

MAPPA CONCETTUALE

I soggetti di diritto amministrativo

Accanto allo Stato, che è l'ente pubblico per eccellenza, operano infatti altri soggetti dotati di capacità giuridica di diritto pubblico, volti al perseguimento di finalità di pubblico interesse. L'organizzazione della P.A. è retta da una serie di ineludibili principi costituzionali.

Il principio di responsabilità

I principi di autonomia e decentramento

Il principio di legalità nell'organizzazione dei pubblici uffici

I principi di sussidiarietà, differenziazione, adeguatezza e di leale collaborazione

Il principio di leale collaborazione

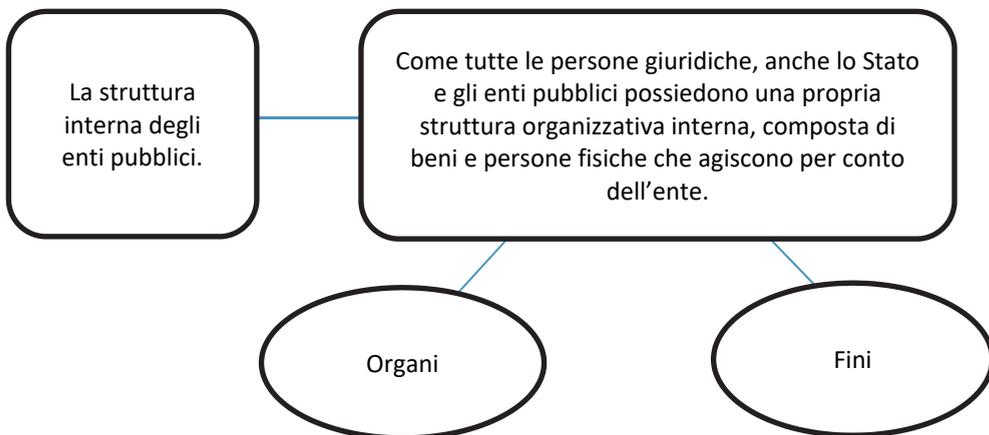
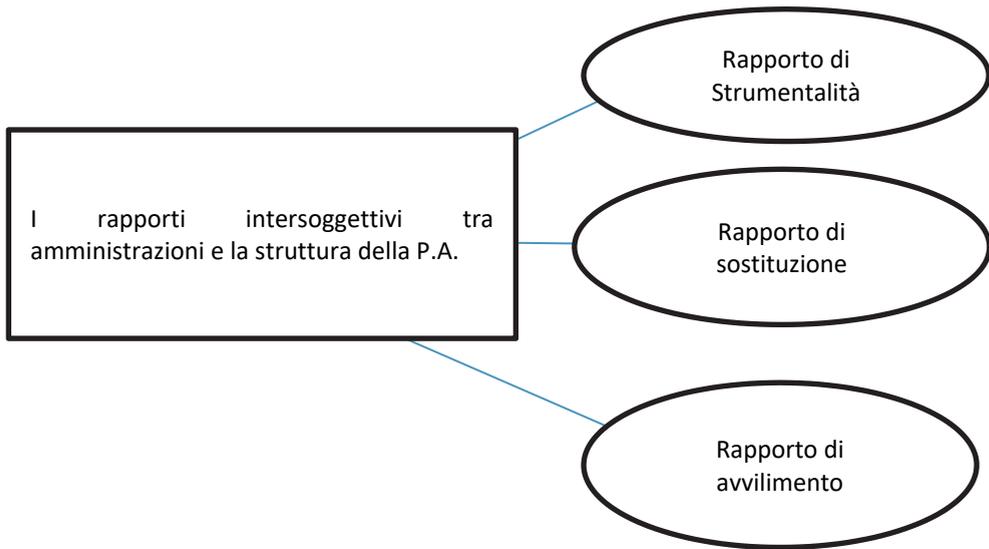
Principio democratico

Lo Stato:

Col termine Stato si esprime un concetto giuridico complesso e polisemico. Infatti, oltre che nell'accezione dello Stato-comunità, si fa spesso riferimento al concetto di Stato-governo comprensivo degli organi costituzionali che agiscono nell'interesse della Comunità e con un ruolo *super partes*

Gli Enti pubblici:

Gli enti pubblici nazionali fanno parte del concetto di amministrazione pubblica, ma non rientrano nell'amministrazione dello Stato, tanto che sono stati anche denominati 'amministrazioni parallele' o 'amministrazione indiretta'



Si distingue tra: organi individuali e collegiali; organi rappresentativi e non rappresentativi, a seconda che siano eletti o meno dai cittadini; organi attivi ovvero di amministrazione attiva, consultivi o di controllo; organi permanenti e organi temporanei; organi ordinari e straordinari: i primi fanno parte in modo stabile della struttura, i secondi sono nominati solo in casi eccezionali (es. commissario ad acta). Quanto agli organi collegiali, per il loro funzionamento è necessario che vi sia:

3. un quorum strutturale (numero minimo di partecipanti necessario per l'attività)
4. un quorum funzionale (numero minimo di voti favorevoli per l'approvazione della delibera).

Nell'organizzazione amministrativa accanto agli organi sono individuabili gli uffici intesi come insieme di mezzi materiali e personali destinati ad un'attività strumentale e preparatoria alla realizzazione dei fini istituzionali dell'ente

CAPITOLO 5

GLI ENTI PUBBLICI ECONOMICI E I SOGGETTI DI ISPIRAZIONE EUROPEA

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. Gli enti pubblici economici. - 3. L'ultimo intervento di riforma: il d.lgs. n. 175 del 2016. - 4. Le fondazioni. - 5. Attività pubbliche svolte da soggetti estranei all'amministrazione. - 6. L'organismo di diritto pubblico. - 7. L'impresa pubblica. - 8. Le società *in house*.

1. Premessa.

È ora il momento di soffermarsi su alcuni **moduli organizzativi** sempre più di frequente utilizzati per **l'esercizio di attività pubbliche, primo fra tutti quello societario**. Occorre verificare se alla forma societaria corrisponda una **natura giuridica privata** o una **natura pubblicistica**. Numerose sono le **implicazioni applicative** scaturenti dal riconoscimento di una natura pubblica a strutture societarie. Ne può derivare la qualificazione dei relativi atti come **atti soggettivamente amministrativi** e l'assoggettamento degli stessi al corrispondente **regime giuridico**, tanto *sostanziale* (ex artt. 22 e ss., l. 7 agosto 1990, n. 241) quanto *processuale* (il riferimento è al regime di **impugnabilità**). La tematica deve essere esaminata tenendo conto anche dell'impatto che sulla nozione nazionale di amministrazione ha determinato il **diritto comunitario** che nell'ambito dei confini interni ha trapiantato **figure soggettive pubbliche** quali quelle:

- dell'**organismo di diritto pubblico**;
- dell'**impresa pubblica**;
- del **soggetto c.d. in house**.

Si consideri, inoltre, che analoghi problemi di qualificazione giuridica si sono talvolta posti per le **fondazioni** cui è riconosciuto lo svolgimento di attività marcatamente pubblicistiche. Su altro versante, vengono in considerazione le ipotesi in cui compiti di rilievo pubblicistico sono svolti, in forza di norme di legge, di atti autoritativi o di fattispecie contrattuali, da *soggetti estranei all'organizzazione amministrativa*: il riferimento è ai **privati esercenti pubbliche funzioni**, ai **concessionari di opere e servizi**, alle differenti ipotesi di **esternalizzazione**.

2. Gli enti pubblici economici.

A) Forme dell'intervento pubblico in economia.

Preliminarmente occorre considerare la cornice costituzionale (art. 43) nella quale si inserisce l'intervento pubblico in materia economica. Nel rispetto di quanto stabilito da tale disposizione, l'intervento può realizzarsi nelle seguenti forme:

- **gli enti pubblici economici**, persone giuridiche a carattere ibrido che, se da un lato, hanno carattere pubblico, in quanto costituite dallo Stato o da altro ente pubblico, dall'altro, operano in veste imprenditoriale con gli strumenti del diritto privato. Gli enti pubblici economici si caratterizzano per essere soggetti

all'iscrizione nel registro delle imprese, in virtù dell'art. 2201 c.c.; per non essere sottoponibili a fallimento; per il potere di stipulare con l'utenza contratti disciplinati dal codice civile in relazione al rispettivo oggetto sociale; per l'operare in regime di concorrenza con altre imprese private.

- le **holdings pubbliche**, caratterizzate dalla partecipazione della mano pubblica in società di diritto privato, sottoposte in tutto o in parte al regime del diritto comune;
- le **società cc.dd. anomale** o "**di diritto speciale**", ossia società partecipate dalla mano pubblica e sottoposte ad un regime giuridico peculiare;
- le **associazioni** e le **fondazioni** derivate dal processo di privatizzazione.

B) Il fenomeno delle privatizzazioni.

Occorre rilevare, infatti, che, a partire dagli anni '90 del secolo scorso, ha preso il via un imponente **fenomeno di privatizzazione** degli enti e delle *holdings* pubbliche. Lo schema comune di tutti i processi di privatizzazione prevede:

1. una prima fase (**c.d. fase fredda o privatizzazione formale**), durante la quale si ha il **mutamento della forma giuridica dell'ente pubblico in società per azioni**.
2. una seconda fase (**c.d. fase calda o privatizzazione sostanziale**), in cui si ha la **dismissione delle partecipazioni pubbliche**.

C) La questione della configurabilità di enti pubblici in forma societaria.

Il problema della natura giuridica, pubblica o privata, si pone con riferimento ad una serie di enti che, pur rivestendo una **forma tipicamente privatistica**, sono sottoposti ad una disciplina per larga parte derogatoria rispetto a quella del codice civile. Come chiarito dalla Corte costituzionale, si tratta di una soluzione legittima ogni qualvolta tali deroghe siano esplicitamente preordinate ad attuare finalità pubblicistiche e a condizione che l'ente pubblico sovraordinato possieda la totalità o la maggioranza delle azioni. Il fenomeno ha riguardato, in particolare, le società partecipate dalla mano pubblica.

Sull'**astratta configurabilità** di enti pubblici in forma societaria, si sono registrati due opposti orientamenti:

- Secondo l'*impostazione privatistica*, lo scopo lucrativo non viene mai meno nelle società in mano pubblica: la "pubblicizzazione" delle stesse potrebbe ammettersi solo allorché sia la legge stessa ad escludere espressamente la causa lucrativa.
- Per una differente *impostazione pubblicistica*, oggi prevalente, occorre prendere atto della cosiddetta **neutralità del modello societario** rispetto alle finalità perseguite. Ciò che rileva è lo **speciale regime giuridico** cui sono sottoposte.

In tema di giurisdizione, si ritiene che appartengono alla giurisdizione del G.A. le controversie aventi ad oggetto i provvedimenti di natura autoritativa, al contrario, resterebbero attratte alla giurisdizione del G.O. le controversie aventi ad oggetto gli atti societari a valle della scelta di ricorrere al modello societario.

3. L'ultimo intervento di riforma: il d.lgs. n. 175 del 2016.

Con il **d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175** (cd. decreto sulle società partecipate), il legislatore ha raccolto in un unico testo la disciplina organica di un fenomeno, come quello delle partecipazioni pubbliche in ambito societario, caratterizzato fino a quel momento da una abbondante stratificazione normativa. Obiettivo dell'intervento riformatore è stata la riduzione del numero delle società partecipate e, al contempo, la razionalizzazione del quadro delle regole vigenti.

A) I soggetti.

A norma dell'art. 1 del d.lgs. n. 175/2016, le disposizioni in esso contenute si applicano *“alla costituzione di società da parte di P.A., nonché all'acquisto e alla gestione di partecipazioni, da parte di tali amministrazioni, in società a totale o parziale partecipazione pubblica diretta o indiretta”*. Sono escluse le **società quotate** (e le società da esse partecipate, salvo che queste ultime siano, non per il tramite di società quotate, controllate o partecipate da amministrazioni pubbliche v. art. 3 d.lgs. n. 100/2017), assoggettate alle sole disposizioni del decreto che espressamente prevedono l'applicazione alla tipologia societaria in questione. Il decreto distingue poi tra società **controllate** e società **partecipate** dalla P.A.: sono controllate da una P.A. tutte le società che si trovino in una delle situazioni di controllo descritte dall'art. 2359 del c.c.; viceversa, una società può definirsi “partecipata” da una P.A. qualora quest'ultima sia titolare di “rapporti comportanti la qualità di socio in società o la titolarità di strumenti finanziari che attribuiscono diritti amministrativi”, potendo detta partecipazione anche essere indiretta, qualora sia detenuta per il tramite di una società o di un altro organismo sottoposto al controllo della medesima Pubblica amministrazione. Con esclusivo riferimento alle società a “controllo” pubblico, l'art. 11 prescrive che i **componenti dell'organo amministrativo** siano in possesso degli specifici requisiti di onorabilità, professionalità e indipendenza stabiliti con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro delegato per la semplificazione e la Pubblica amministrazione. Nelle società a controllo pubblico, l'organo amministrativo deve essere costituito da un **amministratore unico**, salvo che per specifiche ragioni organizzative si renda necessaria l'istituzione di un consiglio di amministrazione. I dipendenti delle Amministrazioni pubbliche controllanti o vigilanti non possono assumere la carica di amministratori delle società controllate.

B) Il regime giuridico applicabile.

Quanto al regime giuridico e ai rapporti tra la disciplina speciale del d.lgs. 175/2016 e la disciplina comune, l'art. 1, co. 3, dispone che sia le società partecipate che le società controllate sono disciplinate secondo le norme sulle società contenute nel codice civile e le norme generali di diritto privato, salve le espresse deroghe previste dal decreto. Si tratta di una decisiva spinta verso il modello privatistico. L'art. 14 del t.u. assoggetta le società a partecipazione pubblica, ivi incluso le società a controllo pubblico e in *house*, alla disciplina fallimentare e al concordato preventivo nonché, ove ne ricorrano i presupposti, a quella in materia di amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi, così definitivamente avallando l'impostazione “privatistica” sostenuta dalla giurisprudenza maggioritaria. Già infatti prima della riforma, la Corte di Cassazione