

23 DICEMBRE 2015

# L'attualità della nozione di ente pubblico

di Salvatore Cimini

Professore associato di Diritto amministrativo  
Università di Teramo



# L'attualità della nozione di ente pubblico<sup>\*</sup>

**di Salvatore Cimini**

Professore associato di Diritto amministrativo  
Università di Teramo

**Sommario:** 1. Premessa - 2. Le ragioni che rendono difficile pervenire ad una nozione di ente pubblico - 3. La persistente necessità di una nozione di ente pubblico. - 4. I caratteri che rivelano la pubblicità di un ente. - 5. Le conseguenze della pubblicità di un ente.

## 1. Premessa

A partire dall'unificazione – o meglio, dal secondo decennio del secolo scorso (quando si fece ampio ricorso agli enti “parastatali”) e, soprattutto, durante il periodo fascista – si è assistito nel nostro ordinamento ad un processo di moltiplicazione e di diversificazione degli enti pubblici che ha fatto perdere loro i tratti comuni<sup>1</sup>. Il legislatore ha disciplinato, infatti, tante specie diverse di modelli organizzativi di ente pubblico. Il risultato è che “il quadro complessivo dell'amministrazione pubblica, come oggi si presenta, è assai diverso dal quadro originario: alla semplicità è seguita la complicazione; alla uniformità la differenziazione dei modelli; all'accentramento il decentramento e l'affermazione delle autonomie”<sup>2</sup>.

Non va dimenticato, peraltro, che il problema della proliferazione degli enti pubblici non è altro che una conseguenza di un fenomeno più generale, vale a dire quello delle dimensioni della sfera pubblica: all'interno di questo fenomeno l'articolazione o meno in enti è un problema meramente organizzativo<sup>3</sup>.

---

\* Articolo sottoposto a referaggio, realizzato nell'ambito delle ricerche per il 150° anniversario delle leggi di unificazione nazionale, coordinate dai Proff. L. Ferrara e D. Sorace.

<sup>1</sup> Sullo sviluppo dell'amministrazione per enti si vedano G. ROSSI, *Gli enti pubblici*, Bologna, 1991, 23 e ss., e G. MELIS, *Storia dell'amministrazione italiana 1861-1993*, Bologna, 1996.

<sup>2</sup> In questi termini perspicui F.G. SCOCA, *La pubblica amministrazione e la sua evoluzione*, in *Diritto amministrativo*, a cura del medesimo Autore, Torino, 2014, 66.

<sup>3</sup> Aspetto messo bene in luce da G. ROSSI, *Gli enti pubblici*, cit., 271.

Il processo di accrescimento disordinato delle figure soggettive pubbliche – che ha portato ad una loro estrema detipizzazione<sup>4</sup> – si è arrestato soltanto alla fine del Novecento, allorché è prevalsa una tendenza opposta, volta alla “privatizzazione” degli enti pubblici attraverso la loro trasformazione in società per azioni e fondazioni. Processo tuttavia non pienamente realizzato, atteso che in diversi casi la privatizzazione è rimasta ferma alla fase “fredda”, senza arrivare alla fase “calda”, essendo le azioni detenute (non da privati, ma prevalentemente o totalmente) da soggetti pubblici.

Senza dire poi che il legislatore ha attribuito ad alcune società di particolare interesse pubblico svariati poteri particolari in deroga rispetto alla disciplina ordinaria, come le azioni *golden power* (che hanno preso il posto delle *golden share*), ovvero ha fatto ricorso alla forma della società per azioni per lo svolgimento in via ordinaria di attività di interesse pubblico, come nel caso della Rai, i cui organi sono disciplinati in modo ben diverso da quanto previsto dal codice civile per una società per azioni<sup>5</sup>.

Vi sono infatti degli enti organizzati in forma privatistica che presentano una chiara natura pubblicistica ovvero sono sottoposti a un regime derogatorio per finalità pubblicistiche (come, ad esempio, l’Agecontrol, società con personalità di diritto pubblico, prevista dall’art. 1 del regolamento 17 luglio 1984, n. 2262/84 della Comunità europea e dall’art. 18, l. 22 dicembre 1984, n. 887), che vengono ricondotti dalla dottrina nella ibrida nozione degli enti pubblici in forma privatistica<sup>6</sup>.

Si è così dato vita a formule organizzative che si trovano sempre più sulla linea di confine tra “pubblico” e “privato”<sup>7</sup>.

Anche i numerosi tentativi di razionalizzazione degli enti pubblici e di eliminazione degli enti c.d. “inutili”<sup>8</sup>, non sono stati coronati da successo, considerato che a fronte di una modesta diminuzione del loro numero (assolutamente non nella misura necessaria) l’assetto complessivo degli enti pubblici continua ad essere incoerente e ricco di differenze<sup>9</sup>.

---

<sup>4</sup> Sulla atipicità degli enti pubblici si segnalano, *ex multis*, M.S. GIANNINI, *Il problema dell’assetto e della tipizzazione degli enti pubblici nell’attuale momento*, in *Riordinamento degli enti pubblici e funzioni delle loro avventure*, Napoli, 1974, 35; S. CASSESE, *Partecipazioni pubbliche ed enti di gestione*, Milano, 1962, 96; Id., *Le basi del diritto amministrativo*, Torino, 1989, 136 e ss.

<sup>5</sup> D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche. Una introduzione*, Bologna, 2010, 300.

<sup>6</sup> E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, a cura di F. Fracchia, Milano, 2014, 85.

<sup>7</sup> G. ROSSI, *Gli enti pubblici*, cit., 272.

<sup>8</sup> Si pensi, ad esempio, alla l. 20 marzo 1975, n. 70, su cui si veda V. CERULLI IRELLI, *Problemi della individuazione delle persone giuridiche pubbliche dopo la legge sul parastato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1977, 626 e ss.

<sup>9</sup> Sul processo di riordino degli enti pubblici si vedano E. CASETTA - S. FOÀ, *Pubblica amministrazione*, in *Dig. disc. pubbl.*, agg. I, Torino, 2000, 436 e ss.; G. NAPOLITANO, *Gli enti pubblici tra disegni di riforme e nuove*



A fronte di un quadro che è divenuto via via sempre più complesso, la dottrina si è affaticata nella difficile opera di classificazione degli enti pubblici.

Nel presente scritto, tuttavia, non si indugerà sulle varie tipologie di enti pubblici o sulle numerose e variegate classificazioni che sono state proposte in letteratura per queste figure soggettive pubbliche. E ciò perché l'intento del presente lavoro è quello di guardare agli enti pubblici in una prospettiva attuale. E, nell'attuale fase storica, la dottrina dubita (*rectius*, è tornata a dubitare) della stessa rilevanza della nozione di ente pubblico, di talché il cuore del presente contributo sarà quello di capire se tale categoria è ancora necessaria o meno.

## **2. Le ragioni che rendono difficile pervenire ad una nozione di ente pubblico**

Com'è noto, da tempo una parte della dottrina si interroga sulla utilità di una nozione di ente pubblico.

Il fenomeno affonda le sue radici nell'annosa difficoltà ad individuare una nozione condivisa di tale figura soggettiva.

Difficoltà che deriva, fondamentalmente, come s'è visto, dalla mancanza di elementi comuni negli enti qualificati come pubblici: è questo verosimilmente il motivo principale che ha indotto il legislatore ad astenersi dal fornire una definizione di ente pubblico. A sua volta, la mancanza di una definizione individuata dalla legge o dalla Costituzione rappresenta un'ulteriore ragione che rende particolarmente difficile arrivare ad una nozione condivisa di ente pubblico.

Oltretutto, nemmeno la qualificazione operata dalla legge può mettere la parola fine sulla natura giuridica di un ente, dal momento che la Corte costituzionale ha precisato che le qualificazioni legislative sulla natura di un ente non possono essere ritenute vincolanti<sup>10</sup>. Così la Consulta<sup>11</sup>, richiamandosi ai principi costituzionali (in particolare all'art. 38), ha imposto al legislatore alcuni limiti alla pubblicizzazione di soggetti privati, riconoscendo nell'origine da iniziative di gruppi sociali o di singoli individui (la cui attività sia finanziata con mezzi privati e sia svolta prevalentemente da prestazioni volontarie degli stessi soci) la condizione che rende necessario il

---

*epifanie*, in *La riforma dell'Amministrazione centrale*, a cura di G. Vesperini, Milano, 2005, 51 e ss.; osserva che l'assetto degli enti pubblici risulta tuttora estremamente complesso e irrazionale C. FRANCHINI, *L'organizzazione*, in *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo generale*, a cura di S. Cassese, I, Milano, 2003, 303.

<sup>10</sup> Corte cost., 7 aprile 1988, n. 396.

<sup>11</sup> Nella testé citata sentenza n. 396/1988.



riconoscimento dell'autonomia privata, trattandosi di un presupposto che non legittima un regime pubblicistico<sup>12</sup>.

Anche in un caso opposto (cioè di privatizzazione di soggetti pubblici), la Corte costituzionale ha fatto ricorso ad un criterio sostanziale per affermare l'applicabilità di norme pubblicistiche ad enti formalmente privatizzati, come gli enti lirici, affermando che, nonostante l'acquisizione della veste giuridica formale di "fondazioni di diritto privato", tali soggetti conservano, pur dopo la loro trasformazione, una marcata impronta pubblicistica, con la conseguenza che interventi di riassetto ordinamentale ed organizzativo che li riguardano devono essere ascritti alla materia "ordinamento e organizzazione amministrativa [...] degli enti pubblici nazionali", di competenza esclusiva statale *ex art. 117, c. 2, lett. g), Cost.*<sup>13</sup>. Parimenti, facendo leva sulla distinzione tra privatizzazione formale e privatizzazione sostanziale, la Consulta ha riconosciuto la legittimità della sottoposizione al controllo della Corte dei conti degli enti pubblici trasformati in società per azioni a capitale totalmente pubblico nonché la legittimità della regola pubblicistica, sancita in Costituzione, del concorso per l'assunzione di personale<sup>14</sup>.

Dunque, nonostante il richiamo alla previsione di legge operato dalla l. n. 70/1975, non ha trovato grande riscontro in giurisprudenza il criterio, pure proposto in dottrina<sup>15</sup>, di attribuire il carattere pubblico ad una persona giuridica per il tramite di una espressa previsione legislativa. Infatti, non solo la giurisprudenza sembra attenuare tale indicazione, affermando, anche di recente, che la previsione legislativa non deve essere necessariamente espressa<sup>16</sup>, ma talvolta, come visto, il giudice costituzionale smentisce il legislatore.

In sostanza, è pacifico che un ente pubblico dev'essere istituito "per legge" o "sulla base di una legge", ma una disposizione legislativa non può mettere la parola fine sulla natura giuridica dell'ente istituito.

Se, dunque, non ci si può (nemmeno) affidare al legislatore per stabilire con certezza se una figura soggettiva sia pubblica o privata, il quadro che ci viene restituito diventa sempre più problematico e complesso.

---

<sup>12</sup> Sul punto L. FERRARA, *Enti pubblici ed enti privati dopo il caso I.p.a.b.: verso una rivalutazione del criterio sostanziale di distinzione?*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1990, 468.

<sup>13</sup> Corte cost., 21 aprile 2011, n. 153; con riferimento alla Biennale di Venezia si veda Corte cost., 15 febbraio 2000, n. 59; nello stesso senso si segnala anche Corte cost., 19 dicembre 2003, n. 363; per la qualificazione di società strumentali *in house* in mano pubblica regionale come enti pubblici regionali ai fini del riparto delle competenze legislative, v. Corte cost., 23 luglio 2013, n. 229

<sup>14</sup> Corte cost., 1 febbraio 2006, n. 29.

<sup>15</sup> Da V. CERULLI IRELLI, *Problemi della individuazione delle persone giuridiche pubbliche dopo la legge sul parastato*, cit., 642 e ss.

<sup>16</sup> Cass., Sez. un., 25 novembre 2013, n. 26283.



A queste tradizionali difficoltà, connesse alla estrema atipicità degli enti pubblici, se ne aggiunge un'altra, che si è accentuata di recente, cioè la sempre meno netta distinzione tra pubblico e privato.

La situazione è complicata, infatti, da due fenomeni, tra loro connessi, che portano ad una svalutazione della rilevanza “soggettiva” della nozione di pubblico, a favore di una sua rilevanza “oggettiva”.

Il riferimento è alla tendenza per cui, da un lato, i soggetti pubblici utilizzano sempre di più gli strumenti di diritto privato, e, dall'altro, i soggetti privati diventano sempre più pubblici.

Si pensi, in primo luogo, alla diffusione di forme organizzative di diritto privato attraverso: la trasformazione di enti pubblici economici in società per azioni; la trasformazione di enti pubblici non economici in associazioni e fondazioni; la privatizzazione del pubblico impiego; e così via. Anche l'attività amministrativa ha subito trasformazioni che l'hanno avvicinata al diritto privato, attraverso: la riforma in senso aziendalistico dei controlli; l'affermazione dei principi di efficacia, economicità ed efficienza e la tendenza (invero non propriamente affermata) ad utilizzare moduli di diritto privato dopo la novella della l. 7 agosto 1990, n. 241 ad opera della l. 11 febbraio 2005, n. 15<sup>17</sup>.

In secondo luogo, è sempre più in espansione il fenomeno di far svolgere a soggetti privati attività dirette alla cura di interessi pubblici: in questa direzione va l'accoglimento della nozione oggettiva di servizio pubblico, ma anche la costituzionalizzazione, sia pure in modo molto blando, del principio di sussidiarietà orizzontale, timidamente richiamato dall'art. 118, u.c., Cost.

Pur nella loro diversità, questi due fenomeni, considerati nel loro complesso, stanno portando ad un ruolo di secondo piano la problematica sul soggetto (pubblico o privato) che svolge funzioni amministrative, accendendo i riflettori invece sulle modalità di svolgimento della funzione amministrativa stessa.

Processo accentuato anche dalla normativa e dalla giurisprudenza comunitaria, che utilizza un criterio funzionale che ha dato luogo ad una nozione di pubblica amministrazione variabile, che si restringe o si allarga a seconda dello scopo che la specifica disciplina persegue (si pensi, ad esempio, alla nozione di organismo di diritto pubblico).

Anche la giurisprudenza CEDU fa riferimento ad una nozione funzionale di soggetto pubblico, affermando la pubblicità di un ente nei casi in cui questo svolga un'attività di interesse generale

---

<sup>17</sup> Sul punto G. GRÜNER, *Enti pubblici a struttura di S.p.a. Contributo allo studio delle società “legali” in mano pubblica di rilievo internazionale*, Torino, 2009, 53.

che altrimenti il pubblico avrebbe dovuto svolgere direttamente<sup>18</sup>. Tale riconoscimento comporta la sottoposizione dell'ente a tutti gli obblighi ricadenti sugli Stati ai sensi della CEDU, come il dovere di garantire un equo processo e quindi un giusto procedimento<sup>19</sup>. Sempre la Corte europea classifica come privati enti espressamente qualificati come pubblici qualora questi siano chiamati a svolgere attività intrinsecamente non autoritative (e quindi non pubblicistiche), come nel caso degli enti ecclesiastici<sup>20</sup>.

Alla luce di questo quadro, sempre più intricato, una parte della dottrina ritiene che, al fine di impostare l'ambito di applicazione delle discipline pubbliche, stia diventando influente interrogarsi sulla natura giuridica dei vari enti posto che le regole pubblicistiche ben possono applicarsi anche a soggetti aventi una natura autenticamente privata qualora siano preposti alla cura di interessi generali<sup>21</sup>.

In letteratura, infatti, si afferma che in un sistema caratterizzato dalla moltiplicazione delle figure soggettive incaricate della cura di interessi generali, non si tratta di scoprire la natura di tali figure, al fine di individuarne in modo automatico un presunto regime giuridico di fatto inesistente, ma di verificare quali norme dirette alle amministrazioni e agli enti pubblici siano ad esse applicabili, sulla base delle finalità perseguite e degli interessi tutelati<sup>22</sup>.

### 3. La persistente necessità di una nozione di ente pubblico

Occorre verificare dunque se è ancora attuale la distinzione fra “pubblico” e “privato”, la cui crisi si trasferisce alle nozioni che vi sono connesse, come quella di ente pubblico<sup>23</sup>.

Ebbene, sul punto va riconosciuto che tale distinzione è indubabilmente messa in crisi dai fenomeni testé accennati (si pensi, da un lato, al fatto che anche i soggetti privati, quando svolgono funzioni pubblicistiche, sono soggetti alle norme di diritto pubblico, come dimostrato

---

<sup>18</sup> Corte EDU, 1 marzo 2005, *Wos c. Polonia*, ricorso n. 22860/02, par. 73.

<sup>19</sup> Aspetto evidenziato da F. GOISIS, *Ente pubblico*, in *Enc. dir., Annali*, VII, Milano, 2014, 418.

<sup>20</sup> Corte EDU, 9 dicembre 1994, *I santi monasteri c. Grecia*, ricorsi n. 13092/87 e 13984/88.

<sup>21</sup> F. DE LEONARDIS, *Soggettività privata e azione amministrativa. Cura dell'interesse generale e autonomia privata nei nuovi modelli di amministrazione*, Milano, 2000, 347 e ss.; G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003, 171 e ss.

<sup>22</sup> Così G. NAPOLITANO, *Enti pubblici*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, Milano, 2006, 2230; sulla necessità di distinguere tra enti pubblici ed enti privati si vedano però, L. FERRARA, *Enti pubblici ed enti privati dopo il caso I.p.a.b.: verso una rivalutazione del criterio sostanziale di distinzione?*, cit., 446 e ss.; ID., *Il diritto amministrativo (e in particolare l'ente pubblico) sull'onda di Giampaolo Rossi*, in *Dir. soc.*, 2006, 321; V. CERULLI IRELLI, *“Ente pubblico”: problemi di identificazione e disciplina applicabile*, in *Ente pubblico ed enti pubblici*, a cura di V. Cerulli Irelli - G. Morbidelli, Torino, 1994, 84 e ss.; A. CATELANI, *La distinzione fra enti pubblici e privati e le caratteristiche giuridiche della pubblica amministrazione*, in *Rass. parl.*, 2001, 883 e ss.; F. MERUSI, *La privatizzazione per fondazioni tra pubblico e privato*, in *Dir. amm.*, 2004, 447 e ss.

<sup>23</sup> Come notato da G. ROSSI, *Gli enti pubblici*, cit., 12.



in via generale dall'art. 1, c. 1-*ter*, della l. n. 241/1990; e, dall'altro, che anche i soggetti pubblici possono fare ricorso a strumenti privatistici).

Tali fenomeni, tuttavia, pur importanti, non possono essere generalizzati, essendo espressione di una tendenza e non di un percorso pienamente compiuto o, in molti casi, effettivamente realizzato<sup>24</sup>.

Si pensi all'art. 1, c. 1-*bis*, della l. n. 241/1990, che consente alla p.a. di agire secondo le norme del diritto privato soltanto nei limitati casi di attività non autoritative (e sempre che la legge non disponga diversamente).

Più esteso è il fenomeno di oggettivazione del diritto amministrativo, per cui determinate discipline pubblicistiche si applicano indifferentemente a soggetti pubblici e a soggetti privati in ragione delle finalità perseguite a prescindere dalla loro natura giuridica.

C'è in effetti un "nucleo" di norme di diritto pubblico – sempre più ampio – che si estende anche ai soggetti privati quando svolgono funzioni pubblicistiche: vien fatto di pensare, in particolare, ai principi generali del procedimento amministrativo; alle regole sulla responsabilità contabile; alle regole in materia contrattuale; alle regole sull'equilibrio finanziario complessivo della Repubblica (con l'inclusione di figure private nell'elenco delle Amministrazioni pubbliche predisposto dall'Istat, che concorrono al perseguimento degli obiettivi di finanza pubblica); e così via.

Va ricordato però che questo fenomeno non rappresenta una novità assoluta, dal momento che, anche prescindendo dalle nuove norme dell'art. 1 della l. 241/1990 (dopo la novella del 2005), non vi è necessaria corrispondenza tra pubblicità in senso strutturale di un ente e regime di diritto amministrativo della sua attività, come dimostra il caso degli enti pubblici economici, ai quali si applica per buona parte il regime del diritto comune<sup>25</sup>. Occorre quindi tenere distinta la nozione di "pubblico" da quella di "autoritativo", intesa quest'ultima come possibilità di incidere unilateralmente sulle posizioni di terzi<sup>26</sup>.

Va aggiunto poi che sembra permanere in ogni caso una diversità di fondo tra le due situazioni in parola, che risiede sostanzialmente nel fatto che ai soggetti privati il regime pubblicistico si applica per principi e in via d'eccezione e, soprattutto, solo in parte, mentre alle figure soggettive pubbliche (diverse dagli enti pubblici economici) la pubblicità dell'agire costituisce la norma.

Di conseguenza, nonostante le profonde trasformazioni del rapporto Stato/società, continua ad avere giuridico rilievo la dicotomia pubblico/privato. Non foss'altro perché sussiste una porzione

---

<sup>24</sup> G. GRÜNER, *Enti pubblici a struttura di S.p.a. Contributo allo studio delle società "legali" in mano pubblica di rilievo internazionale*, cit., 56.

<sup>25</sup> D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche. Una introduzione*, cit., 299.

<sup>26</sup> E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 87.



di diritto pubblico – relativa ai profili autoritativi, organizzativi e giurisdizionali – che continua ad applicarsi soltanto agli enti pubblici e non anche ai soggetti privati. Non può perciò essere trascurata la questione della distinzione tra ente pubblico ed ente privato che ha da tempo impegnato la dottrina<sup>27</sup>.

Fondamentale è poi la circostanza che l'ente pubblico è menzionato più volte dal legislatore, tanto dalla disciplina ordinaria (artt. 830 e 2449 c.c., ecc.) quanto da quella costituzionale (la quale ultima richiama l'ente pubblico per ben tre volte, negli artt. 28, 43 e 117, c. 2, lett. g): ciò rappresenta un altro rilevante indice della vitalità di questo concetto giuridico.

La persistente rilevanza della categoria dell'ente pubblico si desume anche, a ben vedere, dal principio di sussidiarietà orizzontale, timidamente richiamato dall'art. 118 Cost.

Detto principio, pur preferendo l'attività dei soggetti privati a quella dei soggetti pubblici, implicitamente ritiene essenziale l'esistenza di figure soggettive pubbliche che svolgano quei compiti che per loro natura non possono essere svolti da soggetti privati.

In altre parole, la sussidiarietà orizzontale presuppone la necessità che vi siano figure soggettive pubbliche che tutelino quei fini generali che non possono essere amministrati da soggetti privati a causa della loro oggettiva inadeguatezza a tutelarli.

Sono diverse quindi le ragioni per cui, ancora oggi, nonostante le accennate trasformazioni dell'amministrazione pubblica e del diritto amministrativo in generale, e le continue contaminazioni tra diritto pubblico e diritto privato, non può essere revocata in dubbio l'esistenza della categoria dell'ente pubblico.

#### **4. I caratteri che rivelano la pubblicità di un ente**

Chiarito che, anche in base al diritto positivo, la nozione di ente pubblico continua a possedere giuridico rilievo, rimane un altro nodo problematico da sciogliere: quali sono gli elementi che ci consentono di dire che una figura soggettiva appartiene al pubblico e non al privato?

Com'è noto, la giurisprudenza – sulla scia di noti contributi dottrinali<sup>28</sup> – da tempo fa riferimento ad una serie di indici rilevatori, tra i quali si possono ricordare la presenza di finanziamenti pubblici e di controllo, la costituzione dell'ente ad opera di un soggetto pubblico, la nomina degli

---

<sup>27</sup> Si vedano, in particolare, G. MIELE, *La distinzione fra ente pubblico e ente privato*, in *Scritti giuridici*, vol. I, Milano, 1987, 408 e ss.; V. OTTAVIANO, *Ente pubblico*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, 963 e ss.

<sup>28</sup> G. MENOTTI DE FRANCESCO, *Persona giuridica (diritto privato e pubblico)*, in *Nss. Dig. it.*, vol. XII, Torino, 1968, 1042.



organi direttivi in tutto o in parte di competenza dello Stato o di altro ente pubblico, l'attribuzione di potestà pubbliche, e così via<sup>29</sup>.

Tali indici, tuttavia, non sono soddisfacenti, e ciò non solo perché essi portano ad una inversione logica tra presupposti e conseguenze – cercano “in sostanza, di tirare fuori la causa dell'effetto”<sup>30</sup> – ma anche e soprattutto perché sono sostanzialmente inadeguati, fornendo solo degli indizi da considerarsi nel loro complesso e mai singolarmente, dal momento che nessuno di loro può ritenersi idoneo ad affermare la pubblicità o meno di un ente<sup>31</sup>. Cosicché, anche la presenza di più indici può in taluni casi rendere incerta (o quantomeno opinabile) la conclusione circa la pubblicità dell'ente.

In sostanza, gli indici rilevatori, potendosi trovare anche nelle figure soggettive private, lasciano inevitabilmente sempre un margine di dubbio: si pensi, in particolare, al finanziamento pubblico e al controllo, che possono riguardare anche soggetti privati svolgenti funzioni pubblicistiche<sup>32</sup>.

Ecco perché è necessario sforzarsi di individuare almeno un elemento comune e unificante che, con un più ampio margine di sicurezza, riesca ad indirizzare l'interprete verso il riconoscimento della natura pubblica di un ente.

A tal fine, sembra essere ancora valido il metodo di indagine induttivo proposto in dottrina, teso a ricercare un possibile significato minimo del carattere pubblico che possa ritenersi comune a tutte le figure soggettive qualificate come enti pubblici<sup>33</sup>.

Ebbene, l'elemento che rappresenta il minimo comune denominatore di tutte le figure soggettive pubbliche, costituendo un sicuro indice di pubblicità, si può rinvenire nell'impossibilità dell'ente pubblico di disporre della propria esistenza, a differenza dei soggetti privati che possono decidere di ‘ritirarsi’ dismettendo l'attività, oppure modificando l'oggetto della stessa<sup>34</sup>.

È evidente, infatti, che la mancanza di autonomia nel determinare da sé la propria esistenza ed i propri fini è del tutto incompatibile con l'esistenza di un soggetto privato ed è quindi un carattere

---

<sup>29</sup> Si veda, ad esempio, Cass., Sez. I, 26 luglio 2007, n. 16600, e, più di recente, Cass., S.U., 9 luglio 2014, n. 15594.

<sup>30</sup> Così efficacemente G. ROSSI, *Gli enti pubblici*, cit., 262.

<sup>31</sup> Sul punto M.S. GIANNINI, *Rilievi intorno alle persone giuridiche pubbliche*, in *Stato e diritto*, 1940, 7.

<sup>32</sup> Lo stesso discorso può farsi per i poteri autoritativi: per questo non può condividersi la tesi di L.R. LEVI, *La persona giuridica pubblica. Concetto ed elementi distintivi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1951, 588 e ss., che propone di identificare gli enti pubblici con i soggetti attivi di potestà amministrativa.

<sup>33</sup> G. ROSSI, *Gli enti pubblici*, cit., 264 e ss.

<sup>34</sup> E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 85.



in grado di tracciare efficacemente un discrimine tra figure pubbliche e privati, assurgendo a parametro sicuramente sintomatico del regime pubblico di un ente<sup>35</sup>.

Proprio facendo leva sul criterio della indisponibilità dell'esistenza è stata affermata la natura pubblica di enti associativi come gli ordini professionali, i quali sono necessari in conseguenza del fatto che è obbligatoria l'adesione all'ente e all'albo<sup>36</sup>.

La teoria della doverosità è in qualche modo collegata con la teoria del fine, secondo cui è pubblico l'ente che persegue fini pubblici<sup>37</sup>.

L'ente pubblico, infatti, non può disporre della propria esistenza perché ha il dovere di perseguimento dell'interesse pubblico: anche molti soggetti privati perseguono finalità collettive, ma in essi manca quel "dovere" di perseguimento del fine pubblico che invece caratterizza e rappresenta la ragione stessa dell'istituzione dell'ente pubblico.

Beninteso, qui si parla della doverosità del perseguimento di uno specifico interesse pubblico e della conseguente impossibilità di disporre della propria esistenza: ciò non significa però che l'ente pubblico sia per forza necessario per la collettività, come dimostra il fenomeno dei c.d. enti inutili. La doverosità nel perseguimento del fine pubblico comporta così che anche quando l'interesse pubblico tutelato da un determinato ente non sia più utile, comunque questo è tenuto a perseguirlo, fino a che non si procederà alla sua estinzione con legge o con un provvedimento di un altro ente pubblico sulla base di una legge. Naturalmente, allorché l'interesse pubblico si riveli non più utile, anche l'ente di riferimento andrebbe eliminato o trasformato. Si tratta di un principio di buon senso che si ritrova in numerosi atti normativi, sebbene sia rimasto molto

---

<sup>35</sup> Non a caso si tratta di una teoria seguita, pur se con sfumature diverse, da numerosi – e autorevoli – studiosi in dottrina: M. RENNA, *Le società per azioni in mano pubblica. Il caso delle S.p.A. derivanti dalla trasformazione di enti pubblici economici ed aziende autonome statali*, Torino, 1997, 119; G. ROSSI, *Gli enti pubblici*, cit., 264 e ss.; V. OTTAVIANO, *Ente pubblico*, cit., 964 e s.; ID., *Considerazioni sugli enti pubblici strumentali*, Padova, 1959, 5; M. NIGRO, *Sulla natura giuridica della Rai*, in *Cons. Stato*, 1977, 797, che, con riferimento alla natura giuridica della Rai, afferma che "l'ente si trova in una condizione di operatività necessaria per la soddisfazione di un pubblico interesse, condizione che ne rileva e comporta l'incardinamento immediato nella organizzazione pubblica"; S. CASSESE, *Partecipazioni pubbliche ed enti di gestione*, Milano, 1962, 103, secondo cui l'ente di gestione "è pubblico perché – come gli enti pubblici gestori di impresa – non può disporre di se stesso".

<sup>36</sup> In altre parole, l'appartenenza necessaria all'ordine, determina la necessarietà per lo Stato dello stesso ordine, come rilevato da L. FERRARA, *Note critiche sulla natura giuridica degli ordini professionali*, in *Dir. amm.*, 2011, 361 e ss., il quale, però, escludendo l'appartenenza necessaria a un ente associativo arriva alla conclusione di negare l'attrazione degli ordini professionali nella sfera dell'organizzazione pubblica; la natura pubblica e ad appartenenza necessaria degli ordini professionali è affermata invece dalla prevalente dottrina e giurisprudenza: si veda, per tutti, G. ROSSI, *Enti pubblici associativi*, Napoli, 1979, 23 ss.

<sup>37</sup> Per una efficace critica alle diverse teorie sulla natura pubblica di un ente basate sul criterio della coincidenza con i fini dello Stato, sul criterio del fine, sul potere di *imperium*, sull'inserimento nella organizzazione amministrativa in un rapporto di servizio o di ausiliarità nei confronti dello Stato, e così via, si veda G. ROSSI, *Gli enti pubblici*, cit., 259 e ss.

spesso inattuato. Così, ad esempio, l'art. 14, l. 15 marzo 1997, n. 59, prevede la trasformazione in associazioni o in persone giuridiche di diritto privato degli enti nazionali che “non svolgono funzioni o servizi di rilevante interesse pubblico”.

Dunque, un ente pubblico non può disporre della propria esistenza perché ha il dovere di perseguire l'interesse pubblico affidatogli. Poiché però è difficile stabilire quale interesse sia pubblico, atteso che in linea di principio tutto può essere pubblico o privato e che anche soggetti privati perseguono scopi generali e collettivi (si pensi agli enti morali), la dottrina ha da tempo puntualizzato che l'interesse pubblico è un interesse generale assunto come proprio dallo Stato o comunque dall'ordinamento in genere<sup>38</sup>.

Più di recente, il rapporto con un ente territoriale, il cui indirizzo politico amministrativo è democraticamente legittimato, è stato ritenuto un elemento necessario per arrivare alla qualificazione pubblicistica di un ente: si è definito così come pubblico l'ente la cui esistenza è considerata necessaria dall'ente territoriale<sup>39</sup>.

Su quest'ultimo punto, non dissimile è la posizione di chi ritiene che nella Costituzione il modello di ente pubblico che emerge è quello secondo cui può essere pubblico esclusivamente ciò che è espressione della volontà del popolo, con la conseguenza che sono pubblici soltanto quegli enti che si trovano istituzionalmente al servizio del popolo in virtù di un “rapporto di soggezione” (che racchiude l'insieme dei poteri di indirizzo, direzione e controllo) nei confronti degli organi politico-rappresentativi dove si esprime la volontà popolare<sup>40</sup>.

Valorizzando questo principio, è stata ritenuta incostituzionale la pubblicizzazione di enti associativi, per la ragione che in siffatti enti il fenomeno di autoamministrazione di determinati interessi da parte dei gruppi direttamente interessati non è riconducibile, neppure indirettamente, agli organi politico-amministrativi, e perciò al popolo, e contrasta pertanto con il principio democratico<sup>41</sup>. Va evidenziato, tuttavia, che il principio democratico può essere recuperato, così come avviene con le Autorità indipendenti, attraverso una piena partecipazione ed il rispetto dei principi di trasparenza e di imparzialità. Cionondimeno, rimane il dubbio che gli enti associativi

---

<sup>38</sup> V. OTTAVIANO, *Ente pubblico*, cit., 964.

<sup>39</sup> G. ROSSI, *Ente pubblico*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. XII, 1989, 20.

<sup>40</sup> L. FERRARA, *Enti pubblici ed enti privati dopo il caso I.p.a.b.: verso una rivalutazione del criterio sostanziale di distinzione?*, cit., 465, nota 51; C. MARZUOLI, *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Milano, 1982, 118 e ss.

<sup>41</sup> L. FERRARA, *Enti pubblici ed enti privati dopo il caso I.p.a.b.: verso una rivalutazione del criterio sostanziale di distinzione?*, cit., 470; ID., *Il diritto amministrativo (e in particolare l'ente pubblico) sull'onda di Giampaolo Rossi*, cit., 323, secondo cui se l'interesse del gruppo si fa interesse pubblico, l'interesse pubblico è privatizzato; ritiene invece infondata la questione di legittimità costituzionale di tali enti G. ROSSI, *Enti pubblici associativi*, cit., 322-323.



perseguano l'interesse degli associati piuttosto che l'interesse generale. Tali enti, dunque, danno luogo ad una serie di incertezze tanto che essi sono stati ricondotti, da autorevole dottrina, nella figura degli enti privati di interesse pubblico<sup>42</sup>. Del resto, gli enti associativi (così come gli enti organizzati in forma di autonomia funzionale), in quanto rappresentativi di una categoria privati di interessi, ben avrebbero potuto essere ordinati secondo il diritto dei privati<sup>43</sup>. Occorre evidenziare inoltre che l'avvenuta costituzionalizzazione del principio di sussidiarietà orizzontale rafforza il limite della libera iniziativa privata<sup>44</sup>, come emerso in tema di fondazioni bancarie<sup>45</sup>: ciò aumenta le perplessità in ordine alla natura pubblicistica di enti che, svolgendo attività al confine con attività compiute sostanzialmente nell'interesse di soggetti privati, come gli enti pubblici associativi (che presuppongono un corpo sociale sottostante che determina direttamente o tramite rappresentanti una serie di decisioni riguardanti l'attività dell'ente), sembrano espressione piuttosto del principio di sussidiarietà orizzontale.

Tornando al criterio della doverosità, va ricordato che esso è criticato da una parte della dottrina civilistica, la quale obietta al riguardo che l'indisponibilità della propria esistenza caratterizzerebbe non soltanto le figure soggettive pubbliche, ma anche le figure soggettive private, come le fondazioni<sup>46</sup>.

Questa tesi, tuttavia, non può essere condivisa perché la necessaria esistenza degli enti pubblici deriva da una decisione politica (assunta da un ente territoriale e trasfuso in un atto normativo), e non da un atto di autonomia privata, come nel caso delle fondazioni<sup>47</sup>. Come si è visto, infatti, coesistente alla natura pubblica è, non solo il criterio della necessaria esistenza, ma anche il rapporto con l'ente territoriale (che decide, in modo diretto o indiretto, sull'esistenza dell'ente).

Anche una parte della dottrina amministrativistica<sup>48</sup> sminuisce l'indice della doverosità osservando che esso trova delle eccezioni, come dimostrato dalla normativa che consente alle

---

<sup>42</sup> Il riferimento è a M.S. GIANNINI, *Il problema dell'assetto e della tipizzazione degli enti pubblici nell'attuale momento*, cit., 26.

<sup>43</sup> Come notato da V. CERULLI IRELLI, *Autonomie funzionali e Camere di Commercio*, Relazione al convegno di Unioncamere Toscana – 16 giugno 2003, in [www.astrid-online.it](http://www.astrid-online.it), 11.

<sup>44</sup> F. GOISIS, *Ente pubblico*, cit., 424.

<sup>45</sup> Corte cost., 29 settembre 2003, nn. 300 e 301, sul punto, in dottrina, G. MORBIDELLI, *Le attività delle fondazioni tra diritto pubblico e diritto privato*, in *Fondazioni e banche*, a cura di G. Cerrina Feroni, Torino, 2011, 1 e ss.

<sup>46</sup> C. IBBA, *Le società "legali"*, Torino, 1992, 346, nota 478; F. GALGANO, *Delle persone giuridiche*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Roma-Bari, 1969, 112, nota 4.

<sup>47</sup> G. GRÜNER, *Enti pubblici a struttura di S.p.a. Contributo allo studio delle società "legali" in mano pubblica di rilievo internazionale*, cit., 51.

<sup>48</sup> F. GOISIS, *Ente pubblico*, cit., 414.



Università pubbliche di deliberare la propria trasformazione in fondazioni di diritto privato (art. 16, d.l. 25 giugno 2008, n. 112, conv. in l. 6 agosto 2008, n. 133).

A ben vedere, però, la normativa sulle Università non rappresenta una vera e propria eccezione, dal momento che è pur sempre una legge che fonda la possibilità di trasformare un soggetto pubblico in un soggetto privato. Rimane fermo quindi il principio secondo cui senza una norma di legge che gli attribuisca il relativo potere, all'ente pubblico sono sottratte le decisioni sulla propria esistenza.

Guardando allo scopo perseguito, occorre segnalare una suggestiva tesi che è stata avanzata da una recente dottrina<sup>49</sup>, la quale, muovendo dal principio costituzionale di sussidiarietà orizzontale, afferma che non sono pubblici tutti i fini generali, ma sono tali solo quelli che esclusivamente gli enti pubblici possono gestire o perlomeno possono gestire bene, e ciò anche sul piano dell'efficienza economica. Viene individuato così come criterio principale di riconoscimento della pubblicità di un ente un criterio teleologico: sono pubblici quegli enti che perseguono un fine qualificabile come giuridicamente pubblico per via dell'inadeguatezza a svolgerlo da parte di figure private.

Tale tesi, pur essendo particolarmente interessante, finisce col spostare l'attenzione dalla natura dell'ente ai fini da questo perseguiti: per cui il problema a questo punto sarà quello – di non poco momento – di individuare quali siano quei fini generali che possono essere perseguiti solo da un soggetto pubblico e non anche da un soggetto privato. È evidente che la risposta a tale interrogativo è rimessa ad una valutazione soggettiva, non sussistendo criteri oggettivi per stabilire con certezza, in tutti i casi (soprattutto in quelli di confine), che una determinata funzione possa essere svolta unicamente da soggetti pubblici e non anche da soggetti privati. Senza dire poi che, a rigore, l'art. 118 Cost. si limita a favorire la presenza privata, ma non impone di diminuire la presenza pubblica, per cui ci potrebbero essere fattispecie in cui il pubblico è chiamato ad esercitare una determinata attività, in ipotesi realizzabile anche da un soggetto privato, per mancanza di una figura soggettiva privata che liberamente assuma su di sé il perseguimento di quella specifica finalità generale.

Vi sono tuttavia alcune attività che possono essere oggettivamente svolte solo da soggetti pubblici e non anche da privati, così come, al contrario, ci sono realtà che non sono pubblicizzabili e che devono perciò essere realizzate esclusivamente da soggetti privati in un regime di piena libertà ed autonomia.

---

<sup>49</sup> Il riferimento è a F. GOISIS, *Ente pubblico*, cit., 416.



Così, ad esempio, l'art. 38 Cost. riconosce la libertà ai privati di svolgere attività assistenziali, con la conseguenza che non si possono rendere pubbliche attività non economiche dei privati<sup>50</sup>.

Una parte della dottrina sottolinea poi la rilevanza della mancanza dello scopo di lucro quale indice rivelatore della pubblicità di un ente<sup>51</sup>. L'importanza di questo elemento – invero dibattuta in letteratura<sup>52</sup> – sembra essere confermata anche dalla nozione di pubblica amministrazione rilevante ai fini della determinazione del conto consolidato del settore pubblico, secondo cui il Settore delle Amministrazioni pubbliche (distinto dal Settore delle imprese) “è costituito dalle unità istituzionali che agiscono da produttori di beni e servizi non destinabili alla vendita, la cui produzione è destinata a consumi collettivi e individuali e sono finanziate da versamenti obbligatori effettuati da unità appartenenti ad altri settori, nonché dalle unità istituzionali la cui funzione principale consiste nella redistribuzione del reddito della ricchezza del paese” (paragrafo 2.111 del SEC 2010, Reg. (UE) 21 maggio 2013, n. 549). A dimostrazione della rilevanza della mancanza di scopo di lucro, il SEC 2010 precisa che le “società o quasi-società” sono inserite nel settore delle amministrazioni pubbliche “a condizione che la loro produzione consista prevalentemente in beni e servizi non destinabili alla vendita ed esse siano controllate da un'amministrazione pubblica”, aggiungendo che possono essere inserite nell'elenco “le istituzioni senza scopo di lucro riconosciute come entità giuridiche indipendenti che agiscono da produttori di beni e servizi non destinabili alla vendita e che sono controllate da amministrazioni pubbliche” (paragrafo 2.112, lett. *b*) e *c*), del SEC 2010).

L'inclusione nell'elenco predisposto dall'Istat non significa tuttavia che tutti gli enti ivi ricompresi abbiano una natura pubblicistica (nel predetto elenco compaiono infatti anche soggetti che hanno formalmente natura privatistica, come le federazioni), ma comporta in ogni caso per gli enti ivi inclusi l'assoggettamento alle norme per il controllo della spesa pubblica, condizionandone così la loro autonomia gestionale e finanziaria.

Si viene così a creare una nozione finanziaria della pubblica amministrazione avente carattere generale e rilievo costituzionale, considerato che la legge rafforzata n. 243 del 2014 prevede che

---

<sup>50</sup> Sul caso delle I.p.a.b. si veda Corte cost., n. 396/1988; con riguardo alle Comunità israelitiche, si segnala Corte cost., 25 maggio 1990, n. 259.

<sup>51</sup> Il riferimento è ancora a F. GOISIS, *Ente pubblico*, cit., 420.

<sup>52</sup> Ritene lo scopo di lucro non necessariamente incompatibile con la natura pubblica di un soggetto e comunque non essenziale per una s.p.a., tra gli altri, G. GRÜNER, *Enti pubblici a struttura di S.p.a. Contributo allo studio delle società “legali” in mano pubblica di rilievo internazionale*, cit., 34 e ss., il quale richiama le tesi di G. SANTINI, *Tramonto dello scopo lucrativo nelle società di capitali*, in *Riv. dir. civ.*, 1973, 151 e ss.



sono “pubbliche amministrazioni”, ai sensi dell’art. 97 Cost. novellato<sup>53</sup>, “gli enti individuati con le procedure e gli atti previsti, in coerenza con l’ordinamento dell’Unione europea, dalla normativa in materia di contabilità e finanza pubblica, articolati nei sottosettori delle amministrazioni centrali, delle amministrazioni locali e degli enti nazionali di previdenza e assistenza sociale” (art. 2, c. 1, l. 24 dicembre 2012, n. 243). In sostanza, quindi, gli enti inclusi nell’elenco predisposto dall’Istat, il quale deve per l’appunto censire i soggetti pubblici secondo i criteri europei indicati oggi nel SEC 2010<sup>54</sup>. Si tratta peraltro di un elenco non cristallizzato in un testo normativo, ma fondato su requisiti di fatto che per loro natura sono mutevoli nel tempo: infatti l’Istat è chiamato ad aggiornarlo ogni anno<sup>55</sup>.

Trova conferma così che per il diritto europeo l’amministrazione pubblica è, in sostanza, l’insieme degli enti che non operano nel mercato (emblematicamente nel regolamento SEC 2010 si distingue il “Settore delle Amministrazioni pubbliche” dal “Settore delle imprese”), che fanno

---

<sup>53</sup> Per il quale le “pubbliche amministrazioni” sono obbligate ad assicurare “l’equilibrio dei bilanci e la sostenibilità del debito pubblico”.

<sup>54</sup> In tal senso M. TRIMARCHI, *Intervento* al Convegno su *I modelli organizzativi delle pubbliche Amministrazioni*, Villa Mondragone, Monte Porzio Catone (RM), 29 aprile 2015, in corso di pubblicazione negli Atti del Convegno celebrativo del 150° anniversario delle leggi di unificazione nazionale; M. DI LULLO, *Soggetti privati “pubbliche amministrazioni” ai sensi delle norme di contabilità e finanza pubblica*, in *Foro amm.-C.d.S.*, 2013, 3579 ss.; in argomento si vedano anche S. DEL GATTO, *Sistema “Sec 95” ed elenco Istat. Sull’incerto confine della sfera pubblica*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, 960 ss.; V. TORANO, *Contributo sulla definizione di «pubblica amministrazione» rilevante per l’applicazione delle disposizioni in tema di finanza pubblica*, in *Foro amm.-C.d.S.*, 2013, 1051 ss.; rileva esattamente che la definizione finanziaria di pubblica amministrazione risulta così dipendere da nozioni di tipo statistico ed economico pensate ad altro fine F. MERUSI, *Divagazioni su di una pretesa nuova dogmatica del diritto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2015, 23.

<sup>55</sup> Come notato da M. TRIMARCHI, *Intervento*, cit. Giova ricordare che l’art. 1, c. 169, della legge n. 228/2012, ha attribuito alle Sezioni riunite della Corte dei conti in speciale composizione la giurisdizione sui ricorsi avverso gli atti di ricognizione delle amministrazioni pubbliche operata annualmente dall’ISTAT, prima di competenza del giudice amministrativo. Tale nuova attribuzione è di particolare importanza anche perché, come evidenziato da un’attenta dottrina (A. POLICE, *La giurisdizione: le competenze delle Sezioni Riunite in speciale composizione*, Relazione al Convegno in memoria di Massimo Vari dal titolo “*La Corte dei conti fra controllo e giurisdizione: quale futuro in Europa?*”, Roma, 1 luglio 2015), il passaggio di detta attribuzione dalla giurisdizione del giudice amministrativo a quella del giudice contabile sposta in capo a quest’ultimo l’importante missione – da sempre di competenza del giudice amministrativo – di definire il perimetro della soggettività pubblica. In tal modo, la Corte dei conti diventa il giudice del proprio perimetro, definendo la sfera della finanza pubblica, ossia la sfera della giurisdizione esclusiva più generale di cui all’art. 103, c. 2, Cost. Tutto ciò trova una conferma nella stessa giurisprudenza del giudice contabile, il quale puntualizza che la giurisdizione della Corte dei conti in materia di impugnazione degli elenchi ISTAT non si configura quale giurisdizione sui vizi dell’atto, perché oggetto della cognizione della Corte nella materia in questione è l’accertamento della qualità di “amministrazione pubblica” in capo ad una determinata “unità istituzionale”, da individuarsi sulla base degli “specifici regolamenti dell’Unione Europea” (così, di recente, Corte conti, S.R. in speciale composizione, 13 maggio 2015, n. 17/2015/RIS; Id., sentenza n. 12/2015/RIS; Id., sentenza n. 7/2013/SR).

affidamento su finanziamenti pubblici diretti o indiretti e che, anche per questo, sono controllati da soggetti pubblici<sup>56</sup>.

Lo scopo di lucro riveste un'importanza particolare anche nel determinare la natura delle società pubbliche: infatti, se si valorizza tale indice si dovrebbe arrivare ad affermare la natura privatistica di dette società, essendo lo scopo di lucro di cui all'art. 2247 c.c. incompatibile con finalità altruistico-generalì, a meno che non si tratti di società particolari assegnatarie *ex lege* di uno scopo non lucrativo ovvero si faccia riferimento ad una prospettiva funzionale-sostanziale secondo cui anche società formalmente lucrative possono perseguire interessi pubblici e quindi essere sottoposte ad un regime pubblicistico<sup>57</sup>.

Va ricordato, tuttavia, che una parte della dottrina mette in evidenza la neutralità della forma societaria sul piano delle qualificazioni<sup>58</sup>.

## 5. Le conseguenze della pubblicità di un ente

Un ultimo aspetto da affrontare è quello delle conseguenze della pubblicità di un ente.

Una parte della dottrina da tempo sostiene che “dire che un ente è pubblico non ha importanza operativa bensì un significato meramente conoscitivo”<sup>59</sup>; tuttavia, la nozione di ente pubblico non avrebbe nessuna utilità se fosse “derubricata a mera ed irrilevante etichetta formale”<sup>60</sup>.

Chiaramente è difficile individuare un regime giuridico generale automaticamente applicabile agli enti aventi natura pubblica.

---

<sup>56</sup> Evidenziano che nel diritto europeo la nozione di amministrazione pubblica emerge in antitesi al concetto di mercato M. LOTTINI, *Il mercato europeo. Profili pubblicistici*, Napoli, 2010, 2; M. TRIMARCHI, *Intervento*, cit.

<sup>57</sup> Sul punto, di recente, F. GOISIS, *Ente pubblico*, cit., 421; ID., *Il problema della natura e della lucratività delle società in mano pubblica alla luce dei più recenti sviluppi dell'ordinamento nazionale ed europeo*, in *Dir. economia*, 2013, 41 e ss.; sull'implicito riconoscimento della natura pubblica di Ferrovie dello Stato s.p.a. per mancanza di una causa lucrativa si veda Cons. Stato, Sez. VI, 20 maggio 1995, n. 498, con nota critica di A. POLICE, *Dai concessionari di opere pubbliche alle società per azioni “di diritto speciale”: problemi di giurisdizione*, in *Dir. amm.*, 1996, 158 e ss.

<sup>58</sup> In tal senso si vedano, indicativamente, G. ROSSI, *Gli enti pubblici*, cit.; M. RENNA, *Le società per azioni in mano pubblica. Il caso delle S.p.A. derivanti dalla trasformazione di enti pubblici economici ed aziende autonome statali*, cit., 24; G. GRÜNER, *Enti pubblici a struttura di S.p.a. Contributo allo studio delle società “legali” in mano pubblica di rilievo internazionale*, cit., 30 e ss.; P. PIZZA, *Le società per azioni di diritto singolare tra partecipazioni pubbliche e nuovi modelli organizzativi*, Milano, 2007, 649 e ss.; nonché, in giurisprudenza, Cons. Stato, Sez. VI, 15 maggio 2002, n. 2636; Id., 19 aprile 2011, n. 2434; *contra* F. GOISIS, *Ente pubblico*, cit., 421; F.G. SCOCA, *Il punto sulle c.d. società pubbliche*, in *Dir. econ.*, 2005, 239 e ss. Com'è noto, la natura delle società pubbliche costituisce un tema molto dibattuto in dottrina e in giurisprudenza, che in questo scritto, per ovvie ragioni di spazio, non può essere affrontato.

<sup>59</sup> Così S. CASSESE, *Partecipazioni pubbliche ed enti di gestione*, cit., 88.

<sup>60</sup> F. GOISIS, *Ente pubblico*, cit., 428



Per questo c'è chi ha avanzato la tesi di verificare caso per caso quali norme siano applicabili ai soggetti pubblici e ai soggetti privati che svolgono funzioni pubblicistiche, sulla base delle finalità perseguite e degli interessi tutelati<sup>61</sup>.

Sarebbe più utile ricercare però delle regole generali, adottando anche in questo caso un metodo teso ad individuare un possibile contenuto minimo che possa ritenersi applicabile a tutte le figure soggettive qualificate come pubbliche.

Ebbene, già si è detto che in linea di massima agli enti pubblici la disciplina pubblicistica si applica nella sua totalità (anche tenendo conto di quanto disposto dall'art. 11 c.c.), mentre ai soggetti privati essa si estende spesso per principi e solo per una parte.

È possibile ricavare quindi una regola generale secondo cui agli enti pubblici – a differenza degli enti privati – si estende in toto il regime amministrativistico, sostanziale e processuale, ad eccezione delle deroghe espresse individuate dal legislatore. Sono chiaramente da escludere dall'applicazione di questa regola generale gli enti pubblici economici, i quali operano, com'è noto, in prevalenza con strumenti di diritto comune. Questa esclusione, peraltro, non ridimensiona l'importanza della regola testé proposta, considerato che gli enti pubblici economici sono ormai da considerarsi una categoria in via di estinzione.

La circostanza poi che alcune norme di diritto pubblico si applicano soltanto a taluni enti pubblici e non ad altri, non rappresenta un elemento in grado di inficiare la regola generale, dal momento che le disposizioni speciali non dovrebbero entrare a far parte del regime pubblicistico.

Anche il fatto che alcune norme di diritto pubblico – come quelle relative ai principi procedurali, alle regole di evidenza pubblica, e così via – si estendono ai soggetti privati che svolgono funzioni pubblicistiche, non può portare a confutare l'esistenza di un regime speciale che si applica agli enti aventi natura pubblica: semplicemente si deve prendere atto che alcune norme di questo regime non riguardano esclusivamente gli enti pubblici ma anche i soggetti privati quando svolgono funzioni pubblicistiche.

In sostanza, sebbene sussistano varie norme di diritto pubblico che estendono la loro efficacia anche all'attività di figure soggettive private e altre che limitano la propria sfera di applicazione ad una parte di enti pubblici, non si può negare l'esistenza di un regime speciale connesso alla qualificazione pubblica degli enti che è per alcuni versi di privilegio e per altri di sfavore rispetto al diritto comune: *status* pubblicistico che rende ancora attuale la nozione di ente pubblico<sup>62</sup>.

---

<sup>61</sup> G. NAPOLITANO, *Enti pubblici*, cit., 2230

<sup>62</sup> Come messo in evidenza da tempo da G. ROSSI, *Gli enti pubblici*, cit., 215 e ss., con un elenco di norme che fanno riferimento agli enti pubblici.



L'esistenza di un regime speciale degli enti pubblici (non economici) si desume da numerose disposizioni di legge: è il caso, solo per fare un esempio, dell'art. 2, c. 1, d.lgs. 28 settembre 2012, n. 178, che, nel riordinare l'ente strumentale della Croce rossa italiana, espressamente dispone che ad esso "si applicano le disposizioni vigenti per gli enti pubblici non economici", dando così per scontato che esista uno statuto di questi enti. Ciò conferma che agli enti pubblici si applicano tutte le norme di diritto pubblico (ovviamente compatibili con l'ente), salvo le deroghe espressamente previste dal legislatore.

Così come, al contrario, agli enti privati si applica di regola il regime privatistico, come dimostrato di recente dall'art. 4, c. 13, del d.l. 6 luglio 2012, n. 95 (conv. con l. 7 agosto 2012, n. 135), il quale, nel rigettare l'idea di una pubblicizzazione delle società pubbliche, statuisce che "le disposizioni, anche di carattere speciale, in materia di società a totale o parziale partecipazione pubblica si interpretano nel senso che, per quanto non diversamente stabilito e salvo deroghe espresse, si applica comunque la disciplina del codice civile in materia di società di capitali".

Quali siano poi in concreto le disposizioni che formano il regime speciale applicabile agli enti pubblici è un compito che esula dai limiti di questa trattazione: il quadro delle norme pubblicistiche riferibili alle amministrazioni pubbliche è troppo imponente e difficilmente sintetizzabile per poter essere affrontato in questa sede.

Qui ci si può limitare ad osservare che, in linea di massima, gli enti pubblici possono emanare provvedimenti che hanno efficacia sul piano dell'ordinamento generale impugnabili davanti al giudice amministrativo (e quindi esclusivamente tali enti hanno la potestà di autotutela); quando hanno azioni presso società per azioni sono sottoposti ad una disciplina peculiare; alcuni loro beni sono regolamentati da un regime speciale; sono sottoposti a particolari regole di contabilità pubblica e, oggi, alla disciplina posta a tutela della sostenibilità finanziaria; sono tenuti al rispetto delle norme di diritto pubblico (come del resto in parte anche i soggetti privati che svolgono funzioni pubblicistiche); a differenza di tutte le persone giuridiche di diritto privato, agli enti pubblici non economici non si applicano le norme sulla responsabilità amministrativa delle persone giuridiche *ex* d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231; le persone legate da un rapporto di servizio con gli enti pubblici sono soggette ad un particolare regime di responsabilità penale, civile ed amministrativa; e così via<sup>63</sup>.

Ma la più importante conseguenza della qualificazione di un ente come pubblico – che è poi l'indice principale della sua pubblicità – risiede nella circostanza che la sua costituzione,

---

<sup>63</sup> Su queste conseguenze della pubblicità di un ente si veda, *ex multis*, E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 91.



modificazione, fusione ed estinzione, non è libera, bensì, come si è già detto, dipende dalla legge o da provvedimenti amministrativi emanati da altri enti pubblici ai quali il legislatore attribuisce il relativo potere.

L'indisponibilità di disporre della propria esistenza e della propria organizzazione, corollario della riserva di legge in questo settore, è un profilo che caratterizza gli enti pubblici, essendo incompatibile con la natura privata di un ente, la cui autonomia, seppure possa essere in parte limitata dalla legge, rimane un elemento imprescindibile: gli enti privati infatti vivono, si organizzano e si estinguono per volontà di privati, e non per decisione del legislatore o di altri enti pubblici.

In conclusione, è vero che le differenze tra gli enti pubblici e i soggetti privati si sono attenuate, soprattutto perché a questi ultimi si applicano svariate previsioni tipicamente pubblicistiche, ma le diversità su aspetti non marginali permangono, il che rende tutt'altro che evanescente la nozione di ente pubblico<sup>64</sup>.

La qualificazione di un ente come pubblico può rivelarsi utile, in particolare, per colmare le eventuali lacune legislative in ordine alla disciplina ad esso applicabile. È evidente infatti che quando il legislatore statuisce nel dettaglio le regole riferibili ad uno specifico ente, il problema qualificatorio si svuota di concretezza: a quel determinato soggetto si applicheranno le norme dettate dal legislatore, salvo il caso di eventuali questioni di legittimità costituzionale. Qualora però ci dovessero essere degli aspetti non normati, ecco che l'individuazione della natura dell'ente diventa fondamentale per capire se allo stesso debba estendersi (per la parte non disciplinata) il regime pubblicistico o quello privatistico.

In ogni caso, è evidente che fino a quando il legislatore complicherà il quadro differenziando i modelli, senza seguire una linea comune, facendo ricorso a formule organizzative che si trovano sempre più sulla linea di confine tra “pubblico” e “privato”, continuerà ad ingenerare confusione rendendo il lavoro dell'interprete arduo ed incerto: ed allora sarà sempre più difficile delineare con nettezza un regime applicabile a tutti gli enti pubblici.

---

<sup>64</sup> G. ROSSI, *Gli enti pubblici*, cit., 221-222; rimane valido, pertanto, l'ammonimento di G. MIELE, *La distinzione fra ente pubblico e ente privato*, in *Scritti giuridici*, vol. I, Milano, 1987, 367, secondo cui alla nozione di ente pubblico “non può rifiutarsi, almeno fino a prova in contrario, un proprio significato e propri effetti”.