattito sul processo di privatizzazione dell'attività amministrativa - la novella operata con la legge n. 69/2009 vada accolta con favore, perché il primo comma dell'art. 1, legge n. 241/1990 distingue tra "principi" e "criteri" dell'azione amministrativa e, quindi, il mero riferimento ai principi, contenuto nel previgente testo del comma 1 *ter*, avrebbe potuto ingenerare (sulla base del canone interpretativo *ubi lex voluit dixit*) dubbi sull'applicabilità dei criteri dell'azione amministrativa indicati dal primo comma.

Peraltro, l'integrale richiamo dei criteri dell'azione amministrativa indicati dal primo comma dell'articolo se, da un lato, finisce per rafforzare il citato orientamento secondo il quale le garanzie sostanziali relative alla partecipazione al procedimento devono essere rispettate anche in caso di attività oggettivamente amministrative, dall'altro non deve indurre a ritenere *tout court* applicabili ad attività di tal genere anche le regole ed i principi enucleabili dalla legge n. 241/1990 che abbiano una valenza organizzativa o siano comunque riferibili ad organizzazioni amministrative, come, ad esempio, il principio di semplificazione dell'attività amministrativa (31).

### La disciplina delle società in mano pubblica

Uno dei temi principali affrontati nell'ambito della recente riforma della legge n. 241/1990 concerne l'ambito di applicazione della legge medesima, tema al quale è

dedicato l'art. 10 della legge n. 69/2009, che novella l'art. 29, legge n. 241/1990. Il primo comma dell'art. 29 viene strutturato su tre distinti periodi, il secondo dei quali estende *tout court* l'applicazione della disciplina posta

#### Note:

(segue nota 26)

ficiente che una stazione appaltante fosse tenuta, anche per gli appalti sotto soglia, ad osservare i principi del Trattato CE, occorrendo invece l'obbligo di osservare le specifiche procedure ad evidenza pubblica previste dalla normativa comunitaria.

(27) Cfr. T.A.R. Puglia Bari, sez. I, 12 giugno 2008, n. 1480, con nota di commento di M. Scarpino, *Giurisdizione in materia di appalti c.d. sotto soglia: questione chiusa?* in *Giur. Merito*, 2008, 12, 3266.

(28) Si veda al riguardo la nota n. 38, ove è sinteticamente illustrata la disciplina posta dall'art. 18, D.L. n. 112/2008.

(29) Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 20 gennaio 2009, n. 269, in *Foro amm. CDS*, 2009, 1 263, ove è stato posto in rilievo che - a differenza del settore degli appalti pubblici - in materia di procedure di selezione del personale «mancano norme che, obbligando il soggetto giuridico ad uniformarsi alle procedure di evidenza pubblica, consentano di qualificare l'attività come riconducibile allo schema norma-potere-effetto, da cui inferire la natura di interesse legittimo delle posizioni soggettive dei privati e il conseguente radicamento della giurisdizione amministrativa di legittimità secondo i comuni criteri di riparto, fissati dagli artt. 103 e 113 Cost. e dalle leggi ordinarie. ... È ben vero che la recente riforma della legge 241/90 ha introdotto l'art. 1, comma 1 *ter* ..., ma tale disposizione - secondo la tesi largamente prevalente - non costituisce un fondamento di carattere generale all'imputazione dei principi della funzione amministrativa ai soggetti che svolgono attività oggettivamente volte al perseguimento dell'interesse generale, bensì si limita a riconoscere che, anche ove svolta dai privati, l'attività amministrativa - definibile come tale in base al settore normativo di riferimento - sia assoggettata alle regole generali proprie».

(30) Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 25 marzo 2004, n. 1617 (in *Riv. Giur. Edil.*, 2004, I, 1009), ove è stato posto in risalto che non si tratta di proceduralizzare un'attività che - quali che siano gli effetti che ad essa la legge riconnette - rimane pur sempre di diritto comune, bensì «di fare in modo che quegli obiettivi di garanzia sostanziale, ed in genere quegli effetti che la legge assicura, nel caso della tradizionale attività amministrativa, attraverso una rigida e formale proceduralizzazione, siano comunque assicurati anche quando gli effetti propri di una dichiarazione di pubblica utilità, indifferibilità e urgenza, siano, per legge, realizzati attraverso strumenti di diritto comune». In altri termini, secondo la condivisibile interpretazione dei Giudici di Palazzo Spada, non si tratta di applicare la legge sul procedimento amministrativo all'attività di diritto comune, ma di «verificare se, nel rispetto del principio di libertà delle forme proprio del diritto privato si sia comunque, in concreto ed in punto di fatto, realizzata una ponderazione ed una valutazione delle posizioni dei soggetti destinati ad essere comunque toccati ed incisi dagli effetti di tale attività di diritto privato».

(31) Si vedano al riguardo le condivisibili osservazioni di A. Maltoni, *op. cit.*, 12, il quale, dopo aver affermato che «i soggetti privati che siano conferitori di potestà amministrative ... possono sì risultare equiparati ad amministrazioni pubbliche, ma soltanto dal punto di vista funzionale», pone in rilievo che tale equiparazione discende «oltre che dal diritto positivo - che impone la proceduralizzazione di un segmento della loro attività - anche dall'esigenza di evitare che il conferimento a privati di potestà amministrative determini una menomazione di quelle garanzie sostanziali - da assicurarsi in sede tanto procedimentale quanto giurisdizionale - riconosciute ai cittadini dalla Costituzione».

dalla legge n. 241/1990 alle società con totale o prevalente capitale pubblico, seppure "limitatamente all'esercizio delle funzioni amministrative", ossia nei casi in cui tali società siano chiamate ad esercitare poteri autoritativi di natura pubblicistica.

Prima di procedere all'esame di tale disposizione, occorre ribadire che la dottrina (32) e la giurisprudenza (33) hanno posto in rilievo, da un lato, la frammentarietà della vigente disciplina in materia di società pubbliche e, dall'altro, che nel *genus* delle società in mano pubblica sono artificiosamente ricompresi soggetti tra loro molto diversi: società partecipate dallo Stato e da Enti pubblici nazionali e società partecipate dalle Regioni e dagli Enti locali; società che incarnano vere e proprie imprese e società così pesantemente condizionate in senso pubblicistico (per funzioni esercitate o per rapporto diretto con la pubblica amministrazione) da essere qualificate come quasi (o semi) amministrazioni (34); società che operano in settori monopolistici o oligopolistici e società che operano nel mercato aperto.

Con particolare riferimento all'insieme delle disposizioni legislative in materia di società pubbliche approvate negli ultimi anni, altra dottrina (35) ha posto in rilievo la possibilità di raggrupparle seguendo tre direttrici principali. La prima direttrice riguarda le disposizioni che pongono deroghe alle regole di diritto comune in materia di funzionamento degli enti (36), con finalità, per così dire, di "moralizzazione" del fenomeno (37). La seconda direttrice riguarda le regole poste con finalità antielusive dei vincoli che caratterizzano in generale l'organizzazione e l'attività degli enti pubblici (38). La terza direttrice riguarda le disposizioni, come l'art. 13 del c.d. Decreto Bersani (39) che pongono deroghe allo statuto societario allo scopo di limitare le distorsioni concorrenziali che potrebbero derivare dalla presenza delle società pubbliche nel mercato (40).

#### Note:

(32) Cfr. M.P. Chiti, *Carenza della disciplina delle società pubbliche e linee direttrici per un riordino*, in [www.astrid-online.it](http://www.astrid-online.it).

(33) Cfr. Corte dei conti, Sez. Controllo Reg. Lombardia, 18 ottobre 2007, n. 44 (in Urb. e App. 2008, 2, 245, con commento di G. Balocco, *Riduzione degli amministratori nelle società degli enti locali: primi orientamenti*).

(34) Si veda al riguardo il rapporto presentato dalla ASSONIME nel 2008, dal titolo *Principi di riordino del quadro giuridico delle società pubbliche*, nel quale viene proposta (*de iure condendo*) una distinzione tra le regole giuridiche per le società che svolgono attività d'impresa sul mercato, che dovrebbero essere improntate al diritto comune, e quelle per le cosiddette "semi-amministrazioni", considerate «una soluzione ibrida da abbonare del tutto, in quanto contraddice la natura stessa dello strumento societario».

(35) Cfr. M. Clarich., *Società di mercato e quasi amministrazioni*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it).

(36) A tal riguardo la giurisprudenza (Corte dei conti, Sez. Controllo Reg. Lombardia, 18 ottobre 2007, n. 44, cit.) - premesso che «alla semplice costituzione di una società di capitali da parte di un ente pubblico non consegue necessariamente la natura privata della società, poiché la disciplina societaria e la natura dell'organismo devono essere verificati su due piani diversi; il primo attiene all'aspetto strutturale e conseguentemente alle regole di funzionamento dell'ente e il secondo alle caratteristiche funzionali del soggetto e perciò alla sua posizione nell'ordinamento giuridico» - ha precisato, con specifico riferimento alle regole di funzionamento dell'ente, che nella disciplina socie-

ria contenuta nel codice civile non è previsto che le società costituite da enti pubblici abbiano regole di gestione e funzionamento peculiari, se non ad alcuni limitati effetti, in relazione alla nomina degli amministratori (art. 2449). Negli stessi termini Cass. Civ., Sez. Un., 19 dicembre 2009, n. 26806.

(37) Trattasi di disposizioni come l'art. 1, comma 729, della legge n. 296/2006, finalizzate ad arginare un utilizzo improprio dello strumento societario, soprattutto in ambito locale, dove il fenomeno della proliferazione delle società pubbliche assume notevoli dimensioni.

(38) Tra gli esempi più significativi di questo tipo disposizioni si può ricordare l'art. 18, D.L. n. 112/2008, convertito in legge n. 133/2008. Il primo comma di tale articolo impone alle società che gestiscono servizi pubblici locali a totale partecipazione pubblica di adottare, con propri provvedimenti, criteri e modalità per il reclutamento del personale e per il conferimento degli incarichi nel rispetto dei principi di cui all'art. 35, comma 3, D.Lgs. n. 165/2001. Inoltre, il comma successivo dispone che le altre società a partecipazione pubblica totale o di controllo (non solo quelle locali) adottino, con propri provvedimenti, criteri e modalità per il reclutamento del personale e per il conferimento degli incarichi nel rispetto dei principi, anche di derivazione comunitaria, di trasparenza, pubblicità e imparzialità.

(39) L'art. 13, D.L. n. 223/2006, convertito in legge n. 248/2006 (come da ultimo modificato dall'articolo 18, comma 4 *septies*, D.L. n. 185/2008, convertito in legge n. 2/2009) e dall'art. 48, comma 1, della legge n. 99/2009, prevede che "al fine di evitare alterazioni o distorsioni della concorrenza e del mercato e di assicurare la parità degli operatori nel territorio nazionale, le società, a capitale interamente pubblico o misto, costituite o partecipate dalle amministrazioni pubbliche regionali e locali per la produzione di beni e servizi strumentali all'attività di tali enti in funzione della loro attività, con esclusione dei servizi pubblici locali e dei servizi di committenza o delle centrali di committenza apprestati a livello regionale a supporto di enti senza scopo di lucro e di amministrazioni aggiudicatrici di cui all'articolo 3, comma 25, del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, di cui al D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, nonché, nei casi consentiti dalla legge, per lo svolgimento externalizzato 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. ...". A tal riguardo si segnala che il c.d. decreto Bersani ha recentemente superato il vaglio della Corte costituzionale. In particolare la Consulta, con la sentenza 1° agosto 2008, n. 326 (in Foro amm. CDS, 2008, 7-8, 2013), ha dichiarato non fondate le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 13 del decreto legge n. 223/2006 - sollevate da alcune regioni con riferimento all'art. 117 Cost., per ritenuta violazione della competenza legislativa regionale residuale nella materia della "organizzazione amministrativa della Regione" - ponendo in risalto che «le disposizioni impugnate sono riconducibili alla competenza legislativa esclusiva in materia di ordinamento civile, in quanto volte a definire i confini tra l'attività amministrativa e l'attività d'impresa, soggetta alle regole del mercato, e alla competenza legislativa esclusiva in materia di tutela della concorrenza, in quanto volte a eliminare distorsioni della concorrenza stessa».

(40) Particolarmente significativo in tal senso risulta, altresì, l'art. 3, comma 27, legge n. 244/2007 (Finanziaria per il 2008), il quale nel testo da ultimo modificato dall'articolo 71, comma 1, lett. b), legge n. 69/2009 dispone che "al fine di tutelare la concorrenza e il mercato, le amministrazioni di cui all'art. 1, comma 2, D.Lgs. 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". Anche tale disposizione ha recentemente superato il vaglio della Corte Costituzionale (segue)

## La nuova disciplina posta dall'art. 29, legge n. 241/1990

Tornando alla disposizione posta dall'art. 29, comma 1, secondo periodo, legge n. 241/1990, secondo i primi commenti si inquadra a pieno titolo nella seconda delle tre direttrici appena indicate. Infatti si pone in linea con l'orientamento già avviato dal Legislatore attraverso l'introduzione del comma 1 *ter* nell'art. 1, legge n. 241/1990 (41) e va salutata con favore in quanto consente di estendere (secondo uno schema già utilizzato in passato, in occasione delle modifiche apportate dalla legge n. 265/1999 all'art. 23 della medesima legge n. 241/1990) l'applicazione della legge generale sul procedimento amministrativo, in modo da evitare che lo strumento societario possa essere utilizzato per eludere le garanzie assicurate dalle norme sul procedimento amministrativo (42).

La disposizione in esame costituisce, quindi, una sorta di punto d'arrivo della tendenza, sviluppata dalla giurisprudenza, a riqualificare le società di capitali in mano pubblica come enti sostanzialmente pubblici, sulla base del rilievo che tali soggetti, oltre ad essere qualificabili come organismi di diritto pubblico, risultano assoggettati ad una disciplina derogatoria che comporta una consistente compressione della loro autonomia funzionale, ovvero che denota, in ragione di una serie di anomalie di struttura e di funzionamento rispetto al tipo codicistico, uno stretto legame tra questi ultimi e l'ente pubblico che ne detiene il controllo.

Quanto alla formulazione del secondo periodo dell'art. 29, comma 1, da un confronto con l'art. 3, comma 26, D.Lgs. n. 163/2006 - che, come noto, recepisce integralmente l'art. 1, comma 9, della direttiva 2004/18/CE e l'art. 2, comma 1, della Direttiva 2004/17/CE - emerge che il Legislatore nazionale attribuisce esclusiva rilevanza alla partecipazione azionaria, totalitaria o maggioritaria (43), dello Stato o di altri enti pubblici (44), mentre il legislatore comunitario nel definire l'organismo di diritto pubblico, oltre a tener conto degli scopi per i quali l'ente è stato istituito, prende in considerazione un più ampio spettro di situazioni nelle quali può ritenersi che la società operi sotto il controllo di un soggetto pubblico, quali il fatto che l'attività della società sia finanziata in modo maggioritario dallo Stato, da enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico, oppure il fatto che la gestione della società sia soggetta al controllo di questi ultimi, oppure ancora il fatto che l'organo di amministrazione, di direzione o di vigilanza della società sia costituito da membri dei quali più della metà è designata dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico. Ne consegue che se, da un lato, non sorgono particolari difficoltà nell'individuare l'ambito soggettivo di applicazione della disposizione in esame, dall'altro le società con capitale pubblico non maggioritario, seppure risultassero soggette al controllo di un soggetto pubblico, non sarebbero comunque sottoposte al regime di cui all'art. 29, comma 1, legge n. 241/1990, bensì a quello dell'art. 1, comma 1 *ter*, della medesima legge n. 241/1990.

Infine, considerata l'ampiezza della locuzione "società con totale o prevalente capitale pubblico" non v'è dubbio che la stessa sia idonea a ricomprendere sia le società partecipate dallo Stato e dagli enti pubblici nazionali, sia le società partecipate dalle Regioni e dagli

enti locali, e si pone, quindi, il problema di stabilire se il secondo periodo dell'art. 29, comma 1, si traduca in una violazione della residuale competenza legislativa regionale nella materia della "organizzazione amministrativa della Regione". La soluzione negativa sembra peraltro da preferire perché la disposizione in esame rientra anche nella materia dell'ordinamento civile, attribuita alla competenza legislativa esclusiva dello Stato dall'art. 117, comma 2, lett. l), Cost. Infatti la Corte costituzionale (45) ha recentemente ribadito che la potestà legislativa dello Stato nella materia dell'ordinamento civile «comprende gli aspetti che ineriscono a rapporti di natura privatistica, per i quali sussista un'esigenza di uniformità a livello nazionale; che essa non è esclusa dalla presenza di aspetti di specialità rispetto alle previsioni codicistiche; che essa comprende la disciplina delle persone giuridiche di diritto privato; che in essa sono inclusi istituti caratterizzati da elementi di matrice pubblicistica, ma che conservano natura privatistica».

### Note:

(segue nota 40)

nale (sentenza 8 maggio 2009, n. 148, in *Urb. e App.*, 2009, 8, 2009, con nota di commento di L. Lombardi, *Società pubbliche e tutela della concorrenza*).

(41) Cfr. A. Celotto, *L'ansia riformatrice, il Gattopardo e il nuovo art. 29 della legge n. 241 del 1990, come modificato dalla legge n. 69 del 2009*, in *www.giustamm.it*.

(42) Cfr. F. Figorilli e S. Fantini, *Le modifiche alla disciplina generale sul procedimento amministrativo*, in *Urb. e App.*, 2009, 8, 922.

(43) Il riferimento alla partecipazione azionaria, totalitaria o maggioritaria riecheggia quello contenuto nell'art. 16 bis, D.L. n. 248/2007, convertito dalla legge n. 31/2008, secondo il quale "per le società con azioni quotate in mercati regolamentati, con partecipazione anche indiretta dello Stato o di altre amministrazioni o di enti pubblici, inferiore al 50 per cento, nonché per le loro controllate, la responsabilità degli amministratori e dei dipendenti è regolata dalle norme del diritto civile e le relative controversie sono devolute esclusivamente alla giurisdizione del giudice ordinario".

(44) Sulle differenze tra le società pubbliche a partecipazione totalitaria, in relazione alle quali può configurarsi il fenomeno del c.d. *in house providing* (laddove al controllo pubblico totalitario si abbini un'influenza determinante da parte del socio pubblico, sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti) e le società a capitale misto, in relazione alle quali la Commissione europea (nella Comunicazione interpretativa 2008/C 91/02 sull'applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblico-privati istituzionalizzati, pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea C 91 del 12 aprile 2008) ravvisa una forma di cooperazione tra partner pubblici e privati per l'esecuzione di appalti pubblici o di concessioni, si vedano: Cons. Stato, Ad. Plen., 3 marzo 2008, n. 1, in *Foro it.*, 2008, 4 161; Id., Sez. II, 18 aprile 2007, n. 456, in *Foro it.*, 2007, 12 611.

(45) Cfr. Corte cost., 1 agosto 2008, n. 326, cit.