

Il paradigma funzionale nella figura dell'organismo di diritto pubblico, alla luce della pronuncia delle Sezioni Unite n. 8673 del 2019.

di Edvige CENTORE*

SOMMARIO: **1.** Premessa. **2.** Origini ed evoluzione (normativa e pretoria) della nozione di organismo di diritto pubblico. **3.** Organismo di diritto pubblico e mercato concorrenziale. **4.** (In)ammissibilità dell'organismo di diritto pubblico *in parte qua*? **5.** Conclusioni.

ABSTRACT: *The present work aims to analyze the phenomenon of the body governed by public law and the related field of application. This notion is relevant in order to delimit the subjectiev sphere of operation of the Euro-Community (and naton transposition) regulation relating to public contracts procedures above threshold.*

It is a figure that, born in community law and then implemented in the internal system, has long been at the center of an articulated jurisprudential and doctrinal debate that the present work intends to retrace in the fundamental steps. Moreover, this controversy has not died out and has even been recently enriched by a pronouncement of the United Sections of the Cassation Court.

1. Premessa.

Con un'interessante e recente pronuncia, la Cassazione a Sezioni Unite n. 8673 del 2019 ha fornito alcuni importanti chiarimenti sulla nozione di organismo di diritto pubblico e sui criteri volti ad individuare tale categoria, alla luce dell'art. 3, lett. d) d.l.gs. n. 50/2016.

La rilevanza di tale sentenza si apprezza, in particolare, ragionando sul fatto che l'organismo di diritto pubblico abbia progressivamente assunto un ruolo essenziale nella determinazione della dimensione soggettiva degli appalti

* Dottoressa in Giurisprudenza, tirocinante ex art. 73 l. 98/13 presso la Procura Generale della Repubblica di Salerno e specializzata presso la Scuola di Specializzazione per le Professioni Legali dell'Università degli Studi di Salerno.

pubblici comunitari¹. E ciò è confermato anche dal nuovo Codice dei contratti pubblici (d. lgs. n. 50/2016), in quanto esso, all'art. 3, co. 1 lett. d), ricomprende i soggetti (pubblici o privati) qualificati come «*organismi di diritto pubblico*» tra le amministrazioni aggiudicatrici, assoggettate alla specifica disciplina ivi prevista.

Non a caso, la stessa definizione di organismo di diritto pubblico è stata creata proprio al fine di sottoporre soggetti (formalmente privati ma) sostanzialmente pubblici all'osservanza delle norme in tema di appalti, sulla base di un criterio funzionale e sostanziale². E le Sezioni Unite, con la pronuncia in esame, hanno espressamente accolto questa impostazione sostanzialistica, chiarendo che ai fini della riconduzione di una società – nel caso di specie, l'ACI Global – all'interno di tale categoria occorre stabilire se essa agisca per uno scopo di interesse generale, attraverso una valutazione in concreto degli elementi di fatto e di diritto che connotano l'agire della stessa.

2. Origini ed evoluzione (normativa e pretoria) della nozione di organismo di diritto pubblico.

In particolare, si deve soprattutto al diritto comunitario la tendenza alla pubblicizzazione della persona giuridica privata, in base ad una nozione funzionale di ente pubblico³, che emerge in maniera emblematica dalla figura

¹ Sull'argomento, cfr. L. MARCHEGIANI, *La nozione di Stato intesa in senso funzionale nelle direttive comunitarie in materia di appalti pubblici e sua rilevanza nel contesto generale del diritto comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2002, pp. 1233 ss.

² In tal senso, Cons. St., Sez. V, 10 aprile 2000, n.2078, *Consorzio coop. costruz. s.c.r.l. c. Struttura Valle d'Aosta s.r.l.*, in *Cons. Stato*, 2000, n. 4, in cui si chiarisce che «*in materia di contratti della pubblica Amministrazione, [...] la nozione di organismo di diritto pubblico deve interpretarsi non già secondo dati meramente formali, ma sulla base di un criterio funzionale e sostanziale, poiché il legislatore comunitario, introducendo questa figura, ha inteso ampliare la nozione di amministrazione aggiudicatrice*», cit., p. 913. In dottrina, cfr. F. SAITTA, *Strutture e strumenti privatistici dell'azione amministrativa*, in F. GIGLIOTTI, *Amministrazioni pubbliche e forme privatistiche*, il quale chiarisce come «*la sempre più frequente penetrazione dei moduli privatistici nell'azione amministrativa ha finito per determinare una reazione del legislatore, che, al fine di tutelare interessi che sarebbero stati compromessi dalla applicazione delle sole regole del diritto comune, ha esteso singole discipline dettate per amministrazioni ed enti pubblici ad operatori formalmente – e talvolta anche sostanzialmente – privati*», cit., p. 50.

³ Sul tema, in maniera chiara R. CHIEPPA, V. LOPILATO, *Giurisprudenza amministrativa*, Milano, 2009, chiariscono che «*in ambito europeo, gli indizi della pubblicità precedono la ricognizione nominativa degli enti pubblici, che, dunque, non è – alla stregua del diritto interno – chiusa e tipizzata, ma aperta e suscettibile di integrazioni ogniqualvolta gli indizi sono individuati in analoghe fattispecie*», cit., 92. In senso analogo, R. DI RAIMO, *La partecipazione pubblica agli enti del Libro I del codice civile nella normativa recente*, in F. GIGLIOTTI, *Amministrazioni pubbliche e forme privatistiche*, Napoli, 2018, il quale chiarisce che «*l'Unione europea [...]*

di organismo di diritto pubblico: infatti, se il «processo di scardinamento della coincidenza tra soggettività pubblica e svolgimento di attività di pubblico interesse⁴» è evidenziato dal fenomeno delle privatizzazioni ed in particolare dall'eterogenea «galassia⁵» della società (a partecipazione) pubblica, la prevalenza del dato finalistico nella individuazione della soggettività pubblica è particolarmente evidenti nel modulo dell'organismo di diritto pubblico.

Più nello specifico, tale categoria nasce con il diritto comunitario di prima generazione⁶, in tema di affidamento di appalti pubblici. Infatti, la direttiva n. 395 del 1971 limitava l'applicazione della disciplina su questa materia solamente a determinati soggetti pubblici elencati in maniera specifica: le amministrazioni aggiudicatrici, individuate nello Stato, negli enti pubblici territoriali e nelle persone giuridiche di diritto pubblico enumerate nell'allegato I, avente carattere tassativo. Si trattava, tuttavia, di una impostazione estremamente rigida e, soprattutto, non idonea a ricomprendere i soggetti che, pur non espressamente qualificati in questo modo, erano caratterizzati da connotazioni pubblicistiche (perché, ad esempio, controllati o finanziati dallo Stato o da altro ente pubblico).

Così, per evitare aggiramenti della disciplina comunitaria⁷, fu approvata la direttiva n. 440 del 18 luglio 1989, la quale non è altro che la codificazione di

guarda ora con maggiore attenzione la sostanza delle vicende sensibili ai principi di concorrenza e, in questa prospettiva, non tiene particolare conto della natura privata o pubblica dell'impresa», cit., 122. V. pure R. GAROFOLI, G. FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2018, in cui si chiarisce che sebbene manchi «a livello europeo una nozione unitaria di soggetto pubblico, si deve tuttavia osservare che ciò che accomuna tale molteplicità di accezioni è l'approccio di tipo sostanziale: alla individuazione dei soggetti pubblici, infatti, non si procede, tanto sul piano normativo, quanto su quello giurisprudenziale, alla stregua di criteri formali di definizione, bensì sulla base di parametri di tipo sostanziale, tra cui, in particolare, quello della sottoposizione a dominanza pubblica di carattere funzionale o strutturale», cit., 187. In senso analogo, cfr. J. A. MORENO MOLINA, *Le distinte nozioni comunitarie di pubblica amministrazione*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1998, 561 ss.

⁴Così, M. SANTISE, *Coordinate di diritto amministrativo*, Torino, 2018, cit., p. 43.

⁵Tale termine è utilizzato da F. G. SCOCA, *Il punto sulle così dette società pubbliche*, in *Il diritto dell'economia*, Modena, 2005, pp. 239 ss.

⁶Sul punto, v. P.M. CHITI, *L'organismo di diritto pubblico e la nozione di amministrazione aggiudicatrice*, Bologna, 2000, il quale afferma che «per quanto ogni sviluppo di diritto comunitario sia normalmente frutto di un moto circolare di influenze tra i diritti nazionali e il diritto comunitario stesso, appare impensabile ricercare nel diritto italiano significativi antecedenti di questa nozione e della complessa problematica che essa esprime», cit., p. 7.

⁷In tal senso, v. G. CORSO, *Impresa pubblica, organismo di diritto pubblico, ente pubblico: necessità di un distinguo*, in M. A. SANDULLI (a cura di), *Organismi e imprese pubbliche*, Milano, 2004, il quale chiarisce che l'intento del legislatore comunitario è stato quello «di allargare l'area della concorrenza e del mercato combattendo i comportamenti elusivi degli appalti pubblici che

principi dettati dalla Corte di giustizia nello spazio temporale successivo a quella del '71. In particolare, la direttiva n. 440 del 1989⁸, fu ispirata proprio dalla *ratio* di «snidare la pubblicità reale⁹» di soggetti solo formalmente privati e di garantire la effettiva applicazione ad essi dei principi comunitari. Non a caso, le stesse Sezioni Unite, con la pronuncia in esame, hanno espressamente chiarito che «*la categoria dell'organismo di diritto pubblico è stata elaborata nel diritto euro-unitario al fine di individuare le c.d. amministrazioni aggiudicatrici, ossia i soggetti tenuti al rispetto delle procedure di evidenza pubblica imposte dalle stesse norme dell'Unione Europea*» e di «*evitare che la privatizzazione puramente formale di enti pubblici [potesse] determinare una sostanziale elusione delle normative europee*¹⁰».

Ebbene, la direttiva n. 440 del 1989 ha delineato la figura di organismo di diritto pubblico, individuando tre requisiti, poi confermati dalla sentenza Corte giust., 15 gennaio 1998, *Mannesman*¹¹ e, successivamente, dall'art. 3 n. 26 del d. lgs. n. 163/2006¹² - in attuazione delle direttive 2004/17CE e 2004/18/CE - e, oggi, dal d. lgs. n. 50/2016: a) il possesso della personalità giuridica; b) la cd. influenza pubblica dominante, ossia lo svolgimento di attività finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti pubblici

alla concorrenza e al mercato vogliono sottrarsi utilizzando strutture parallele che hanno di solito veste privatistica», cit., p. 95.

⁸ Sul tema, v. C. MALINCONICO, *Commento alla direttiva 89/440/CEE*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. com.*, 1991, p. 234.

⁹ R. CHIEPPA, V. LOPILATO, *Giurisprudenza amministrativa*, Milano, 2009, cit., 92. In tal senso, anche M. LIBERTINI, *Le società di autoproduzione in mano pubblica: controllo analogo, destinazione prevalente dell'attività ed autonomia statutaria*, in F. GUERRERA (a cura di), *Le società a partecipazione pubblica*, Torino, 2012, il quale sottolinea che «la costruzione della nozione di organismo pubblico» fu proprio «tesa ad evitare che privatizzazioni puramente formali consentissero ancora agli enti pubblici di assegnare commesse senza gara, avvalendosi di società private da essi pienamente controllate», cit., p. 26. Ancora, cfr. M. CHITI, *L'organismo di diritto pubblico e la nozione comunitaria di pubblica amministrazione*, Bologna, 2000, il quale rileva che «del tutto centrato il rilievo per cui ciò che caratterizza le direttive appalti è snidare la pubblicità reale che si nasconde sotto diverse forme. Non si tratta infatti di cogliere il rilievo pubblicistico di molti organismi, tipico di un'epoca in cui le chiare distinzioni tra pubblico e privato del passato non esistono più; quanto più semplicemente di assicurare il massimo ampliarsi del mercato attraverso l'assoggettamento del maggior numero di soggetti possibili alle procedure di evidenza pubblica», cit., p. 55.

¹⁰ Così, Cass., SS. UU., 28 marzo 2019, n. 8673, cit., par. 11.

¹¹ Ci si riferisce a Corte giust., 15 gennaio 1998, C-44/96, *Mannesmann*, in *Riv. giur. quadr. pubbl. serv.*, 1999, con commento di A. BENEDETTI, *Alla ricerca della nozione di organismo di diritto pubblico*, pp. 71 ss.

¹² Ancor prima, in realtà, già il d.lgs. 25 febbraio 2000, n. 65, all'art. 2, che ha sostituito il Decreto Legislativo 17 marzo 1995, n. 157, aveva fornito una definizione dell'organismo di diritto pubblico, in materia di appalti pubblici, facendolo rientrare tra le amministrazioni aggiudicatrici.

territoriali o da altri organismi di diritto pubblico, oppure la cui gestione sia soggetta al controllo di questi ultimi, o il cui organo d'amministrazione, di direzione o di vigilanza sia costituito da membri dei quali più della metà è designata dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico; c) l'istituzione per soddisfare bisogni di interesse generale non aventi carattere industriale o commerciale.

Più nello specifico, per quanto attiene al requisito cd. "personalistico", ossia il possesso della personalità giuridica, si è ormai pacificamente ammessa la possibilità di ricondurre alla categoria di organismo di diritto pubblico anche le persone giuridiche di diritto privato, dal momento che la giurisprudenza - sia europea che nazionale - ha, ormai in misura prevalente, accolto la tesi c.d. sostanzialistica, in forza della quale devono considerarsi organismi di diritto pubblico tutti gli enti, compresi anche quelli aventi forma societaria, che posseggono i requisiti previsti anche dall'art. 3 d.lgs. n. 50/2016.

Con riferimento alla sussistenza del requisito della c.d. influenza pubblica dominante, quest'ultimo è integrato dal verificarsi di almeno uno dei tre fattori (partecipazione, finanziamento o controllo pubblico) previsti dalla norma, che, in realtà, coincidono con i cc.dd. indici sintomatici di pubblicità degli enti delineati dalla giurisprudenza interna¹³. Infatti, è opportuno chiarire che non è necessaria la sussistenza congiunta di tali parametri di riconoscimento della pubblicità affinché possa individuarsi in capo al soggetto giuridico il requisito della influenza dominante esercitata su di esso dai pubblici potere, ma ne è sufficiente anche solo uno perché l'ente avente personalità giuridica possa (e debba) essere qualificato come organismo di diritto pubblico¹⁴.

¹³ Sull'argomento, cfr. F. G. COCA, *Le amministrazioni come operatori giuridici*, in L. MAZZAROLLI (a cura di), *Diritto Amministrativo*, Bologna, 2005, il quale fa riferimento al «perseguimento di fini statali (teoria del fine) ovvero di fini propri e insieme di fini statali (teoria del doppio fine); l'essere gli enti dotati di poteri autoritativi, conferiti (delegati) dallo Stato (teoria del potere o dell'imperium); l'avere un rapporto organizzativo peculiare con lo Stato (teoria del rapporto di servizio); l'essere sottoposti a tutela o, più in generale, a controllo da parte dello Stato (teoria del controllo); il godere di finanziamenti a carico del bilancio statale (teoria del finanziamento); l'essere costituiti per atto statale (teoria dell'atto costitutivo)», cit., p. 319.

¹⁴ Sul punto, cfr. Così, R. DI RAIMO, *La partecipazione pubblica agli enti del Libro I del codice civile nella normativa recente*, in F. GIGLIOTTI, *Amministrazioni pubbliche e forme privatistiche*, Napoli, 2018, il quale chiarisce che «il requisito dell'influenza dominante non è esclusivo ma alternativo con quello del finanziamento pubblico. E appare invero che quest'ultimo si possa reputare prioritario, considerata l'ampia prevalenza, nella pratica, di ipotesi di apporto finanziario maggioritario non accompagnato da controllo rispetto a quelle di controllo senza un corrispondente impegno finanziario», cit., p. 120.

Occorre, quindi, compiere un accertamento riguardante la sussistenza di un finanziamento pubblico in misura prevalente, ossia che riguardi più della metà delle entrate di cui il soggetto finanziato si avvale¹⁵. Oppure, come espresso dalla Corte di giustizia nella famosa sentenza *Mannesmann*, è necessario che l'ente sia sottoposto ad un controllo pubblico o che sia comunque caratterizzato dalla ingerenza di un ente pubblico nella nomina dei componenti degli organi di amministrazione, direzione o vigilanza.

In particolare, rispetto a tale ultimo profilo, le Sezioni Unite hanno sottolineato come «*non [possa] guidare la valutazione il fatto che la società non sia totalmente detenuta dall'amministrazione controllante*», a differenza di ciò che accade per i cc.dd. soggetti *in house*, per i quali, invece, il c.d. controllo analogo rappresenta un requisito necessario ai fini della loro configurabilità¹⁶. Tale sostanziale differenza si spiega alla luce della diversa natura dei due istituti, i quali sono però specularmente collegati¹⁷: infatti, mentre l'organismo

¹⁵ Sul tema, cfr. Corte giust., 3.ottobre.2000, C-380/98, *University of Cambridge*, in cui si chiarisce che se «*da un lato la forma di finanziamento di un dato organismo può essere rivelatrice di una stretta dipendenza di quest'ultimo rispetto ad un'altra amministrazione aggiudicatrice, dall'altro bisogna però constatare come tale criterio non abbia valore assoluto. Non tutti i finanziamenti erogati da un'amministrazione aggiudicatrice hanno per effetto di creare o rafforzare uno specifico legame di subordinazione o dipendenza. Soltanto le prestazioni che, mediante un aiuto finanziario versato senza specifica controprestazione, finanzino o sostengano le attività dell'ente interessato possono essere qualificate come finanziamento pubblico*». Cfr. Cons. St., sez. VI, 19 luglio 2007, n. 4060, in cui si chiarisce che «*il dato formale del finanziamento a carico di un soggetto pubblico [...] non va, quindi, ristretto ai soli casi di erogazioni, contribuzioni, trasferimenti, attraverso gli ordinari strumenti della contabilità pubblica, ma si realizza anche nei casi in cui, a mezzo di atti aventi forza di legge, si convogliano risorse economiche in favore dell'ente in adempimento di obbligazioni ex lege cui i soggetti interessati non possono liberamente sottrarsi*».

¹⁶ Più in particolare, in tema di *in house* l'art. 5, co. 2 d. lgs. n. 50/2016 ha chiarito che per «*controllo analogo*» debba intendersi il caso in cui un'amministrazione aggiudicatrice o un ente aggiudicatore eserciti su una persona giuridica «*un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni significative della persona giuridica controllata*». In dottrina, cfr. G. GARGANO, *Contributo allo studio della soggettività pubblica. Gli effetti della soggettività "speciale" tra natura del soggetto e volontà del legislatore nazionale e comunitario*, Napoli, 2017, il quale chiarisce che «*la struttura della società [...] è solo formalmente separata e solo formalmente dotata di autonoma personalità giuridica ma, in sostanza, è considerabile quale un ufficio dell'ente pubblico. Non sussiste, quindi, solo il requisito di etero-direzione [...], ma è una società che ha la medesima posizione, in termini di autonomia decisionale, che avrebbe un organo dell'ente pubblico*», cit., p. 316, nt. 21.

¹⁷ Sul tema, cfr. M. FRATINI, *Manuale sistematico di diritto amministrativo*, Roma, 2018, il quale valorizza «*profili di convergenza*» tra i requisiti normativi dell'organismo di diritto pubblico e quelli dell'*in house*, sottolineando come, però, si tratti «*di analogia strutturale, ma non di identità. Il controllo analogo che identifica l'in house è un requisito più stringente del controllo che caratterizza l'organismo di diritto pubblico [...]. Ulteriore differenza: il controllo analogo sulla società in house presuppone, di regola (cioè salvo le eccezioni di legge), la totale partecipazione*

di diritto pubblico rappresenta il modulo di individuazione di soggetti tenuti all'evidenza pubblica, il fenomeno dell'*in house* costituisce una eccezione al principio di concorrenza e all'applicazione delle direttive appalti¹⁸, ossia un modello di gestione con cui la pubblica amministrazione "internalizza" l'attività, non ricorrendo all'esperimento della procedura ad evidenza pubblica nella scelta del contraente. L'*in house*, è un meccanismo caratterizzato dalla assenza di alterità con l'ente pubblico, rappresentandone una «*articolazione interna*», ossia la «*longa manus*»¹⁹: proprio alla luce di ciò, il soggetto *in house* è esonerato dal rispetto dei principi concorrenziali nell'affidamento della prestazione. Il fenomeno dell'*in house*, quindi, è caratterizzato dalla assenza di dualità del soggetto affidatario rispetto a quello affidante²⁰, registrandosi una ipotesi di delegazione solo interorganica, che esclude l'esigenza di applicare la

pubblica al capitale sociale. Il controllo sull'organismo di diritto pubblico presuppone ordinariamente (ma non necessariamente) la partecipazione pubblica maggioritaria», cit., p. 232.

¹⁸ Sulla questione della natura eccezionale della figura dell'*in house*, v. M. FRATINI, *Manuale sistematico di diritto amministrativo*, Roma, 2018, 233. In giurisprudenza, Consiglio di Stato, sez. VI, 3 aprile 2007, n. 1514, in cui si è messa in dubbio «*la possibilità di considerare la società in house come modello generale di organizzazione dovendosi ammettere la possibilità per una P.A. di ricorrere a tale figura solo in presenza di precise disposizioni legislative autorizzatrici in tal senso*».

¹⁹ Così, Cass., SS. UU., 25 novembre 2013, n.26283, in cui espressamente si chiarisce che «*la società in house, come in qualche modo già la sua stessa denominazione denuncia, non pare [...] in grado di collocarsi come un'entità posta al di fuori dell'ente pubblico, il quale ne dispone come di una propria articolazione interna. [...] essa non è altro che una longa manus della pubblica amministrazione [...]; di talchè l'ente in house non può ritenersi terzo rispetto all'amministrazione controllante ma deve considerarsi come uno dei servizi propri dell'amministrazione stessa [...]. Il velo che normalmente nasconde il socio dietro la società è dunque squarciato: la distinzione tra socio (pubblico) e società (in house) non si realizza più in termini di alterità soggettiva*». In tal senso, cfr., in giurisprudenza, Corte cost., 20 marzo 2013, n. 46; Cons. Stato, Ad. plen., 3 marzo 2008, n. 1.

In dottrina, v. M. FRATINI, *Manuale sistematico di diritto amministrativo*, Roma, 2018, il quale definisce l'*in house* come «*ente strumentale formalmente distinto sul piano formale (trattandosi di un soggetto di diritto autonomo), ma non anche alla stregua di una valutazione sostanziale (trattandosi di un ente sottoposto al penetrante controllo dell'amministrazione, come fosse un organo dell'amministrazione stessa)*», cit., 224.

²⁰ In tal senso, cfr. G. GARGANO, *Contributo allo studio della soggettività pubblica. Gli effetti della soggettività "speciale" tra natura del soggetto e volontà del legislatore nazionale e comunitario*, Napoli, 2017, il quale sottolinea che «*laddove il socio sia in grado di esercitare un controllo assimilabile a quello dell'*in house* – e dunque sussiste il duplice requisito del controllo analogo dell'attività prevalentemente svolta – quella dualità soggettiva che esiste sotto il profilo formale viene superata in un'ottica funzionale e sostanziale*»; si registra, cioè, un «*superamento del velo formale della distinta personalità giuridica, nonché della dualità esistente tra soggetto formalmente privato e soggetto formalmente pubblico, ponendo in evidenza un unico soggetto della cui natura pubblica o privata si perde ogni rilievo giuridico*», cit., 316.

normativa comunitaria in tema di procedure ad evidenza pubblica²¹. Dunque, *in house* e organismo di diritto pubblico sono concetti specularmente collegati. È, poi, sul requisito teleologico, consistente nella necessità che l'ente sia stato istituito e sia finalizzato al perseguimento di scopi di interesse generale aventi carattere non commerciale o industriale²² - poi specificato dalla disciplina successiva e, da ultimo, dall'art. 3, co. 1, lett. a del d. lgs. 50/2016 - che sono sorti i maggiori dubbi interpretativi, sia per quanto riguarda il profilo positivo (l'interesse generale), che quello negativo (il non svolgimento di attività commerciali o industriali)²³. Per quanto concerne il primo aspetto, per «*esigenze di interesse generale*» la giurisprudenza ha chiarito che si intende quelle «*di ampiezza e contenuto tali da giustificare la creazione di un apposito organismo, sottoposto all'influenza dominante della autorità pubblica, deputato alla loro soddisfazione*²⁴». Sul punto, le Sezioni Unite, con la pronuncia in esame, hanno specificato che le esigenze di interesse generale «*costituiscono*

²¹ In tal senso, v. anche E. STANIZZI, *Le società in house*, in R. GAROFOLI, A. ZOPPINI, *Manuale delle società a partecipazione pubblica*, Milano, 2018, che chiarisce che "la modalità di affidamento *in house* può [...] consentire l'eccezione o la deroga all'obbligo di applicazione delle procedure a evidenza pubblica, dal momento che l'autoproduzione, non coinvolgendo soggetti tra loro sostanzialmente distinti, non incide sulla concorrenza per o nel mercato e non fa, quindi, sorgere l'esigenza di garantire la parità di trattamento tra gli operatori economici attraverso l'esperimento di procedure di gara per l'affidamento dei contratti pubblici, non trovando applicazione la normativa europea in tema di appalti pubblici allorquando manchi un rapporto contrattuale, in senso stretto, tra due soggetti", cit., 81. In giurisprudenza, v., ad esempio, Corte giust. sent. 11 gennaio 2005, C-26/03, *Stadt Halle*, in cui si chiarisce che "un'autorità pubblica che sia una amministrazione aggiudicatrice, ha la possibilità di adempiere ai compiti di interesse pubblico ad essa incombenti mediante propri strumenti amministrativi, tecnici e di altro tipo, senza essere obbligata a far ricorso ad entità esterna non appartenente ai propri servizi. In tal caso non si può parlare di contratto a titolo oneroso concluso con entità giuridicamente distinta dall'Amministrazione aggiudicatrice. Non sussistono, quindi, i presupposti per applicare le norme comunitarie in materia di appalti pubblici".

²² In tal senso, v. F. DE LEONARDIS, *Soggettività privata e azione amministrativa. Cura dell'interesse generale e autonomia privata nei nuovi modelli di amministrazione*, Padova, 2000, il quale osserva che «la qualifica pubblicistica va effettivamente riferita [...] al risultato e/o agli obiettivi, e come tale investe anche attività di soggetti privati, purché siano finalizzate e poste in essere in adempimento di doveri indicati dall'ordinamento generale», cit., pp. 347 s.

²³ Sull'argomento, cfr. F. CINTIOLI, *Di interesse generale e non avente carattere industriale o commerciale: il bisogno o l'attività? (brevi note sull'organismo di diritto pubblico)*, in *Serv. Pubbl. app.*, 2004, il quale sottolinea come «il requisito finalistico è apparso, da subito, sfuggente e riotto a classificazioni rassicuranti. [...] La fonte di questi equivoci sta probabilmente nel fatto che le norme hanno riferito il requisito del carattere industriale o commerciale, appunto, ai bisogni da soddisfare, anziché all'attività esercitata dall'organismo, oggettivamente», cit., 246. Cfr. anche PIOGGIA A., *Sulla natura dei bisogni d'interesse generale non aventi carattere industriale o commerciale (a proposito della nozione di organismo di diritto pubblico)*, in *Riv. giur. quadr. serv. pubbl.* 1999, pp. 61 ss.

²⁴ Cass., SS. UU., 4 maggio 2006, n. 10218.

una categoria più ampia all'interno della quale deve essere rinvenuta la sottocategoria dei bisogni 'non industriali e commerciali', i quali devono essere individuati in base al contesto di riferimento e alle finalità perseguite dalle direttive in tema di appalti». Per quanto attiene, infatti, al requisito negativo, deve trattarsi di bisogni che non abbiano natura né industriale né commerciale, ovvero che, «da un lato, sono soddisfatti in modo diverso dall'offerta di beni o servizi sul mercato e al cui soddisfacimento, dall'altro, per motivi connessi all'interesse generale, lo Stato preferisce provvedere direttamente o con riguardo ai quali intende mantenere un'influenza dominante²⁵».

In sostanza, è necessario un duplice accertamento: non solo sul carattere "generale" degli interessi perseguiti, ma anche che questi ultimi siano di natura non industriale o commerciale. E tale carattere può dirsi sussistente, come chiarito dalla Corte di giustizia²⁶, allorché si tratti di bisogni che vengono soddisfatti in modo diverso dall'offerta di servizi e beni sul mercato: in particolare, bisognerà accertare se l'ente opera in normali condizioni di mercato, se persegue scopi di lucro e se subisce le perdite commerciali connesse all'esercizio della sua attività: infatti, in queste ultime ipotesi, l'attività svolta avrà evidentemente natura commerciale o industriale.

Inoltre, con riferimento all'avverbio «specificatamente», le Sezioni Unite hanno precisato che esso sia volto ad indicare «la volontà del legislatore di vincolare all'applicazione delle norme sugli appalti pubblici solo i soggetti istituiti allo scopo specifico di soddisfare interessi di carattere generale aventi carattere non industriale e commerciale e la cui attività risponda a tali esigenze».

Si tratta, comunque, di requisiti non alternativi tra loro, ma cumulativi, in quanto per potersi definire un soggetto come un organismo di diritto pubblico occorre la loro necessaria compresenza²⁷: «di conseguenza la mancanza anche di uno solo di essi porta ad escludere lo status di organismo di diritto pubblico e alla disapplicazione della normativa comunitaria sugli appalti pubblici²⁸».

Dunque, da tali premesse emerge in maniera evidente una nozione funzionale, che guarda alla sostanza del fenomeno dell'organismo di diritto pubblico, più

²⁵ Tra le tante, cfr. Corte giust., 22 maggio 2003, C-18/01, *Korhonen*; ID., 10 novembre 1998, C-360/96, *BFI Holding BV*, in *Riv. giur. quadr. pubbl. serv.*, 1999, II, p. 61.

²⁶ In particolare, ci si riferisce a Corte giust., 22 maggio 2003, C-18/2001, *Taitotalo*, in *Il Foro amm. C.d.S.*, 2003, con nota di L. R. PERFETTI, *Organismo di diritto pubblico e rischio di impresa*, 2498 ss; cfr. anche Corte giust., 27 febbraio 2003, C-373/2000.

²⁷ Corte giust., 5 ottobre 2017, C-567/15; in tal senso, anche Cass., SS. UU., 7 aprile 2014, n. 8051; Cass. SS. UU., 9 maggio 2011, n. 10068.

²⁸ Così, Cass., SS. UU., 28 marzo 2019, n. 8673, cit., par. 11.

che a valutazioni di ordine formale: non conta che l'ente sia pubblico o privato, ma conta che, anche qualora operi in regime concorrenziale, l'attività svolta non sia ispirata a principi di economia che prevedono il pareggio tra costi e benefici. Infatti, le Sezioni Unite espressamente hanno chiarito che l'interpretazione dei requisiti – stabiliti dalla giurisprudenza prima e dal legislatore poi – *«deve essere svolta adottando un approccio di tipo funzionale che consenta di perseguire gli obiettivi di non discriminazione e tutela della concorrenza che la disciplina degli appalti pubblici si pone di perseverare²⁹»*.

In altri termini, la pronuncia delle Sezioni Unite in esame si colloca nell'ambito di quell'orientamento - riconducibile, ad esempio, alla pronuncia del Consiglio di Stato, 26 maggio 2015, n. 2660 - volto a delineare una *«nozione funzionale e cangiante dell'ente pubblico»*: infatti, *«il criterio da utilizzare per tracciare il perimetro del concetto di ente pubblico non è sempre uguale a se stesso, ma muta a seconda dell'istituto o del regime normativo che deve essere applicato e della ratio ad esso sottesa»*.

È, infatti, a tale conclusione che giungono le Sezioni Unite con la pronuncia di cui si tratta, affermando che la categoria dell'organismo di diritto pubblico *“costituisce il precipitato della c.d. nozione sostanzialistica di Pubblica Amministrazione”* : in particolare, essa, *«in quanto funzionale alla liberalizzazione dei mercati e alla trasparenza, deve essere estensivamente intesa [...] e nella valutazione degli indici richiesti dalla norma deve essere privilegiato - ad un approccio formalistico - un approccio funzionale che tenga conto delle concrete modalità di azione della società³⁰»*. In altri termini, si è giunti *«a ridimensionare progressivamente il rilievo dei modelli formali, per adottare criteri sostanziali tagliati sull'osservazione delle finalità perseguite,*

²⁹ Cass., SS. UU., 28 marzo 2019, n. 8673, cit., par. 11. In tal senso, cfr. Corte giust., 10 novembre 1998, C-360/96, *Arnhem*; Corte giust., 15 gennaio 1998, in C-44/96; Corte giust., 5 ottobre 2017, C-567/15, espressamente citate dalle stesse Sezioni Unite.

³⁰ Così, Cass., SS. UU., 28 marzo 2019, n. 8673, cit., par. 11. In tal senso, cfr. Corte giust., 5 ottobre 2017, C-567/15, in cui si chiarisce che *«alla luce degli obiettivi delle direttive in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici, volte a escludere sia il rischio che gli offerenti o candidati nazionali siano preferiti nell'attribuzione di appalti da parte delle amministrazioni aggiudicatrici, sia la possibilità che un ente finanziato o controllato dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico, si lasci guidare da considerazioni diverse da quelle economiche, (...) la nozione di organismo pubblico deve essere interpretata in modo funzionale ed ampia»*, cit., par. 20.

della provenienza delle risorse finanziarie impiegate e della titolarità dei poteri organizzativi³¹».

3. Organismo di diritto pubblico e mercato concorrenziale.

La stessa concezione sostanzialistica, cui anche la più recente pronuncia delle Sezioni Unite fa riferimento, è dirimente con riguardo ad una questione su cui la giurisprudenza euro-unitaria si è a lungo interrogata: se il fatto che l'ente operi in un mercato aperto alla concorrenza rappresenti di per sé una circostanza tale da escludere il requisito teleologico della funzionalizzazione al perseguimento di interessi pubblici aventi carattere non commerciale e industriale. In altri termini, a lungo è stato dibattuto se ai fini della configurabilità di un determinato soggetto quale organismo di diritto pubblico sia richiesto necessariamente lo svolgimento dell'attività in un contesto non concorrenziale.

Ebbene, il lungo dibattito viene astrattamente immaginato dal Consiglio di Stato³² come suddiviso essenzialmente in tre fasi.

La prima può essere individuata nel periodo antecedente al 2000, in cui, al fine di neutralizzare tentativi di aggiramento della normativa comunitaria, era accolta una nozione di organismo di diritto pubblico molto largheggiante, volta alla massima espansione applicativa della categoria in esame: l'obiettivo era snidare la pubblicità reale, imponendo ai soggetti sostanzialmente pubblici l'evidenza pubblica nella scelta del contraente³³. Nella prima fase, infatti, la

³¹ Così, R. DI RAIMO, *La partecipazione pubblica agli enti del Libro I del codice civile nella normativa recente*, in F. GIGLIOTTI (a cura di), *Amministrazioni pubbliche e forme privatistiche*, Napoli, 2018, cit., 119. In tal senso, cfr. G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003, il quale sottolinea che «registrare la qualificazione data dal legislatore o interrogarsi sulla natura giuridica dei vari enti [...] appare un modo improprio di impostare il problema dell'ambito di applicazione delle discipline pubbliche», nel senso che «in un sistema caratterizzato dalla moltiplicazione delle figure soggettive incaricate della cura di interessi generali, la questione sembra porsi in termini opposti: verificare quali norme orizzontalmente riferite alle amministrazioni e gli enti pubblici siano ad esse applicabili, sulla base delle finalità perseguite e degli interessi tutelati», cit., p. 177. Cfr. anche D. TREBASTONI, *Identificazione degli enti pubblici e relativa disciplina*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2007, il quale rileva che «all'individuazione dei soggetti pubblici non si procede con riferimento a criteri formali di definizione, bensì sulla base di parametri di tipo sostanziale, dati in particolare dalla funzionalizzazione dell'attività della persona giuridica alla realizzazione di finalità di interesse generale e dall'inquadramento istituzionale della stessa nell'apparato organizzativo della P.A.»; in senso analogo, v. A. ROMANO, *I soggetti e le situazioni giuridiche soggettive del diritto amministrativo*, in AA. VV., *Diritto amministrativo*, Bologna, 2005, I, pp. 145 ss.

³² Ci si riferisce a Cons. St., 16 gennaio 2017, n. 108, par. 6.1.

³³ È sottolineata anche da Cons. Stato, Sez. VI, 20 marzo 2012, n. 1574 secondo cui l'esigenza di «evitare che i vantaggi derivanti dall'operare come P.A. possano essere trasposti nel settore in

circostanza che un ente svolgesse la sua attività in un mercato concorrenziale non era sufficiente ad impedirne la qualificazione come organismo di diritto pubblico. In sostanza, si riteneva che non ci fosse una incompatibilità assoluta tra i due termini del rapporto e che il fatto che un determinato organismo operasse in un mercato tendenzialmente aperto alla concorrenza di altri operatori non fosse di per sé sufficiente ad escludere la natura di organismo di diritto pubblico: al più, si sosteneva che tale circostanza rappresentasse un mero indizio di esclusione della natura di organismo di diritto pubblico. In altri termini, come chiarito dalla Corte di giustizia, *«il fatto che esista una concorrenza non è sufficiente ad escludere la possibilità che un ente finanziato o controllato dallo Stato, dagli Enti territoriali o da altri organismi di diritto pubblico si lasci guidare da considerazioni non economiche»* e, anzi, *«la condizione che non vi siano imprese private che possano provvedere a soddisfare i bisogni per i quali l'ente di cui trattasi sia stato creato rischierebbe di svuotare di sostanza la nozione di organismo di diritto pubblico»³⁴.*

La seconda fase si apre con la pronuncia della Corte di giustizia del 10 maggio 2001 sull'Ente Fiera Milano³⁵ e sulla possibilità o meno di affermarne la natura di organismo di diritto pubblico. Ebbene, in tale fase, si è assistito ad una restrizione della nozione in esame, nel senso che la Corte di giustizia ha sostenuto che la sola circostanza che l'ente operasse in un mercato concorrenziale rappresentava un indizio sostanzialmente determinante al fine di escludere il carattere non industriale o commerciale dei bisogni perseguiti e, in via mediata, la sua configurabilità quale organismo di diritto pubblico. Più nello specifico, la Corte Europea ha sottolineato che la circostanza che l'Ente Fiera di Milano operasse secondo criteri di economicità, sopportando direttamente il rischio economico, impediva la sua qualificazione quale organismo di diritto pubblico, nonostante la relativa attività fosse caratterizzata dalla assenza di uno scopo di lucro.

Dunque, la seconda fase segna *«una sorta di inversione di tendenza nell'espansione applicativa dell'istituto dell'organismo di diritto pubblico»³⁶*

cui lo stesso soggetto svolge attività d'impresa, alterando così l'equi-ordinazione tra imprese pubbliche e private, posta a presidio delle regole della concorrenza».

³⁴ Così, Corte. Giust., 10 novembre 1998, C-360/96. In tal senso, cfr. anche Corte giust., 5 ottobre 2017, C-567/15; Corte giust., 10 maggio 2001, C-223/99 e C-260/99. V. pure Cons. St., 18 dicembre 2017, n. 5930;; Cass. SS. UU., 22 dicembre 2015, n. 25770.

³⁵ Corte giust., 10 maggio 2001, Agorà c. Ente Autonomo Fiera Internazionale di Milano, C-223/99.

³⁶ In tali termini si esprime Cons. St., 16 gennaio 2017, n. 108, par. 6.1.2.

rispetto alla prima, in cui si riteneva che non ci fosse incompatibilità secca tra il modulo dell'organismo e lo svolgimento da parte dell'ente dell'attività all'interno del mercato concorrenziale.

La terza fase, infine, si apre con la pronuncia del Consiglio di Stato, n. 108/2017, sull'ente ACI Global: anche in tal caso, la questione verteva sulla qualificabilità di tale ente come organismo di diritto pubblico o meno, alla luce del fatto che esso operasse in un mercato concorrenziale. Il Consiglio di Stato è intervenuto chiarendo che la nozione di organismo di diritto pubblico non è incompatibile con il mercato concorrenziale, nel senso che lo svolgimento di attività nell'ambito del mercato concorrenziale è un mero indizio che da solo non esclude l'operatività del modulo in esame, *«dovendo tale circostanza essere integrata da ulteriori elementi e configurandosi come una sorta di presunzione semplice³⁷»*.

Dunque, si registra un ritorno al passato, cioè alla prima fase, attraverso una riesplorazione della nozione di organismo di diritto pubblico. Anche perché per il Consiglio di Stato è utopistico immaginare che un ente da qualificare come organismo di diritto pubblico operi in logiche completamente avulse dal mercato, in quanto ciò *«rischierebbe di svuotare di sostanza la nozione di organismo di diritto pubblico»*. Proprio alla luce del fatto che non vi è assoluta incompatibilità tra mercato concorrenziale e organismo di diritto pubblico, il Consiglio di Stato chiarisce che l'ACI Global sia da ricondurre nell'ambito di tale categoria, in quanto dotata di personalità giuridica, finanziata dallo Stato e istituita al precipuo fine di perseguire un compito di pubblico interesse, quale il soccorso e l'assistenza stradale: in particolare, *«la circostanza per cui il settore del soccorso stradale sia aperto alla concorrenza non depone ex se nel senso della non qualificabilità di ACI Global come organismo di diritto pubblico³⁸»*.

Alle medesime conclusioni è giunta anche la Corte di Cassazione, a Sezioni Unite, con la pronuncia in esame, nella quale, in un'ottica funzionale e tenendo conto del fatto che si tratta di un *«mercato i cui connotati sono sempre più complessi»*, ha affermato la natura di organismo pubblico dell'ACI Global: infatti, non solo *«non sussistono dubbi in ordine alla sussistenza dei requisiti riguardanti la titolarità della personalità giuridica e il finanziamento e controllo maggioritario da parte di Aci, ente pubblico non economico»*, ma, per quanto riguarda il requisito teleologico, l'ACI Global *«è stata istituita al precipuo scopo*

³⁷ Così, Cons. St., 16 gennaio 2017, n. 108, par. 6.1.3.

³⁸ Ancora, Cons. St., 16 gennaio 2017, n. 108, par. 6.4.

di svolgere l'attività di pubblico interesse consistente nel soccorso e assistenza stradale, a cui il tracciamento elettronico dei veicoli, oggetto dell'appalto in esame, risulta strettamente funzionale. Tale servizio ha natura essenziale rispetto alla realizzazione della funzione pubblica di carattere generale a cui è chiamata istituzionalmente Aci (ente controllante) che nel proprio statuto prevede in modo espresso lo scopo di promuovere il miglioramento della sicurezza stradale e l'attuazione di forme di assistenza tecnica e stradale³⁹».

Dunque, anche la pronuncia in esame si inserisce perfettamente nella terza fase, registrando un ritorno al passato. Infatti, eccezion fatta per la sentenza attinente alla Fiera di Milano, la tendenza della giurisprudenza, interna ed europea, ha confermato il paradigma funzionale della figura dell'organismo di diritto pubblico⁴⁰. In particolare, le Sezioni Unite hanno chiarito che «*deve essere condiviso l'orientamento - recepito anche dal Consiglio di Stato [...] che non considera determinante il mero fatto che la società operi in un mercato concorrenziale ai fini dell'esclusione della sua qualifica di organismo di diritto pubblico. Si tratta infatti esclusivamente di un indizio presuntivo, superabile con prova contraria, e non di un elemento dirimente⁴¹».* Le Sezioni Unite, pertanto, sono giunte a concludere per «*la non incompatibilità tra lo svolgimento di attività di impresa e l'operatività in settori contrassegnati da un'economia di mercato, da un lato, e la qualificabilità dell'ente come organismo di diritto pubblico, dall'altro*».

4. (In)ammissibilità dell'organismo di diritto pubblico *in parte qua*?

Con riferimento all'organismo di diritto pubblico, poi, a lungo ha interessato la giurisprudenza un'altra questione particolarmente rilevante: quella attinente alla ammissibilità o meno dell'organismo di diritto pubblico *in parte qua* (o

³⁹ Così, Cass., SS. UU., 28 marzo 2019, n. 8673, cit., par. 16.

⁴⁰ Sul tema, cfr. A. MITROTTI, *Natura giuridica della FIGC come organismo di diritto pubblico*, in *www.diritto.it*. Opportunamente, Cons. Stato, sez. VI, 28 ottobre 1998, n. 1478, in *Foro.it*, 1999, III, chiarisce che «*l'adozione di un principio interpretativo improntato ad un nominalismo rigido comporterebbe [...] la frustrazione delle ragioni - tutela della libertà di concorrenza in primis - che hanno indotto il legislatore europeo a pervenire ad una nozione elastica di amministrazione ai fini della disciplina degli appalti. La creazione di società per azioni controllate da parte dell'Amministrazione pubblica - e quindi in sostanza strumenti alternativi a disposizione di quest'ultima per il perseguimento, con una forma privatistica più duttile, degli interessi istituzionali - sarebbe infatti un'agevole scappatoia percorribile dai soggetti pubblici per sottrarsi alle regole della gara comunitaria e, quindi, eludere, a parità di interessi pubblici coinvolti, il perseguimento delle finalità concorrenziali perseguite dalle direttive con la creazione della categoria elastica degli organismi di diritto pubblico*», cit., p. 178.

⁴¹ Così, Cass., SS. UU., 28 marzo 2019, n. 8673, cit., par. 11.

anche organismo *parzialmente* di diritto pubblico). In particolare, nel caso in cui alcuni enti, muniti di personalità giuridica e soggetti alla influenza pubblica dominante, tra le molteplici attività, ne svolgano soltanto alcune volte al soddisfacimento di bisogni generali a carattere non industriale o commerciale, è discusso se questi siano sottoposti alla disciplina pubblicistica anche con riguardo alle attività non rivolte al soddisfacimento di tali bisogni; oppure, se sia immaginabile che un ente sia organismo di diritto pubblico non nella sua interezza, ma solo limitatamente ad una parte di attività, ossia quella diretta a perseguire interessi generali non aventi carattere industriale e commerciale. Infatti, da un lato c'è l'esigenza di certezza del diritto; dall'altro, quella di evitare una «compromissione indiscriminata delle garanzie costituzionali della libertà di impresa⁴²», ex art. 41 Cost.

Ebbene, l'evoluzione della nozione di ente pubblico funzionale e cangiante incide evidentemente anche su tale dibattito.

In un primo momento, la Corte di Giustizia, 15 gennaio 1998, *Mannesmann*, nega la configurabilità dell'organismo di diritto pubblico *in parte qua*, alla luce della c.d. teoria del contagio, in forza della quale se un soggetto svolge solo parzialmente attività commerciale e industriale, la disciplina pubblicistica si applica a tutta l'attività, nel senso che la parte di essa non commerciale e industriale "contagia" anche l'altra porzione di attività⁴³. Dunque, nella sentenza *Mannesman* si accoglie il canone del «*semel organismo semper organismo*»: l'attività di pubblico interesse è talmente preponderante che contagia anche la parte di attività privata svolta dal soggetto qualificato quale organismo di diritto pubblico. In sostanza, per esigenze di certezza del diritto, è necessario che una norma comunitaria sia chiara e che la sua applicazione sia prevedibile per tutti gli interessati; dunque, secondo tale teoria i principi dell'evidenza pubblica avrebbero una portata generalizzata rispetto a tutte le attività svolte dai soggetti istituiti e finalizzati al soddisfacimento di esigenze di interesse generali, anche se caratterizzate da una connotazione propriamente privatistica⁴⁴.

⁴² Così, R. GAROFOLI, G. FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2018, cit., p. 199.

⁴³ Corte giust. UE 15 gennaio 1998, *Mannesmann*, C-44/96, in Racc., 1998, I-00073.

⁴⁴ Sul tema, recentemente Cons. Stato, sez. VI, 31 gennaio 2017, n. 394 ha ribadito che è necessario l'indizione della gara ai fini della individuazione del privato concessionario, e che «*i principi in materia di libera circolazione dei servizi, di par condicio, di imparzialità e di trasparenza si applicano anche a materie diverse dagli appalti, essendo sufficiente che venga in rilievo un'attività suscettibile di apprezzamento in termini economici*». Ad esempio, con riferimento alle concessioni di beni pubblici «*la sottoposizione ai principi di evidenza trova il suo*

Nel caso specifico, la Corte di giustizia interviene sulla questione della qualificazione giuridica della tipografia di Stato austriaca, che svolgeva attività mista: da un lato, di interesse generale (in particolare, stampa di passaporti, carte d'identità); dall'altro attività commerciale (vendita di libri). La Corte, però, afferma che è talmente preponderante l'attività di tipografia di Stato che a questo tipo di ente debba sempre applicarsi il modulo dell'organismo di diritto pubblico e, di conseguenza, la normativa comunitaria in tema di appalti, non solo per le attività volte a soddisfare un bisogno generale di carattere non commerciale o industriale, ma anche per le attività propriamente industriali o commerciali.

Tale pronuncia è frutto della avvertita esigenza di evitare aggiramenti della normativa comunitaria e di ragioni «*di certezza del diritto, di trasparenza e di prevedibilità che regolano l'attuazione delle procedure di tutti gli appalti pubblici*», dal momento che è difficile distinguere la porzione di attività di interesse pubblico da quella più strettamente privatistica, ponendo «*in essere una siffatta separazione tra le differenti attività di un ente*», in quanto esso «*costituisce un'unica persona giuridica, che ha un regime patrimoniale e di proprietà unico e le cui decisioni in materia di direzione e di gestione sono adottate unitariamente*». Dunque, alla luce dei «*numerosi ostacoli di ordine pratico circa il controllo, ex ante e ex post, della assoluta separazione tra i differenti settori di attività e dell'appartenenza dell'attività di cui trattasi a questo o a quel settore*», anche l'attività privatistica sarebbe "contagiata", anche se «*la soddisfazione dei bisogni di interesse generale costituisce solo una parte relativamente poco rilevante delle attività effettivamente svolte*⁴⁵».

E tale attrazione alla disciplina pubblicistica di tutte le attività comunque poste in essere, estranee ai bisogni generali per i quali un soggetto è istituito, finalizzato e qualificato come organismo di diritto pubblico viene ribadita dalla successiva giurisprudenza, sia europea⁴⁶ che nazionale⁴⁷. In tempi recenti,

presupposto nella circostanza che mediante la concessione si fornisce un'occasione di guadagno a soggetti operanti sul mercato: un bene pubblico 'economicamente contendibile' [...] può quindi essere dato in concessione ai privati, a scopi imprenditoriali, solo all'esito di una procedura comparativa ad evidenza pubblica».

⁴⁵ Corte giust., 15 gennaio 1998, C. 44/96, *Mannesmann*, par. 25.

⁴⁶ Corte giust., 17 dicembre 1998, C-306/1997, *Connemara Machine Turf Co. Ltd*; Corte giust., 10 aprile 2008, C-393/2006, *Ing. Aigner*, par. 54.

⁴⁷ Cass., SS. UU., 7 ottobre 2008, n. 24722, secondo la quale «*per la qualificazione di un ente come organismo di diritto pubblico non è necessario che il perseguimento di finalità generali assurga a scopo esclusivo, potendo coesistere con lo svolgimento, anche prevalente, di attività industriali o commerciali*». V. pure Cass., SS. UU., 7 aprile 2010, n. 8225; Cons. St., Sez. VI, 24

anche le Sezioni Unite con la pronuncia in esame hanno pacificamente ammesso *«la possibilità che una società che si qualifichi come organismo di diritto pubblico svolga attività ulteriori rispetto a quella oggetto di interesse generale»*, aderendo, sostanzialmente, alla teoria del contagio *«non solo nel caso di organismo di diritto pubblico che opera in un sistema concorrenziale, ma anche alla società che svolga altre attività di lucro oltre a quella di interesse generale, nonché al caso in cui la stessa non sia interamente detenuta da un altro soggetto qualificabile come amministrazione aggiudicatrice ai sensi del diritto comunitario ma abbia delle partecipazioni private⁴⁸»*.

In sostanza, le Sezioni Unite, in linea con la giurisprudenza euro-unitaria, sono orientate nel senso di estendere la disciplina dei contratti pubblici *«anche agli appalti posti in essere dall'organismo nell'ambito di attività che non rispondano ad esigenze di ordine generale»*, al fine di *«evitare la formazione di zone franche all'interno delle quali si realizzi una indebita elusione della normativa comunitaria, nonché a perseguire la certezza del diritto, in forza della quale non è possibile scindere i campi di azione di un medesimo ente»*. Ed in tal senso la Suprema Corte, nella sua massima composizione, sottolinea la differenza dell'organismo di diritto pubblico rispetto alle imprese pubbliche che operano nei c.d. settori speciali (art. 114 d.lgs. 50/2016), alle quali non si applica la teoria del contagio alla luce della lettura incrociata dell'art. 20, comma 1, direttiva 2004/17 e art. 12 direttiva 2004/18.

Tuttavia, tale impostazione ha in sé il rischio di una clamorosa discriminazione rispetto ai soggetti privati che svolgono solo quel tipo di attività. Infatti, la ricostruzione della Corte di giustizia nella sentenza Mannesmann, poi ripresa da parte della giurisprudenza successiva e, da ultimo, anche dalle Sezioni Unite nella pronuncia in esame, viola il principio di proporzionalità, in forza del quale la regola deve essere parametrata all'obiettivo da raggiungere: infatti, l'applicazione della disciplina pubblicistica dell'evidenza pubblica all'attività privatistica risulta quantomeno sproporzionata, dal momento che limita

novembre 2011, n. 3892, in cui si chiarisce che *«se A. è organismo di diritto pubblico, anche gli organi che ne sono emanazione devono seguire le relative regole, non potendo ammettersi che un organismo di diritto pubblico possa dismettere la sua veste semplicemente dando vita ad altre entità per perseguire la sua missione istituzionale»*; in tal senso, Cons. St., sez. VI 24 novembre 2011, n.6211; TAR Lazio, Roma, Sez. II, 19 maggio 2016, n. 5886; ancora, Tar Lazio, II ter, n. 1778 del 2013.

⁴⁸ Cass., SS. UU., 28 marzo 2019, n. 8673, cit., par. 12.

fortemente il soggetto, sottoponendolo alle regole dell'evidenza pubblica, lì dove non sarebbe necessario.

Alla luce di tali perplessità, si sostiene che appaia più opportuno ritenere possibile l'ammissibilità dell'organismo di diritto pubblico *in parte qua*, attraverso una ricostruzione sia da un punto di vista normativo che giurisprudenziale.

Innanzitutto, che sia ammissibile l'organismo parzialmente di diritto pubblico è evidente dalle direttive UE. In particolare, l'art. 3, comma 3 della Direttiva 2014/24/UE prevede che ciascuna Amministrazione aggiudicatrice possa scegliere di aggiudicare appalti distinti per le parti distinte, ciascuno dei quali soggetti a regimi giuridici diversi, in base alle caratteristiche della parte distinta di cui trattasi.

Inoltre, la ammissibilità dell'organismo di diritto pubblico *in parte qua* emerge anche dall'art. 3 d. lgs. 50/2016, il quale, nel definire l'organismo di diritto pubblico, alla lett. t) utilizza la locuzione «*ai fini del presente codice*», chiarendo, dunque, che la nozione è limitata al Codice dei contratti pubblici.

Ancora, sempre nell'ambito del d. lgs. 50/2016, all'art. 28, si fa riferimento alla disciplina dei contratti misti, la quale può essere diversa a seconda del «*tipo di appalto che caratterizza l'oggetto principale del contratto in questione*»; dunque, il contratto è unico, ma sono previste discipline diverse a seconda del tipo di appalto: è, cioè, contemplato un regime *in parte qua*.

Inoltre, l'art. 22, lett. e) l. 241/90 prevede che il diritto di accesso trovi applicazione anche in relazione a soggetti privati, «*limitatamente all'attività di interesse pubblico svolta*»: da tale norma emerge l'idea della possibilità che la disciplina pubblicistica si applichi solo *in parte qua*, cioè esclusivamente per una porzione di attività, ossia quella tesa allo svolgimento di attività di pubblico interesse. Ancora, sempre nell'ambito della legge sul procedimento amministrativo, l'art. 29 prevede che essa si applichi anche alle società con totale o prevalente capitale pubblico, «*limitatamente all'esercizio delle funzioni amministrative*»: quindi, la norma non ne ammette una applicazione generalizzata, ma limitata a quella porzione di attività che sia espressione del potere pubblico⁴⁹.

Peraltro, la ammissibilità dell'organismo di diritto pubblico *in parte qua* è stata più volte affermata anche a livello pretorio: infatti, la giurisprudenza ha chiarito in più occasioni la «*irrilevanza dello svolgimento da parte dell'organismo di*

⁴⁹ In tal senso, M. SANTISE, *Coordinate di diritto amministrativo*, Torino, 2018, p. 68.

altre attività», dal momento che «il requisito del fine del soddisfacimento di bisogni di interesse generale, non aventi carattere industriale o commerciale, non implica che il soggetto sia incaricato unicamente di soddisfare bisogni del genere, ed anzi consente l'esercizio di altre attività⁵⁰». Coerentemente, anche le Sezioni Unite recentemente hanno chiarito che «non risulta necessario che l'organismo eserciti [...] attività di interesse generale in modo esclusivo, potendo il medesimo soggetto svolgere altre attività, addirittura con carattere prevalente⁵¹».

In tal senso, particolarmente rilevante è la pronuncia dell'Adunanza plenaria, n. 16/2011, in tema di imprese pubbliche nei cc. dd. settori speciali. Per "impresa pubblica" ex art. 3, co. 2 lett. t) d. lgs. n. 50 del 2016 (nonché ex art. 2, lett. b, direttiva 2004/17; art. 3, comma 28, d. lgs. n. 163/2006) si intende quella su cui le amministrazioni aggiudicatrici possono esercitare, direttamente o indirettamente, un'influenza dominante perché ne sono proprietarie, vi hanno una partecipazione finanziaria, o in virtù di norme che disciplinano le imprese in questione. E tale influenza dominante è presunta quando le amministrazioni aggiudicatrici, direttamente o indirettamente, riguardo all'impresa detengono la maggioranza del capitale sottoscritto dall'impresa, oppure controllano la maggioranza dei voti cui danno diritto le azioni emesse dall'impresa, oppure hanno il diritto di nominare più della metà dei membri del consiglio di amministrazione, di direzione o di vigilanza dell'impresa.

La differenza tra organismo di diritto pubblico e impresa pubblica è nell'aspetto funzionale, come sottolineato dalla Corte di giustizia: «*la nozione di impresa pubblica è sempre stata diversa da quella di organismo di diritto pubblico, in quanto quest'ultimo è creato per soddisfare specificatamente bisogni di interesse generale privi di carattere industriale o commerciale, mentre le imprese pubbliche operano per rispondere ad esigenze di carattere industriale o commerciale⁵²*». Ebbene, quando la prima opera in settori speciali (ad esempio, Enel, Enigas), il legislatore compensa il monopolio con l'imposizione

⁵⁰ Così, ad esempio, Cons. St., Sez. VI, 2 marzo 2001, n.1206, *Soc. Poste Italiane c. Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato e altri*, cit., par. 2.4.

⁵¹ Cass., SS. UU., 28 marzo 2019, n. 8673, cit., par. 11. In senso analogo, Cons. St., 12 dicembre 2018n. 7031, secondo cui «*l'organismo di diritto pubblico si caratterizza per il suo asservimento al soddisfacimento di esigenze di interesse generale che persegue lasciandosi guidare da considerazioni diverse da quelle economiche, quand'anche parte della sua operatività sia svolta sul mercato*»; cfr. pure Cons. St., 18 dicembre 2017, n. 5930; Cass., SS. UU., 22 dicembre 2015, n. 25770;; Corte Giustizia UE 5 ottobre 2017, C-567/15; 10 maggio 2001, C-223/99 e C-260/99 e 10 novembre 1998, C-360/96).

⁵² Corte giust., 15 maggio 2003, C- 214/00, *Commissione C. Regno di Spagna*, cit., par. 44.

della procedura ad evidenza pubblica, ma in relazione ad attività connesse a tali particolari ambiti (ad esempio, erogazione del gas), nei quali il servizio di vigilanza all'interno dell'impresa pubblica è soggetta alle norme pubblicistiche. L'Adunanza plenaria n. 16 del 2011 ha chiarito che le imprese pubbliche sono attratte al diritto dei pubblici appalti (ovviamente riferendosi non a quello del 2016, ma al d. lgs. n. 163/2006), «*limitatamente ai settori speciali, e non in termini generali, [...] con conseguente inapplicabilità della teoria del contagio*⁵³». Mentre con riferimento alle attività che non sono direttamente espressione di settori speciali, cioè che non siano connesse ad essi da un rapporto di strumentalità, trova applicazione la disciplina privatistica. Ebbene, l'Adunanza plenaria ha stabilito che un'impresa pubblica segue la disciplina pubblicistica solo con riguardo alla parte di attività che attiene ai settori speciali. In sostanza, il d. lgs. n. 163 del 2006, prima, e il d. lgs. n. 50/2016, poi, hanno disposto che nei cc. dd. settori speciali l'impresa pubblica sia sostanzialmente ricondotta nella nozione di Pubblica Amministrazione, nel senso che deve ritenersi «*amministrazione aggiudicatrice*», soggetta alle regole dell'evidenza pubblica, al chiaro fine di tutelare la concorrenza ed il mercato. In sostanza, le imprese pubbliche sono imprese private che non sono soggette a regole pubblicistiche, ma in determinati settori speciali (gas, energia) sono tenute all'evidenza pubblica. Viceversa, allorché si tratti di appalto escluso dall'ambito dei settori speciali, l'applicabilità della disciplina di evidenza pubblica deve essere esclusa⁵⁴.

Ancora, in giurisprudenza particolare rilievo ha assunto la pronuncia dell'Adunanza plenaria n. 13 del 2016, la quale ha chiarito che la nozione di organismo di diritto pubblico comporta «*l'ingresso della nozione funzionale di ente pubblico*». Ebbene, accogliendo tale nozione è possibile superare la teoria del contagio per accedere alla diversa teoria in forza della quale le norme pubbliche devono essere applicate ai soggetti privati solo limitatamente all'attività di pubblico interesse svolta. Dunque, se si ammette la nozione di ente a geometria variabile, in un'ottica funzionale, allora la teoria del contagio affermata dalla sentenza Mannesmann non può che essere superata, attraverso la applicazione della disciplina pubblicistica solo limitatamente alla

⁵³ Così, Cons. St., A.P., 2011, n. 16, cit., par. 21. In tal senso, cfr. anche Corte giust., 10 aprile 2008, C-393/06, *Aigner*, par. 26, 27, 30

⁵⁴ Sul tema, cfr. R. GAROFOLI, G. FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2018, pp. 205 s.

attività di pubblico interesse perseguita⁵⁵. L'Adunanza plenaria, alla luce di ciò, chiarisce che si applica la disciplina sull'accesso anche ai dipendenti di Poste Italiane S.p.A., solo limitatamente all'attività di pubblico interesse, ossia agli ambiti aventi *«autonoma rilevanza pubblicistica (e non di quotidiana gestione del contratto di lavoro)»*. Ad esempio, con riguardo *«alle prove selettive per l'assunzione del personale, alle progressioni di carriera e a provvedimenti attinenti l'auto-organizzazione degli uffici quando gli stessi incidano negativamente sugli interessi dei lavoratori; in tutti gli altri casi di applica la disciplina privatistica»*.

In altri termini, sulla questione della ammissibilità o meno dell'organismo parzialmente di diritto pubblico (o organismo di diritto pubblico *in parte qua*) sembra più opportuno sottolineare che la nozione funzionale di ente pubblico renda i tempi maturi per ammettere il superamento della teoria del contagio e la configurabilità dell'organismo di diritto pubblico *in parte qua*. Infatti, se è vero che la giurisprudenza ha riconosciuto che *«uno stesso soggetto possa avere la natura di ente pubblico a certi fini e rispetto a certi istituti e possa, invece, non averla ad altri fini, conservando, rispetto ad altri istituti, regimi normativi di natura privatistica⁵⁶»*, allora l'interprete deve di volta in volta *«domandarsi quale sia la funzione di un certo istituto, quale sia la ratio di un determinato regime 'amministrativo', previsto dal legislatore, per poi verificare,*

⁵⁵ Più nello specifico, l'Ad. plen. n. 13 del 2016 ha chiarito che se è indubbio che *«la possibilità di applicare una disciplina differenziata a soggetti cui sono affidate funzioni di interesse pubblico, ma operanti anche in ambito industriale o commerciale [...] sul principio di certezza del diritto»*, è anche vero che essa *«rispetta la sovranità degli Stati chiamati a scegliere il modulo organizzatorio per l'espletamento di attività di interesse generale, nel presupposto che efficienza e buon andamento dell'amministrazione possano essere assicurati anche attraverso gestioni, ispirate a criteri economici di stampo imprenditoriale»*.

⁵⁶ Così, Cons. Stato, 26 maggio 2015, n. 2660, in *Urb. e app.*, 2015, 663, cit., par. 16. In senso analogo, Cons. Stato, sez. VI, 1 giugno 2016, n. 2326, in cui si chiarisce che *«la perimetrazione della nozione di ente pubblico [può] variare sia in relazione ai settori, generali o particolari, che vengono in rilievo, sia in relazione, quando l'ente pubblico è identificato, alla specifica attività che deve svolgere»*. Analogamente, già F. DE LEONARDIS, *Soggettività pubblica ed azione amministrativa. Cura dell'interesse generale e autonomia privata nei nuovi modelli di amministrazione*, Padova, 2000, il quale afferma che non c'è *«alcuna difficoltà di carattere sistematico a sottoporre contemporaneamente un soggetto a regole pubblicistiche per ciò che riguarda l'esercizio della funzione, ossia in relazione a quegli atti che incidono sulla sfera giuridica dei destinatari dell'azione, e a regole sancite per i soggetti che operano nella sfera dell'autonomia privata per ciò che riguarda [...] atti che esauriscono la loro efficacia all'interno della persona giuridica in seno alla quale vengono ad essere. [...] la concreta disciplina [...] può (anzi deve) essere diversificata e differenziata»*, cit., p. 317 s. V. pure G. ROSSI, *Diritto pubblico e diritto privato nell'attività della pubblica amministrazione: alla ricerca della tutela degli interessi*, in *«Diritto pubblico»*, 1998, pp. 661 ss.

tenuto conto delle caratteristiche sostanziali dal soggetto della cui natura si controverte, se quella funzione o quella ratio richiedono l'inclusione di quell'ente nel campo di applicazione della disciplina pubblicistica⁵⁷».

È dunque più opportuno ritenere che solo all'attività di interesse generale e avente carattere non industriale o commerciale possa ritenersi applicabile la disciplina comunitaria in tema di appalti; invece, «con riguardo alla porzione relativa all'attività imprenditoriale non è necessario imporre limitazioni per la tutela della concorrenza⁵⁸».

5. Conclusioni.

Ebbene, se da un lato la tendenza è ad ampliare la nozione di organismo di diritto pubblico, ammettendo la compatibilità di esso con il mercato concorrenziale, dall'altro si tende a restringerla, ritenendo possibile la configurabilità dell'organismo di diritto pubblico *in parte qua*.

Appare più coerente, infatti, applicare il modulo dell'organismo di diritto pubblico non in maniera estensiva, ma proporzionata al caso concreto: come chiarito dalle Sezioni Unite 2019, infatti, possono essere ricondotti alla categoria di organismo di diritto pubblico non solo i soggetti che operano in un sistema concorrenziale, «*ma anche [...] società che svolga[no] altre attività di lucro oltre a quella di interesse generale, nonché [il] caso in cui la stessa non sia interamente detenuta da un altro soggetto qualificabile come amministrazione aggiudicatrice ai sensi del diritto comunitario ma abbia delle*

⁵⁷ In tal senso, in dottrina R. GAROFOLI, G. FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2018, in cui si sottolinea come il riconoscimento della natura pubblica o meno di un determinato soggetto si fonda non su criteri «statici e formali, ma dinamici e funzionali, a seconda dell'istituto o del regime normativo che deve essere applicato», cit., p. 106.

⁵⁸ Così, M. SANTISE, *Coordinate di diritto amministrativo*, Torino, 2018, cit., p. 68. Cfr. R. GAROFOLI, G. FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2018, «il riconoscimento ad un determinato soggetto della natura pubblicistica a certi fini, non implica automaticamente la integrale sottoposizione dello stesso alla disciplina valevole in generale per la pubblica amministrazione», cit., 105. In tal senso, cfr. anche G. STRAZZA, *Organismo di diritto pubblico*, in *Iamministrativista.it*, 13 febbraio 2018, 11 e ss. Cfr. pure N. MACDONALD, *Ammissibilità o inammissibilità dell'organismo di diritto pubblico in parte qua*, in *SalvisJuribus*, 23 settembre 2017, secondo il quale «una tale estensione generalizzata della normativa comunitaria, da applicarsi prescindendo dall'accertamento del connotato pubblicistico proprio della singola attività svolta dall'organismo di diritto pubblico, appare esagerata ed irrazionale: *in primis*, appare in contrasto con quella libertà di impresa riconosciuta e tutelata dall'art. 41 della Costituzione come fonte di benessere e di sviluppo del singolo individuo e quindi della collettività, ma anche con la stessa *ratio* della disciplina comunitaria, la quale mira solo ad evitare che un ente operante nel sistema economico europeo alteri la concorrenza nel mercato, lasciandosi guidare da considerazioni non economiche nella scelta dei soggetti con cui contrarre».

*partecipazioni private*⁵⁹». Tuttavia - alla luce della nozione sostanzialistica di soggettività pubblica cui si è ampiamente fatto riferimento e in un'ottica di proporzionalità - con riguardo alla porzione di attività imprenditoriale non appare necessario imporre il rispetto dei principi della evidenza pubblica, che è la *ratio* della creazione stessa del modulo di organismo di diritto pubblico.

Dunque, al fine di definire la natura di organismo di diritto pubblico di un soggetto, alla luce dei criteri enucleati all'art. 3, lett. d), d. lgs. 50/2016, chiariscono le Sezioni Unite che è necessario tenere conto innanzitutto del «*tipo di attività svolta dalla società e all'accertamento che tale attività sia rivolta alla realizzazione di un interesse generale, ovvero che sia necessaria affinché la pubblica amministrazione possa soddisfare le esigenze di interesse generale alle quali è chiamata*». Inoltre, occorre che «*tale società si lasci guidare da considerazioni diverse da quelle economiche*», ossia che essa «*non fondi la propria attività principale su criteri di rendimento, efficacia e redditività e che non assuma su di sé i rischi collegati allo svolgimento di tale attività i quali devono ricadere sull'amministrazione controllante*».

In altri termini, «*ai fini della qualificazione di una società come organismo di diritto pubblico, per stabilire se essa agisca per un fine di interesse generale, occorre procedere ad una valutazione in concreto degli elementi di fatto e di diritto che connotano l'agire della stessa*⁶⁰».

In sintesi, quindi, l'organismo di diritto pubblico è un criterio di qualificazione, volta ad imporre ad un soggetto sostanzialmente pubblico l'applicazione della disciplina pubblicistica, ma limitatamente all'attività di pubblico interesse da esso svolta, ove si ammetta, come sembra opportuno per le ragioni enunciate, la configurabilità dell'organismo di diritto pubblico *in parte qua*.

C'è chi, tra l'altro, ricostruisce il modulo dell'organismo di diritto pubblico come totalizzante, nel senso che l'ente pubblico sarebbe definito tramite gli indici di riconoscimento dell'organismo di diritto pubblico, che rappresenterebbe figura di riferimento generale: in sostanza, parte della dottrina attribuisce alla figura dell'organismo di diritto pubblico «la somma funzione di nuovo paradigma della soggettività pubblica in grado, mediante l'applicazione di noti indici sintomatici, di discriminare il pubblico dal privato e di scorgere la vera natura dei

⁵⁹ Così, Cass., SS. UU., 28 marzo 2019, n. 8673, cit., par. 12.

⁶⁰ Cass., SS. UU., 28 marzo 2019, n. 8673, cit., par. 15. In tal senso già Cass., SS. UU., 10 aprile 2010, n. 8225, in cui espressamente si specificò la necessità di «*valutare l'esistenza o meno di un bisogno avente carattere non industriale o commerciale, tenendo conto di tutti gli elementi di diritto e di fatto pertinenti, quali i fatti che hanno presieduto alla creazione dell'organismo interessato e le condizioni in cui quest'ultimo esercita la sua attività*».

soggetti⁶¹». E la giurisprudenza definisce l'organismo di diritto pubblico come «*criterio di qualificazione*», nel senso che la rispondenza a determinati criteri di quel soggetto comporta delle rilevanti conseguenze.

Tuttavia, sebbene ci sia chi, in un'ottica panpubblicistica, sostiene che stia diventando inutile interrogarsi sulla natura giuridica dei vari enti, dal momento che «le regole pubblicistiche ben possono applicarsi anche a soggetti aventi natura autenticamente privata, qualora siano preposti alla cura di interessi generali⁶²», è opportuno chiarire che la qualificazione in termini pubblicistici o privatistici si ponga ancora con grande attualità⁶³, poiché utile a valutare l'applicabilità o meno di determinati regimi normativi che presuppongono una nozione sostanziale di pubblica amministrazione.

Se si ritiene che l'organismo di diritto pubblico rappresenti un criterio qualificante che nasce nell'ambito del diritto europeo al fine di attrarre nella sfera di operatività della disciplina dei contratti pubblici soggetti sostanzialmente pubblici indipendentemente dalla loro forma giuridica, in realtà occorre chiarire che tale nozione assume rilevanza soltanto in tale ambito, producendo degli effetti giuridici ad esso limitati. Infatti, il modulo

⁶¹ Così, F. MERUSI, *La legalità amministrativa. Altri sentieri interrotti*, Bologna, 2012, cit., p. 52. In tal senso, v. anche E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2017, fa riferimento ad un «criticabile atteggiamento volto ad abbandonare quella prospettiva strumentale che considera l'organismo come figura strettamente – e limitatamente – legata al problema dell'applicazione della disciplina sugli appalti, per accedere invece all'idea secondo cui il diritto dell'Unione europea avrebbe addirittura modificato i confini della nozione di amministrazione pubblica, nel senso che l'organismo andrebbe qualificato nel diritto interno come ente pubblico a tutti gli effetti», cit., p. 108.

⁶² Così M. CARRA, W. GASPARRI, *Elementi di diritto amministrativo*, Torino, 2017, cit., p. 89. Sul punto, cfr. G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003, il quale chiarisce che il fenomeno amministrativo è «ormai retto da combinazioni variamente articolate di norme pubbliche e regole civilistiche», al punto da non prestarsi più «ad essere letto attraverso la lente della grande dicotomia. [...] Le sue categorie non si determinano più per confronto e in opposizione al diritto civile, ma in relazione a discipline, disaggregabili e scomponibili e con confini mai fissi e netti, di attività oggettivamente valutate per il carattere funzionale e per i riflessi sui terzi», cit., 235, 244. In senso analogo, G. ROSSI, *Gli enti pubblici in forma societaria*, in *Servizi Pubblici e appalti*, II, Milano, 2004, secondo il quale «pur esistendo le due polarità, pubblico e privato, fra le due esiste una serie frastagliata di fattispecie che hanno profili dell'una e dell'altra: le figure possono essere pubbliche in vario modo, così come private in vario modo», cit., 226. Sull'argomento, cfr. anche V. CERULLI IRELLI, *Verso la contrazione dell'area pubblica: l'amministrazione tra diritto amministrativo e diritto comune*, in S. CASSESE, G. GUARINO (a cura di), *Dallo Stato monoclasse alla globalizzazione*, Milano, 2000.

⁶³ Sull'argomento, S. PUGLIATTI, voce «Diritto pubblico e privato», *Enc. dir.*, vol. XIII, Milano, 1964, cit., 696. «ogni crisi nel campo del diritto riconduce lo studioso alla distinzione tra diritto pubblico e diritto privato, e quanto più acuta è la crisi i più inclinano a negare la distinzione, cioè si fermano alla superficie e dimenticano che l'esigenza razionale del diritto come ordinamento, la sistematicità, è nella dinamica dei due termini: pubblico e privato», cit. p. 696.

dell'organismo di diritto pubblico deve essere tenuto distinto dalla nozione di "pubblica amministrazione" o di "soggetto pubblico": in particolare, esso è «*equiparato all'ente pubblico quando aggiudica contratti, rimanendo, però, di regola, nello svolgimento di altre attività un soggetto che tendenzialmente opera secondo il diritto privato*⁶⁴». In sostanza, un determinato soggetto che sia in possesso di tutti i requisiti tipici dell'organismo di diritto pubblico - delineati dalla giurisprudenza, prima, e dal legislatore, poi - senz'altro è tenuto al rispetto delle regole dell'evidenza pubblica, al pari della pubblica amministrazione; tuttavia, con riferimento ad altri fini e ad altri istituti, viene meno la rilevanza dell'organismo di diritto pubblico, trattandosi di una qualificazione che entra in gioco solo con riguardo ad un determinato ambito del diritto⁶⁵.

⁶⁴ Cons. Stato, sez. VI, 26 maggio 2015, n. 2660, in *Urb. e app.*, 2015, p. 663.

⁶⁵ In tal senso, cfr., ad es., G. GARGANO, *Contributo allo studio della soggettività pubblica. Gli effetti della soggettività "speciale" tra natura del soggetto e volontà del legislatore nazionale e comunitario*, Napoli, 2017, pp. 294 s. In senso analogo, M. A. SANDULLI, *Il partenariato pubblico-privato e il diritto europeo degli appalti e delle concessioni: profili di tutela*, in M. P. CHITI (a cura di), *Il partenariato pubblico-privato*, Napoli, 2005, pp. 186 ss.