

# IL FORO AMMINISTRATIVO C.d.S.

ISSN 1722-2400

RIVISTA MENSILE DI DOTTRINA E GIURISPRUDENZA

Vol. II - Novembre 2003

11

ISSN 1722 - 2400

DIRETTA DA

GIORGIO GIOVANNINI, ALBERTO ROMANO

## Si segnalano all'attenzione del lettore

- C. cost. 14 novembre 2003 n. 338:** *sulla competenza dello Stato in materia di trattamenti terapeutici (conferma, nei confronti del Piemonte e della Toscana, della precedente sentenza n. 282 del 2002 pronunciata nei confronti delle Marche)* 3226
- Cons. St., sez. IV, 10 novembre 2003 n. 7173:** *per l'affermazione che l'art. 1341 c.c. si applica anche ai contratti che l'amministrazione stipula a trattativa privata* 3294
- Cons. St., sez. IV, 14 novembre 2003 n. 7279:** *per l'affermazione che i magistrati del Consiglio di Stato in posizione di fuori ruolo non hanno l'elettorato attivo per l'elezione a giudice della Corte costituzionale* 3301
- Cons. St., sez. IV, 25 novembre 2003 n. 7765:** *concernente l'indennità risarcitoria dovuta a seguito di costruzione eseguita in violazione di vincoli ambientali, con l'affermazione del carattere permanente dell'illecito, che ne preclude la prescrizione* 3304
- Cons. St., sez. V, 7 novembre 2003 n. 7130:** *per la quale il direttore dei lavori non può essere chi è stato il progettista* 3372
- Cons. St., sez. V, 12 novembre 2003 n. 7231:** *che aderisce all'orientamento della Cassazione circa la sussistenza della giurisdizione dell'a.g.o. in materia di controversie relative al conferimento di incarichi dirigenziali* 3378
- Cons. St., sez. V, 12 novembre 2003 n. 7236:** *per la quale sussiste la giurisdizione amministrativa esclusiva del g.a. su tutti i profili, anche meramente patrimoniali, del rapporto tra amministrazione e concessionario di pubblico servizio* 3379
- Cons. St., sez. V, 21 novembre 2003 n. 7620:** *secondo cui non è illegittimo, almeno in via di principio, il bando di gara che accorpa più opere* 3392
- Cons. St., sez. V, 21 novembre 2003 n. 7632:** *in tema di impugnazione mediante motivi aggiunti di un nuovo atto a favore di un soggetto fino allora terzo* 3394
- Cons. St., sez. VI, 12 novembre 2003 n. 7243:** *secondo cui lo scambio di informazioni tra imprese costituisce pratica anticoncorrenziale vietata* 3406
- Cons. St., sez. VI, 12 novembre 2003 n. 7266:** *sulla illegittimità delle delibere comunali volte ad una verifica generalizzata delle condizioni di statica degli edifici con onere a carico dei proprietari* 3409
- Cons. St., sez. VI, 19 novembre 2003 n. 7470:** *in tema di caducazione del contratto dopo l'annullamento dell'aggiudicazione (anche in sede di autotutela)* 3413



DOTT. A. GIUFFRÈ EDITORE

Spedizione in a.p. - 45% - art. 2 comma 20/b legge 662/96 - Filiale di Varese

© Copyright Giuffrè 2018. Tutti i diritti riservati. P.IVA 00829840156

Utente: . LEGANCE-AVvocATI ASSOCIATI - www.iusexplorer.it - 19.03.2018

normativi. *Riflessioni suggerite dalla sent. n. 591 del 1988 della Corte costituzionale*, *ivi*, 1988, 2749; G. FALCON, *Atti « normativi » dell'esecutivo regionale*, in *Le Regioni*, 1974, II, 446).

I rilievi sulla esperienza regionale, nel vigore della competenza regolamentare consiliare, assumono maggior importanza nel nuovo quadro delle competenze legislative e, di conseguenza, regolamentari riconosciute alla regione dall'art. 117 cost., come novellato dalla l. 18 ottobre 2001 n. 3. Infatti, sarebbe contrario al principio del buon andamento dell'amministrazione di cui all'art. 97 cost., che l'esercizio della potestà regolamentare fosse ancora affidato al Consiglio a seguito del notevole ampliamento delle materie di competenza normativa regionale. Si ricadrebbe in quella confusione tra il ruolo della legge e del regolamento determinata dalla coincidenza in capo ad un medesimo organo della potestà legislativa e di quella regolamentare (A. PUBUSA, *Considerazioni sulla potestà regolamentare regionale*, in *Le Regioni*, 1986, I, 723; L. GEROLA, *Considerazioni sul rapporto tra legge e regolamento regionali*, *ivi*, 1983, I, 244).

GABRIELLA CREPALDI

275 - 24 luglio 2003 — Pres. Chieppa — Est. Maddalena — Federfarma e altro — Comune di Milano — G. I. s.p.a. — Presidenza Consiglio ministri (\*).

[2064/96] Corte costituzionale - Costituzionalità (questione di) - Termini normativi della questione - Errore materiale contenuto nell'ordinanza di rimessione - Evidenza - Eccezione di inammissibilità - Rigetto.

(Cost., artt. 3 e 32; l. 8 novembre 1991 n. 362, art. 8 comma 1 lett. a; l. 2 aprile 1968 n. 475, art. 9).

[2064/96] Corte costituzionale - Costituzionalità (questione di) - Formulazione in termini ambigui e perplessi - Insussistenza - Eccezione di inammissibilità - Rigetto.

(Cost., artt. 3 e 32; l. 8 novembre 1991 n. 362, art. 8 comma 1 lett. a; l. 2 aprile 1968 n. 475, art. 9).

[2064/96] Corte costituzionale - Costituzionalità (questione di) - *Petiturum* - Richiesta di pronuncia di tipo additivo - Carezza dei presupposti necessari - Insussistenza - Eccezione di inammissibilità - Infondatezza.

(Cost., artt. 3 e 32; l. 8 novembre 1991 n. 362, art. 8 comma 1 lett. a; l. 2 aprile 1968 n. 475, art. 9).

[2064/96] Corte costituzionale - Costituzionalità (questione di) - Oggetto della questione - Interpretazione della disposizione denunciata adottata dal rimettente - Inammissibilità per exceptio difetto di motivazione - Insussistenza.

(Cost., artt. 3 e 32; l. 8 novembre 1991 n. 362, art. 8 comma 1 lett. a; l. 2 aprile 1968 n. 475, art. 9).

[2064/132] Corte costituzionale - Costituzionalità (questione di) - Rilevanza - Influenza di un'eventuale dichiarazione di incostituzionalità sull'esito del giudizio *a quo* - Sussistenza.

(Cost., artt. 3 e 32; l. 8 novembre 1991 n. 362, art. 8 comma 1 lett. a; l. 2 aprile 1968 n. 475, art. 9).

[3492/240] Farmacie - Farmacie comunali - Gestione societaria - Incompatibilità della partecipazione a società di gestione con qualsiasi altra attività nel settore della produzione, distribuzione, intermediazione e informazione scientifica del farmaco - Mancata previsione - Irragionevole

(\*) Segue nota di L. GENINATTI SATÈ, *Sul conflitto di interessi nella gestione dei servizi pubblici*, *infra*, 3263. Il testo della decisione è pubblicato in questa *Rivista*, 2003, 2136. Si riporta la massima per agevolare la consultazione.

**disparità di trattamento rispetto ai farmacisti titolari o gestori di farmacie private, incidente sul diritto alla salute - Illegittimità costituzionale in parte qua.**

(Cost., artt. 3 e 32; l. 8 novembre 1991 n. 362, art. 8 comma 1 lett. a).

*Deve essere disattesa l'eccezione di inammissibilità della questione di legittimità costituzionale dell'art. 8 comma 1 lett. a), l. 8 novembre 1991 n. 362, in relazione all'art. 9 della medesima legge, proposta per l'oscurità del dispositivo dell'ordinanza di remissione e sostenendo che sia stato censurato a sproposito l'art. 9, in quanto è proprio la palese inconferenza della disposizione da ultimo citata a rendere evidente che il remittente è caduto in un mero errore materiale, in quanto dal contesto complessivo dell'ordinanza si evince chiaramente che il giudice a quo intendeva fare riferimento all'art. 9, l. 2 aprile 1968 n. 475.*

*Deve essere respinta l'eccezione di inammissibilità della questione di legittimità costituzionale dell'art. 8 comma 1 lett. a), l. 8 novembre 1991 n. 362, in relazione all'art. 9, l. 2 aprile 1968 n. 475, sollevata sotto il profilo che il remittente avrebbe prospettato la questione in termini ambigui e perplessi, in quanto il giudice a quo mira ad ottenere, attraverso la dichiarazione di incostituzionalità della norma censurata, l'estensione alle società che prendono parte alla gestione delle farmacie comunali del divieto previsto per i farmacisti privati di partecipare all'attività di produzione, distribuzione, intermediazione e informazione scientifica del farmaco.*

*È infondata l'eccezione di inammissibilità della questione di legittimità costituzionale dell'art. 8 comma 1 lett. a), l. 8 novembre 1991 n. 362, in relazione all'art. 9, l. 2 aprile 1968 n. 475, sollevata sotto il profilo che non sussisterebbero i presupposti per una pronuncia della Corte di tipo additivo, in quanto ben può la Corte estendere l'ambito di applicazione di una norma quando, in relazione al valore costituzionale tutelato, lo esiga, secondo il criterio della ragionevolezza, la ratio della norma stessa.*

*Deve essere disattesa l'eccezione di inammissibilità della questione di legittimità costituzionale dell'art. 8 comma 1 lett. a), l. 8 novembre 1991 n. 362, in relazione all'art. 9, l. 2 aprile 1968 n. 475, sollevata sotto il profilo che il remittente si sarebbe immotivatamente discostato nell'interpretazione della disposizione denunciata dai discordanti precedenti del TAR della Lombardia e del Consiglio di Stato, essendo evidente che il remittente non è necessariamente tenuto ad esplicitare le ragioni per le quali abbia ritenuto di discostarsi da isolati precedenti giurisprudenziali riguardanti fattispecie analoghe.*

*È infondata l'eccezione di inammissibilità della questione di legittimità costituzionale dell'art. 8 comma 1 lett. a), l. 8 novembre 1991 n. 362, in relazione all'art. 9, l. 2 aprile 1968 n. 475, sollevata sotto il profilo della mancanza di rilevanza della stessa, essendo indubitabile che l'eventuale dichiarazione di incostituzionalità della norma in questione determinerebbe riflessi diretti sui requisiti soggettivi dei partecipanti alla gara indetta dal comune di Milano, influendo, per questa via, sull'esito della stessa.*

*È costituzionalmente illegittimo l'art. 8 comma 1 lett. a), l. 8 novembre 1991 n. 362, nella parte in cui non prevede che la partecipazione a società di gestione di farmacie comunali è incompatibile con qualsiasi altra attività nel settore della produzione, distribuzione, intermediazione ed informazione scientifica del farmaco. La mancata previsione per le farmacie comunali di un tale tipo di incompatibilità appare infatti del tutto irragionevole, specie ove si consideri che il divieto in questione è stato posto dal legislatore proprio al fine di evitare eventuali conflitti di interesse, che possono ripercuotersi negativamente sullo svolgimento del servizio farmaceutico e, quindi, sul diritto alla salute.*



**[2064/96] [2064/132] [3492/240] Sul conflitto di interessi nella gestione dei servizi pubblici.**

SOMMARIO: 1. L'estensione del regime di preclusioni ai gestori di farmacie comunali e il contesto normativo in materia. — 2. L'art. 32 cost. come parametro del giudizio. — 3. Regole e lacune sul conflitto di interessi nella gestione dei servizi pubblici. — 4. (segue): principio di imparzialità e conflitto di interessi. — 5. (segue): diritto dei servizi pubblici e argomentazione per principi.

1. *L'estensione del regime di preclusioni ai gestori di farmacie comunali e il contesto normativo in materia.*

Con la pronuncia additiva in epigrafe la Corte costituzionale ha esteso il divieto gravante sui farmacisti privati di partecipare alle attività di produzione, distribuzione, intermediazione e informazione scientifica del farmaco anche alle società che prendono parte alla gestione delle farmacie comunali.

La disposizione contenente tale divieto è l'art. 8 comma 1 lett. a), l. 8 novembre 1991 n. 362 (1).

In punto di fatto, nel corso della privatizzazione dell'azienda municipale incaricata della gestione delle farmacie comunali, il comune di Milano, mediante procedura concorsuale, cedeva ad una società di capitali l'80% del pacchetto azionario della s.p.a neo-costituita, realizzando così una società mista a capitale pubblico non maggioritario.

Oggetto di censura del TAR Lombardia remittente è stata la lacuna (o la norma inespressa) (2) ravvisabile nel citato art. 8, l. 321 del 1991, il quale prevedeva il divieto di partecipazione alle attività *lato sensu* farmaceutiche solo per i gestori di farmacie private, e non per quelli delle farmacie comunali.

In particolare, il giudice *a quo* fondava il sospetto di incostituzionalità della mancata previsione sul fatto che la norma in oggetto costituirebbe l'applicazione, in forma di regola preclusiva, di un principio fondamentale: quello secondo cui deve essere impedito il contemporaneo esercizio dell'attività di

(1) Nella giurisprudenza amministrativa relativa a tale disposizione consta il precedente di cui a TAR Lombardia, sez. III, ord. 27 maggio 1999 n. 1444, secondo cui è illegittimo il bando di gara di un comune relativo alla scelta del socio privato di una società (a responsabilità limitata) costituita per la gestione della farmacia comunale nella parte in cui prevede, tra le cause di esclusione dalla partecipazione alla gara, i titolari di farmacia, il loro coniuge, gli affini ed i parenti entro il sesto grado, perché tale esclusione non ha alcuna base normativa. Inoltre, la sussistenza di un rapporto di associazione in partecipazione non impedisce la partecipazione ad una gara indetta da un comune per la scelta del socio privato della s.r.l. costituita per la gestione della farmacia comunale, in quanto l'incompatibilità di cui all'art. 8, l. n. 362 del 1991, potrà, se del caso, costituirsi solo in caso di aggiudicazione della gara in capo all'interessato conseguentemente tenuto ad effettuare la relativa opzione per l'una o per l'altra sede farmaceutica.

(2) Sull'incostituzionalità delle lacune ed omissioni del legislatore e sulle relative pronunce della Corte costituzionale v. GUASTINI, *Lacune del diritto*, in *D. disc. priv.*, sez. civ., X, Torino, 1994; PUGIOTTO, *Sindacato di costituzionalità e « diritto vivente »*. *Genesis, uso, implicazioni*, Milano, 1994; PARODI, *Lacune e norme inesprese nella giurisprudenza costituzionale*, in *Struttura e dinamica dei sistemi giuridici*, (Autori vari), Torino, 1996; MARCENÒ, *La Corte costituzionale e le omissioni incostituzionali del legislatore: verso nuove tecniche decisorie*, in *Giur. cost.*, 2000, 1986 ss.

gestione di farmacie e dell'attività di produzione, distribuzione, intermediazione e informazione scientifica del farmaco.

Tale principio risponderebbe, nella prospettazione del remittente, all'esigenza di evitare il conflitto tra gli interessi legati alla produzione e commercializzazione del farmaco e quelli relativi alla gestione delle farmacie, e poiché tale esigenza è posta a tutela dell'interesse generale alla salute (riconosciuto e garantito dall'art. 32 cost.), ne deriverebbe l'irragionevolezza della limitazione del corrispondente divieto alle sole farmacie private.

Sollecitando una pronuncia additiva di regola (3), conclude quindi il TAR remittente nel senso che (non valendo certo a sanare l'asserita incostituzionalità una decisione di accoglimento semplice, la quale, rimuovendo anche la già esistente causa di preclusione, comporterebbe il distorto e paradossale effetto di eliminare quel segmento di disciplina del quale si invoca invece il completamento) la limitazione già testualmente prevista per le farmacie private deve essere estesa anche alle farmacie comunali.

La sentenza della Corte pare segnare l'inevitabile progressivo adattamento della disciplina dei servizi pubblici al mutevole quadro dei relativi modelli di gestione (4): il diffondersi delle nuove forme organizzative per la gestione dei

---

(3) In argomento si rinvia ai classici contributi di CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, Padova, 1984, II, 402 ss.; ELIA, *Le sentenze additive e la più recente giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Scritti in onore di V. Crisafulli*, Padova, 1985, I, 313 ss.; ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Bologna, 1988. Per un aggiornamento in materia v. *Aggiornamento in tema di processo costituzionale (1999-2001)*, a cura di ROMBOLI, Torino, 2002.

(4) È nota la sequenza normativa in materia di modelli per la gestione dei servizi pubblici: dopo il modello storico inaugurato dalla l. 29 marzo 1923 n. 103 (modificata dal r.d. 30 marzo 1923 n. 3047), poi sistematizzato nel r.d. n. 2578 del 1925, e dopo i modelli di cui all'art. 22, l. 8 giugno 1990 n. 142, ed all'art. 113, d.lg. 18 agosto 2000 n. 267 (t.u. enti locali), modificato dall'art. 35, l. 23 dicembre 2001 n. 448, l'art. 14, d.l. 30 settembre 2003 n. 269 (convertito con modificazioni dalla l. 24 novembre 2003 n. 326) prevede: (i) per i c.d. « servizi di rilevanza economica », conferimento della titolarità del servizio: a società di capitali individuate attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica, oppure a società a capitale misto pubblico privato nelle quali il socio privato venga scelto attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica, oppure a società a capitale interamente pubblico allo scopo costituite a condizione che l'ente o gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitino sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano; (ii) per i « servizi privi di rilevanza economica », mediante affidamento diretto ad istituzioni, ad aziende speciali, anche consortili, od infine a società a capitale interamente pubblico a condizione che gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitino sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano, mediante gestione in economia. In tema di gestione di farmacie comunali va poi ricordato che una norma speciale (art. 101, l. n. 362 del 1991), nel richiamare il disposto dell'art. 22, l. n. 142 del 1990, consentiva ai comuni titolari di farmacia di gestire tali aziende a mezzo di apposite « società di capitali » costituite con i farmacisti che, al momento della costituzione della società, prestassero servizio presso la farmacia di cui il Comune era appunto titolare (sulle questioni suscitate da tale disposizione v. *infra*, nt. n. 8). Successivamente la l. 23 dicembre 1992 n. 498 prevedeva la possibilità per i comuni di gestire i servizi pubblici (e tra questi anche il servizio farmaceutico) a mezzo di « apposite società per azioni », anche senza il vincolo della proprietà maggioritaria, e, specificando, « anche in deroga a quanto previsto dall'art. 9 comma 1 lett. d), l. 2 aprile 1968 n.475, così come sostituita dall'articolo 10, l. 8 novembre 1991 n. 362.



servizi richiede, com'è ovvio, un'opera di continua e puntuale correzione della normativa predisposta sulla base dell'assetto tradizionale (5).

L'avvento del modello delle società miste, in particolare, ha generato una serie di questioni per la cui risoluzione si sono dovuti apportare (soprattutto da parte della giurisprudenza) aggiustamenti anche non lievi, ed attraverso percorsi non sempre lineari, alla normativa preesistente (6).

La pronuncia qui annotata si aggiunge al *corpus* di decisioni che si sono succedute negli ultimi anni tra le quali si possono ricordare:

a) il tema della esclusività o meno del modello societario della s.p.a. (7): affrontato, vigente la precedente normativa, da alcuni giudici di merito che avevano rifiutato l'omologazione dell'atto costitutivo di s.r.l. costituita fra più enti locali per la gestione delle farmacie comunali (8), questo tema ha visto come

---

(5) Sull'argomento, in generale, v., *ex multis*, CAVALLO PERIN, *Comuni e province nella gestione di servizi pubblici locali*, Napoli, 1993; CASSESE, *I modelli di gestione dei servizi*, in *La s.p.a. per la gestione dei servizi pubblici locali*, (Autori vari), Rimini, 1995, 17 ss.; SANVITI, *I modelli di gestione dei servizi pubblici locali*, Bologna, 1996; LUCIANI, *La gestione dei servizi pubblici locali mediante società per azioni*, in *Dir. amm.*, 1996, 275 ss.; SCOTTI, *I pubblici servizi*, Padova, 2003.

(6) Sulle società miste per la gestione dei servizi pubblici v., da ultimo e oltre agli autori citati alla nota precedente, MELE, *La società per azioni quale forma attuale di gestione dei servizi pubblici: la società per azioni per gli enti locali*, Milano, 2003; VILLATA, *Pubblici servizi: discussioni e problemi*, 3<sup>a</sup> ed., Milano, 2003; con particolare riguardo alla gestione del servizio farmaceutico, v. IANNOTTA, *Ulteriori osservazioni in tema di servizio farmaceutico gestito dai Comuni*, in *Rass. amm. san.*, 2002, 7 ss.; NICOLOSO, *Enti economici strumentali ed enti autonomi partecipati per la gestione delle farmacie comunali*, in *San. pubbl.*, 2001, 215 ss.; COLOMBARI, *Le farmacie comunali nella normativa di settore e nella disciplina generale sui servizi pubblici locali*, *ivi*, 41 ss.; LUPO, *Legittimazione delle società miste ad esercitare direttamente o a mezzo di soci operativi il servizio pubblico locale. Aspetti problematici*, in *N. auton.*, 2000, 951 ss.; GENGLI, *Le società miste*, in *N. rass. ldg.*, 2000, 1825 ss.; FRENI, *Società miste: compiti di progettazione e principio della concorrenza*, in *Giorn. dir. amm.*, 1999, 51 ss.; GIAMPAOLINO, *L'organizzazione dei pubblici servizi a mezzo delle società miste nell'esperienza delle amministrazioni degli enti locali: problemi di concorrenza e profili istituzionali*, in *Riv. trim. app.*, 1999, 15 ss.; OTTAVIANO, *Note sulle società miste per la gestione dei servizi pubblici locali*, in *Riv. soc.*, 1999, 237 ss.; NIUTTA-POLICE, *Forma e realtà nelle società per la gestione dei servizi pubblici locali*, in *Riv. dir. comm.*, 1999, I, 477 ss.

(7) Si è posto anche il tema della legittimità di una società per azioni in mano interamente privata (caso ricorrente nella fattispecie all'origine della sentenza annotata), risolto in senso affermativo dalla giurisprudenza, la quale ha contestualmente negato che in tale circostanza la farmacia comunale assuma connotati privatistici; v., per esempio, TAR Puglia, sez. I, 12 aprile 2000 n. 1530, con nota di LOTTINI, *Società mista per l'erogazione di pubblici servizi locali*, in *Rass. giur. quadr. pubblici servizi*, 2000, 97 ss.

(8) Le pronunce, dovute al tribunale ed alla corte d'appello di Trento, venivano motivate sulla base del difetto delle condizioni richieste dalle « leggi speciali », secondo quando disposto dall'art. 2229 comma 1 n. 3), c.c.. Peraltro, parallelamente allo svolgimento di tale vicenda, una norma speciale in tema di gestione di farmacie comunali (art. 101, l. n. 362 del 1991), nel richiamare il disposto dell'art. 22, l. n. 142 del 1990, consentiva ai comuni titolari di farmacia di gestire tali aziende a mezzo di apposite « società di capitali » costituite con i farmacisti che, al momento della costituzione della società, prestassero servizio presso la farmacia di cui il comune era appunto titolare, inducendo così ad interrogarsi sull'ammissibilità o meno della gestione di farmacie attraverso le società c.d. miste ai sensi della l. n. 142, cit.. Infatti tale norma speciale sembrava circoscrivere lo spazio offerto dalla riforma degli enti pubblici limitandolo alle società costituite con i dipendenti della farmacia (que-

soluzioni: (I) l'affermazione giurisprudenziale secondo cui dall'interpretazione delle disposizioni della l. n. 142 del 1990 doveva ritenersi la non tassatività del riferimento alle s.p.a. contenuto nella normativa applicabile, valendo invece esso a contrassegnare indistintamente le varie forme di società di capitali (9); (II) la tesi dottrinale secondo cui permaneva in ogni caso l'obbligatorietà del modello della società per azioni nel caso di costituzione (non già di una società interamente pubblica ma) di una società mista (*ex art. 12, l. n. 142 del 1990*) (10); ne derivava, secondo tale orientamento, che in quest'ultima ipotesi il modello della s.p.a. rimaneva l'unico ammissibile (11); (III) la novella introdotta dall'art. 17 comma 58, l. n. 127 del 1997, che, accanto alla previsione della s.p.a., inseriva il riferimento espresso anche alla s.r.l., in modifica del citato art. 22, l. n. 142 del 1990, ma non dell'art. 12 di tale legge, così, secondo alcuni, confermando la tesi dottrinale testé esposta (12); (IV) la configurazione dei modelli di gestione offerta oggi, dopo la ricordata sequenza normativa, dall'art. 14, d.l. n. 269 del 2003;

b) il tema della possibilità per un'azienda speciale di svolgere la propria

---

stione poi superata dalla giurisprudenza successiva, in particolare v. la già citata TAR Emilia-Romagna, n. 271 del 1998). Poco dopo entrava però in vigore la l. 23 dicembre 1992 n. 498, che all'art. 12 prevedeva la possibilità per i comuni di gestire i servizi pubblici (e tra questi anche il servizio farmaceutico) a mezzo di « apposite società per azioni », anche senza il vincolo della proprietà maggioritaria, e, specificando, « anche in deroga a quanto previsto dall'art. 9 comma 1 lett. d), l. 2 aprile 1968 n. 475, così come sostituita dall'articolo 10, l. 8 novembre 1991 n. 362 ». Sulla portata di quest'ultima disposizione v. anche *infra*, nt. 9.

(9) Cons. St., parere 2 dicembre 1992 n. 2685.

(10) Ciò si riteneva, sia in quanto la novella del 1997 non aveva modificato tale ultimo disposto, sia soprattutto perché il successivo d.P.R. n. 533 del 1996, nel prevedere le condizioni necessarie per la costituzione di una società per azioni mista per la gestione di un servizio pubblico, si avvaleva della riserva di cui all'art. 2330 comma 30, c.c. e fissava, oltre il resto, l'ammontare del capitale sociale (non inferiore a un miliardo di lire), la partecipazione minima che doveva essere riservata all'ente pubblico promotore (non inferiore ad un quinto), le modalità di scelta dei soci (che deve avvenire attraverso una gara ad evidenza pubblica), la riserva obbligatoria di una quota del capitale all'azionariato diffuso, le condizioni d'ingresso di altri soci nella società già costituita, la necessaria partecipazione dell'ente al consiglio di amministrazione ed all'organo di controllo, l'inalienabilità e indisponibilità delle azioni per i primi cinque anni dalla costituzione. In argomento, v. MELEGARI, *Le società di gestione della farmacia*, in *Riv. not.*, 1992, 161 ss.; PANCARI, *Le farmacie comunali. Alcune riflessioni sulle modalità di gestione alla luce delle leggi n. 362/1991 e n. 142/1990*, in *N. rass. ldg.*, 1993, 810 ss.; SELLETTI, *La privatizzazione delle farmacie comunali diventa realtà*, in *Rass. dir. farm.*, 1996, 733 ss.

(11) Va al proposito ricordato che secondo la consolidata giurisprudenza amministrativa la disposizione di cui all'art. 12 comma 1, l. 23 dicembre 1992 n. 498, ha sostanzialmente innovato il quadro di riferimento normativo preesistente, stabilendo, con norma immediatamente precettiva anche in assenza del previsto regolamento attuativo, che le province e i comuni possono, per l'esercizio dei servizi pubblici, costituire apposite società per azioni senza il vincolo della proprietà maggioritaria previsto dall'art. 22 comma 3 lett. e), l. n. 142 del 1990, ed anche in deroga da quanto previsto dall'art. 9 comma 1 lett. d), l. 2 aprile 1968 n. 475, nel testo sostituito dall'art. 10, l. 8 novembre 1991 n. 362, « rimuovendo in tal modo una situazione di privilegio che nella normativa preesistente era assicurata unicamente in favore dei farmacisti dipendenti dalle stesse farmacie comunali » (da ultimo, TAR Puglia, Bari, sez. I, 12 aprile 2000 n. 1530).

(12) V. in tal senso COMPOSTELLA, *La partecipazione di soggetti privati alle società di gestione delle farmacie comunali: spunti problematici*, in *San. pubbl.*, 1997, 1034 ss.



attività fuori dal territorio del comune che l'ha costituita: la questione, che si inserisce nel più ampio e corposo dibattito sulla legittimazione delle società miste a svolgere attività imprenditoriale al di fuori del territorio degli enti soci (13), è stata risolta per quanto riguarda le farmacie vincolando l'estensione dell'ambito di operatività sia alla rigorosa osservanza di quanto stabilito dall'art. 24, l. 8 giugno 1990 n. 142 e dall'art. 5, d.P.R. 4 ottobre 1986 n. 902, sia all'esistenza di un « collegamento funzionale » fra le attività svolte nel territorio del comune d'origine e quelle svolte nel territorio dell'altro comune, « in modo », precisa la giurisprudenza, « che l'attività dell'azienda risponda comunque agli interessi della collettività stanziata sul territorio del comune di origine » (14);

c) il tema delle modalità di scelta del socio privato nella società che gestisce l'esercizio di farmacie comunali, anch'esso riconducibile alla più ampia e dibattuta questione sulle procedure per la scelta del socio privato nelle s.p.a. miste (15): sul punto, con limitato riguardo alle farmacie comunali, la giuri-

---

(13) In argomento, anche con riferimenti giurisprudenziali, v. in particolare già CAVALLO PERIN, *Comuni e province nella gestione di servizi pubblici locali*, cit., 231; MARTELLI, *Servizi pubblici locali e società per azioni*, Milano, 1997, 76 maxime; VILLATA, *Pubblici servizi. Discussioni e problemi*, cit.; da ultimi, CAIA, *L'attività imprenditoriale delle società a prevalente capitale pubblico locale al di fuori del territorio degli enti soci*, in questa *Rivista-TAR*, 2002, 1658 ss.; SCOTTI, *Osservazioni a margine di società miste e servizi pubblici locali*, in *Foro it.*, 2002, 554 ss. (annotazione a Cons. St., sez. V, 30 aprile 2002 n. 2297; 3 settembre 2002 n. 4586; 15 febbraio 2002 n. 917; Cons. rg. sic., 23 luglio 2001 n. 410; TAR Emilia-Romagna, Parma, 2 maggio 2002 n. 240); ID., *Società miste, legittimazione extraterritoriale e capacità imprenditoriale: orientamenti giurisprudenziali e soluzioni legislative al confronto*, in *Riv. it. dir. pubb. comunit.*, 2002, 777 ss.; GOISIS, *I limiti all'attività extra moenia delle società miste locali. Qualche riflessione critica anche alla luce del diritto comunitario*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, 560 ss.; MANGIALARDI, *Ambito di operatività delle società miste*, in *Urb. app.*, 2001, 1030 ss.

(14) Così, da ultimo, Cons. St., sez. V, 4 aprile 2002 n. 1874. Si è parimenti ritenuto, in tal senso, che illegittimamente, a norma dei citati art. 24, l. n. 142 del 1990, e 5, d.P.R. n. 902 del 1986, il comune affida la gestione della seconda sede farmaceutica all'azienda speciale di un comune diverso, considerato che la pianta organica delle farmacie è strutturata su base comunale e che l'attività al di fuori del territorio del comune istruttore è consentita solo ove sussista un nesso di strumentalità tra il servizio espletato per un altro ente ed i fini del comune cui l'azienda appartiene (TAR Lazio, Roma, sez. II, 26 giugno 2002 n. 5897).

(15) Sul punto, da ultimo, in giurisprudenza v. Cons. St., sez. V, 24 aprile 2002 n. 2300 (secondo cui nelle società miste a prevalente capitale pubblico costituite o partecipate dall'ente locale la scelta del socio privato di minoranza deve essere compiuta attraverso un'apposita procedura concorsuale, perché il socio privato è un socio « imprenditore » chiamato a svolgere parte rilevante di un pubblico servizio, e ciò esclude che l'amministrazione possa basarsi, nella scelta del socio, su generici apprezzamenti soggettivi e, comunque, di carattere fiduciario, in quanto ciò escluderebbe i principi di buona amministrazione e trasparenza dell'azione amministrativa); Cons. St., sez. V, 15 febbraio 2002 n. 917 (secondo cui la scelta del socio privato nella formazione delle società a capitale misto degli enti locali preordinate alla gestione di pubblici servizi deve necessariamente seguire procedure di evidenza pubblica, non potendosi tale scelta sottrarre ai principi concorrenziali propri di quando si debba scegliere un operatore privato chiamato a svolgere attività per conto e nell'interesse della p.a. La scelta del socio privato non può svolgersi al di fuori di una selezione in aderenza ai precetti del bando di gara e della lettera di invito, perché altrimenti tale scelta finisce per risolversi in una specie di individuazione sulla base del mero *intuitus personae*, elusiva dei principi di buon andamento e imparzialità dell'azione amministrativa);



sprudenza ha ritenuto la necessità del rispetto dei tempi cadenzati dall'art. 1, d.P.R. 16 settembre 1996 n. 553 (in relazione all'art. 10, d.lg. 17 marzo 1995 n. 157) in funzione della massima pubblicità e trasparenza, dovendo eventuali ragioni d'urgenza giustificanti l'abbreviazione dei termini essere puntualmente precisate nel bando di gara, e ritenendosi escluso che esse siano rimesse alla discrezionalità dell'amministrazione (16).

2. *L'art. 32 cost. come parametro del giudizio.*

Dalla struttura argomentativa della decisione in commento viene poi suggerito un secondo ordine di osservazioni, che deriva dal ruolo che nel giudizio di costituzionalità in esame è assunto dall'art. 32 cost.

La pronuncia di illegittimità della lacuna contenuta nell'art. 8, l. n. 321 del 1991, si fonda infatti, come in parte si è visto, sulla considerazione del *vulnus* che dalla mancata previsione in censura deriverebbe al diritto costituzionale alla salute.

In particolare, la Corte, in adesione a quanto prospettato dal remittente, configura la regolazione del conflitto di interessi dedotta nella disposizione impugnata correlandola strettamente alla tutela del diritto alla salute: si legge infatti nel considerato in diritto che la mancata estensione della causa di preclusione risulta irragionevole specie in quanto tale divieto « è stato posto dal legislatore proprio al fine di evitare eventuali conflitti di interessi, che possano ripercuotersi negativamente sullo svolgimento del servizio farmaceutico e, quindi, sul diritto alla salute ».

Il vizio della disposizione impugnata non sta tanto, dunque, in una mera irrazionalità rispetto al fine della disciplina legislativa, ma si concentra in un diretto contrasto con la norma costituzionale che tutela il diritto alla salute.

In tal senso, la centralità dell'art. 32 cost. nello sviluppo dell'argomentazione comporta l'ancorarsi al diritto alla salute dei presupposti che legittimano — e rendono necessaria — la pronuncia additiva: se, da un lato, la possibilità di estendere cause di incompatibilità potrebbe ritenersi in via generale da escludere, trattandosi di disposizioni che limitano il diritto di iniziativa economica privata, *ex art. 41 cost.*, e come tali, in quanto eccezionali, insuscettibili di applicazione analogica, dall'altro lato, per effetto del ruolo assegnato all'art. 32 cost., tale estensione è doverosa quando valga a colmare una lacuna costituzionalmente illegittima perché in contrasto con un altro diritto costituzionalmente tutelato.

Dal potenziale contrasto tra il diritto all'iniziativa economica privata ed il diritto alla salute deve essere tutelato il secondo, a discapito del primo, tutte le

---

Cons. St., sez. V, 3 settembre 2001 n. 4586 (secondo cui è necessario il ricorso al confronto concorrenziale anche per la scelta del socio privato di minoranza nelle società a capitale pubblico maggioritario, trattandosi di principio immanente nell'ordinamento in tutti i casi di scelta di un operatore privato chiamato a svolgere attività per conto e nell'interesse della p.a.). In dottrina, v. VILLATA, *Pubblici servizi. Discussioni e problemi*, cit.; CORVESE, *Le società miste locali con partecipazione minoritaria dell'ente pubblico: profili « particolari » della disciplina*, in *Servizi pubblici, concorrenza, diritti*, (Autori vari), Milano, 2001; SCOTTI, *Osservazioni a margine di società miste e servizi pubblici locali*, cit.; MAMELI, *La scelta del socio privato di minoranza nelle s.p.a. miste*, in *Urb. app.*, 2000, 390 ss.

(16) V., in tal senso, TAR Lombardia, Brescia, 23 giugno 2000 n. 404.

volte in cui talune cause di preclusione all'iniziativa economica si configurino come divieti posti dal legislatore per evitare conflitti di interesse che si ripercuotano negativamente sul diritto alla salute (17).

### 3. Regole e lacune sul conflitto di interessi nella gestione dei servizi pubblici.

Sviluppando *a contrario* la soluzione esposta dalla Corte si potrebbe ritenere che le situazioni di potenziale conflitto di interessi nelle *public utilities* debbano considerarsi sospette di incostituzionalità soltanto dove comportino un contrasto con un diritto costituzionalmente tutelato, essendo altrimenti da ricondurre alla discrezionalità con cui il legislatore non ha inteso comprimere la sfera della libertà di iniziativa economica.

Le eventuali lacune che vengano colte nella disciplina del conflitto o sono meramente apparenti, potendo colmarsi mediante applicazione estensiva (ma non analogica, trattandosi di norme eccezionali (18) delle espresse disposizioni vigenti, oppure possono risultare incostituzionali laddove l'omissione del legislatore integri la violazione di un diritto costituzionale.

La possibilità di colmare la mancata disciplina di un ritenuto conflitto è

(17) Può essere interessante segnalare che le società farmaceutiche parti del giudizio in esame erano già state protagoniste di una controversia rimessa alla decisione dell'Autorità garante per la concorrenza e il mercato, ed avente ad oggetto, precisamente, la possibilità di limitare l'iniziativa economica mediante la pretesa illegittima restrizione della concorrenza. Al riguardo, l'Autorità aveva ritenuto (con determinazione del 26 maggio 1999 n. 7234) che « si determina un'operazione di concentrazione di cui all'art. 5 comma 1 lett. b), l. 10 ottobre 1990 n. 287, non comportante restrizione della concorrenza, nel caso in cui una *holding* attiva a livello europeo nel settore della distribuzione all'ingrosso di prodotti farmaceutici e parafarmaceutici acquisti il controllo di una società italiana costituita da Comuni ed avente per oggetto sociale la gestione di 35 farmacie comunali di cui essi sono titolari, nonché la gestione della distribuzione all'ingrosso di specialità medicinali e prodotti parafarmaceutici, tenuto conto che, mediante l'acquisizione del controllo della società italiana, non vi è sovrapposizione di quote di mercato ma si realizza una mera sostituzione di un operatore con un altro, in quanto la *holding* straniera non era, in precedenza, operativa sul mercato italiano » (in *Rass. dir. farm.*, 2000, 115 ss.).

(18) È nota la distinzione — non accolta da tutti (contrario QUADRI, *Dell'applicazione della legge in generale*, in *Commentario del Codice civile*, a cura di SCIALOJA e BRANCA, *Disposizioni sulla legge in generale*, artt. 10-15, Bologna, 1974, 269 ss.; v. anche CAIANI, *Analogia*, in *Enc. dir.*, Milano, 1958, II, 348 ss.) — tra applicazione estensiva e interpretazione analogica: nella prima si applica la disciplina dettata per una classe di soggetti ad altri soggetti che si ritengono comunque compresi nella classe, attesa un'interpretazione allargata dei requisiti di appartenenza e dei criteri di classificazione; nella seconda, invece, « data una norma che predica una qualsiasi qualificazione normativa di un soggetto o di una classe di soggetti, si deve concludere che valga (che esista, che sia valida) una diversa norma la quale predichi quella stessa qualificazione normativa di altro soggetto o classe di soggetti, che abbia col primo soggetto o con la prima classe una somiglianza o « analogia » assunta come rilevante in ordine alla identità di disciplina giuridica ». Nel primo caso, dunque, si applica la medesima disposizione a dei soggetti che si ritengono, in forza dell'interpretazione adottata, compresi nella classe a cui essa è indirizzata; nel secondo caso, invece, si genera una nuova disposizione, dal contenuto identico alla prima, che si applica a soggetti che si ritengono non inclusi nella classe di partenza. Per la suesposta definizione dell'*analogia legis* e, in generale, sull'argomento ci si limita a rinviare, considerata la ricchissima bibliografia, a TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980, 350-355 e a BOBBIO, *L'analogia nella logica del diritto*, Torino, 1938.



circoscritta alla possibilità di interpretare estensivamente le eventuali disposizioni preclusive esistenti nella disciplina di un settore delle *utilities*, così applicandole ad un diverso settore: perché tale operazione non contrasti con il divieto di analogia delle disposizioni eccezionali, però, è necessario che si riesca ad argomentare che il secondo settore è in realtà da includersi nel primo (interpretazione estensiva), mentre non si può sostenere che tra il primo e secondo settore esista una somiglianza tale da comportare che le regole dettate per l'uno valgano anche per l'altro (interpretazione analogica). La possibilità di colmare le lacune relative al conflitto di interessi pare assai difficilmente provenire dalla disciplina dettata dal codice civile, atteso che esse si riferiscono direttamente alle persone fisiche che rivestono cariche societarie (19), e non hanno ad oggetto i limiti alla partecipazione delle società medesime in altre compagini azionarie (20).

4. *(segue): principio di imparzialità e regolazione del conflitto di interessi.*

Se da una parte va esclusa l'applicabilità delle disposizioni in materia di incompatibilità amministrative, ancora per la preclusione all'analogia delle norme eccezionali, rilievo possono invece assumere quelle disposizioni che si rivolgono ad amministrazioni o società (in quanto gestori di servizi pubblici) prescrivendo i limiti a cui esse sono soggette.

Possono essere interessate da queste disposizioni, oltre alle amministrazioni pubbliche, ad esempio le società derivanti dalla trasformazione di aziende speciali in società per azioni, ai sensi dell'art. 115, d.lg. n. 267 del 2000; oppure le società a prevalente capitale pubblico locale costituite ai sensi dell'art. 113 comma 4 lett. a), d.lg. n. 267 del 2000, come modificato dall'art. 35, l. 28 dicembre 2001 n. 448, per « la gestione delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali » connessi all'erogazione di servizi pubblici; ovvero ancora le società costituite ai sensi dell'art. 35 comma 5, l. 28 dicembre 2001 n. 448.

Può essere utile chiedersi se sussistano per tali soggetti regole di azione, di natura pubblicistica, idonee alla risoluzione di possibili conflitti di interessi.

---

(19) Ai sensi dell'art. 2391 c.c., nella formulazione antecedente la riforma di cui al d.lg. 17 gennaio 2003 n. 6, l'amministratore che, con riguardo ad una determinata operazione, si trovi in situazione di conflitto di interessi con la società deve, in primo luogo, darne informazione agli altri consiglieri ed al collegio sindacale e, ulteriormente, astenersi dal partecipare alla relativa deliberazione. Nella disciplina riformata l'espressione « conflitto di interessi » scompare dalla rubrica dell'art. 2391 c.c., ed essa viene sostituita dalla rubrica « Interessi degli amministratori »; si ritiene che ciò indichi che nel nuovo contesto normativo, ai fini dell'applicabilità dell'art. 2391 c.c., rileva anche la sola presenza di un mero interesse dell'amministratore ancorché non in conflitto con l'interesse sociale, ed anche nel caso in cui tale interesse personale sia coincidente con quello sociale. Dal nuovo testo dell'art. 2391 si evince, in particolare, che, al fine di assicurare rigorosa e puntuale trasparenza nelle operazioni che vengono compiute dall'amministratore per conto della società, la nuova disciplina prescrive a carico degli amministratori l'osservanza di una informativa circostanziata all'organo consiliare ed all'organo di controllo.

(20) Resta vero peraltro, com'è ovvio, che l'operato degli amministratori della società partecipante sarà in ogni caso soggetto alle disposizioni in materia di conflitto di interessi, le quali però comportano una verifica caso per caso e non determinano certo la preclusione della partecipazione societaria per il solo contenuto del suo oggetto sociale rispetto alla natura ed alle funzioni della società partecipata.

Il tema si intreccia con la questione circa la natura privatistica ovvero pubblicistica di tali società.

Infatti, secondo l'orientamento per cui le società di gestione dei servizi pubblici sarebbero da qualificarsi a natura interamente privatistica ne discenderebbe l'assoggettamento alla sola disciplina delle società commerciali; secondo il diverso orientamento per cui tali società dovrebbero invece considerarsi, in ragione della struttura organicamente collegata all'ente locale, un mero organo strumentale di quest'ultimo, e quindi dotate di natura pubblicistica, deriverebbe l'ulteriore sottoposizione alle regole dell'agire che valgono per le amministrazioni pubbliche.

Com'è noto, l'orientamento privatistico è stato dapprima sostenuto dalla Corte di cassazione (21), la quale ha osservato che le società in questione, anche se a prevalente partecipazione pubblica locale, rimangono soggetti di diritto privato del tutto distinti dall'amministrazione pubblica. Infatti, si è ritenuto, esaurita la fase pubblicistica con la scelta del modello organizzatorio, la possibilità di interferenza del soggetto pubblico nel campo di azione della società privata è preclusa dalla circostanza che i due soggetti operano « in sfere diverse, per fini diversi (anche se non incompatibili) e con diversi strumenti giuridici ». Da ciò consegue, concludeva la Cassazione, che, salvo il caso particolare dell'attribuzione alla società di poteri pubblicistici con correlativa trasformazione in organo indiretto della p.a., gli atti posti in essere da tali società risultano interamente privatistici, e quindi soggetti solo alle disposizioni del diritto privato.

L'orientamento pubblicistico è stato invece propugnato dalla maggioritaria giurisprudenza amministrativa (22), ed un dibattito del tutto analogo si è svolto, come ricordato, con riguardo alla natura giuridica delle società a partecipazione pubblica residuanti dal processo di privatizzazione degli enti economici.

In entrambi i casi, pare essere divenuto oggi prevalente l'orientamento pubblicistico, secondo il quale, dunque, le aziende speciali, come le società a partecipazione pubblica da ultimo ricordato, sono da considerarsi, attesi i loro caratteri di forte specialità, soggetti di diritto pubblico cui è applicabile la normativa dettata per le pubbliche amministrazioni (23).

Al consolidarsi di tale orientamento ha concorso, del resto, anche la posizione adottata dalla C. cost. 23 dicembre 1993 n. 466, secondo la quale la normativa sulla privatizzazione attribuisce alle società in questione contorni squisitamente pubblicistici, soprattutto in ragione della previsione di norme particolari, fortemente derogatorie rispetto alla disciplina societaria ordinaria,

(21) Cass., sez. un., 6 maggio 1995 n. 4989; Id. 27 marzo 1997 n. 2738.

(22) Da ultimo, Cons. St., sez. VI, 2 marzo 2001 n. 1206 e 1207; Id. 28 ottobre 1998 n. 1478; Id., sez. V, 19 febbraio 1998 n. 192. In dottrina, oltre agli autori già citati ad altro riguardo, con particolare riferimento al dibattito sulla configurabilità di un organismo di diritto pubblico delle società che gestiscono pubblici servizi a confronto con l'ordinamento comunitario v. RIGHI, *La nozione di organismo di diritto pubblico nella disciplina comunitaria degli appalti: società in mano pubblica e appalti di servizi*, in *Riv. it. dir. pubb. comunit.*, 1996, 355 ss.; SORACE, *L'ente pubblico tra diritto comunitario e diritto nazionale*, ivi, 1992, 357 ss.

(23) La posizione della giurisprudenza amministrativa si è fondata, in particolare, sul rilievo che « la società derivante dall'organismo pubblico continua ad essere affidataria della cura di rilevanti interessi pubblici la cui tutela non può risultare soppressa solo in conseguenza del mutamento della veste formale del soggetto giuridico che per il resto mantiene inalterate le proprie funzioni e quindi la propria connotazione pubblicistica »: Cons. St., sez. VI, 20 maggio 1995 n. 498.



in tema di diritti dell'azionista, di patti sociali, di poteri speciali, di clausole di gradimento, di *quorum* deliberativi, e così via.

Paiono condurre alla medesima conclusione sia l'analisi dell'ordinamento comunitario (24), sia le recenti indicazioni provenienti sul punto dalla recente normativa nazionale (25).

Se dunque si ritiene di aderire all'orientamento attualmente maggioritario (26), non solo le società derivanti dalla trasformazione delle aziende speciali, ma, in generale, tutte le società a (prevalente) partecipazione pubblica dotate dei particolari caratteri speciali rispetto alle ordinarie società di diritto privato e che, in relazione a tali caratteri e per la speciale funzione ad esse assegnata dalle norme che ne hanno previsto la costituzione, risultino affidatarie della cura di rilevanti interessi pubblici sono da considerarsi a natura pubblicistica e come tali assoggettate alle norme di diritto pubblico dettate per l'agire delle pubbliche amministrazioni.

---

(24) Posto, infatti, che il Trattato di Maastricht ha rafforzato il carattere sovranazionale cogente dell'ordinamento giuridico dell'Unione europea, da cui l'efficacia vincolante, comportante il dovere di conformazione e di adeguamento, che le norme della specie assumono nei confronti dell'ordinamento statale, va osservato che per il diritto comunitario (direttive CEE n. 92/50 n. 93/38 e n. 98/4, in materia di appalti pubblici di servizi) le s.p.a. in argomento sono considerate organismi pubblici, individuandosi il tratto caratterizzante di essi in una serie di requisiti, tra i quali rilevano: il possesso della personalità giuridica, il fine perseguito di soddisfacimento di interessi generali non aventi carattere industriale o commerciale, il finanziamento, in modo maggioritario, della loro attività da parte dello Stato o di altri enti pubblici. Con riguardo alla possibilità di conciliare, a tal fine, il predetto requisito delle finalità prive di caratteri industriali o commerciali con la natura del servizio v. le argomentazioni ora sviluppate da CASALINI, *L'organismo di diritto pubblico e la gestione in house*, Napoli, 2003.

(25) Il d.lg. 9 ottobre 2002 n. 231, in materia di pagamenti nelle transazioni commerciali, ha elaborato una definizione chiara ed esauriente di pubblica amministrazione nella quale possono rientrare le società in questione: in base a tale nozione rientrano nel concetto di pubblica amministrazione: le amministrazioni dello Stato, le regioni, le province autonome di Trento e di Bolzano, gli enti pubblici territoriali e le loro unioni, gli enti pubblici non economici, nonché ogni altro organismo dotato di personalità giuridica, istituito per soddisfare specifiche finalità di interesse generale non aventi carattere industriale o commerciale, la cui attività è finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dalle regioni, dagli enti locali, da altri enti pubblici o organismi di diritto pubblico, o la cui gestione è sottoposta al loro controllo o i cui organi d'amministrazione, di direzione o di vigilanza sono costituiti, almeno per la metà, da componenti designati dai medesimi soggetti pubblici.

(26) A cui pare ormai aderire anche la Cassazione, da ultimo: Cass., sez. un., 9 ottobre 2001 n. 12367. Deve al riguardo segnalarsi anche l'interessante orientamento (poi in parte disatteso dal legislatore) manifestato da Cons. St., sez. V, 3 settembre 2001 n. 4586, che, in tema di legittimazione extraterritoriale delle società miste a confronto con la loro capacità imprenditoriale, ha espressamente rinunciato a stabilire una definitiva regola (e, a monte, una relativa qualificazione) per le società miste, mortificandone l'uno o l'altro dei tratti caratterizzanti, ed ha provveduto invece ad identificare un criterio valutativo costituito dal riscontro di non incompatibilità tra lo svolgimento di attività *extra moenia* e il perseguimento dei fini istituzionali della società di gestione. I confini di esercizio (e quegli stessi di identità) della capacità imprenditoriale dei gestori di servizi pubblici vengono così differenziati, legandoli tanto alla specifica natura del modello organizzativo quanto al particolare grado di funzionalizzazione, attenuato ma persistente, della società mista. Per un commento a tale orientamento v. SCOTTI, *Società miste, legittimazione extraterritoriale e capacità imprenditoriale*, cit.

Di qui, la conseguenza per cui la natura pubblicistica implica la sottoposizione ai principi generali dell'agire amministrativo, tra cui è compreso, per quanto interessa, il dovere di imparzialità.

Il principio di imparzialità, esplicitamente sancito dagli art. 3 e 97 cost., stabilisce per l'amministrazione un obbligo che, come ha illustrato autorevole dottrina, attiene all'intera attività amministrativa, e quindi costituisce un criterio-guida per ogni atto o comportamento amministrativo (27).

Aderendo a questa prospettiva, ne deriva che l'imparzialità per l'amministrazione si traduce soprattutto nel dovere di equidistanza tra i vari molteplici soggetti pubblici e privati che vengono in contatto con l'attività amministrativa, e ciò in funzione della necessaria prevalenza dell'interesse pubblico conseguente alla approfondita ponderazione di tutte le posizioni di quanti vantano nei confronti dell'amministrazione posizioni giuridiche soggettive.

Il principio di imparzialità, tuttavia, non contiene soltanto un divieto; esso si traduce anche nel dovere positivo a che il procedimento attraverso cui l'amministrazione addiviene alla delibera (nella specie, l'affidamento dell'incarico) sia il più completo possibile e sia adeguatamente e logicamente motivato, rendendo trasparente l'identificazione e la valutazione di tutti gli interessi coinvolti in modo che la scelta finale appaia in modo sicuro risultato coerente e consapevole di una piena rappresentazione degli interessi in rilievo (28).

Le considerazioni che precedono valgono naturalmente, *a fortiori*, per l'ipotesi in cui un conflitto di interessi rischi di prodursi in capo a soggetti pubblici quali gestori diretti del pubblico servizio, posto che una recentissima giurisprudenza ritiene tale la p.a. che gestisce il servizio per il tramite di una società mista pubblico-privata (29).

##### 5. (segue): diritto dei servizi pubblici e argomentazione per principi.

Soluzioni appropriate per la risoluzione dei conflitti di interessi nella gestione delle *public utilities* potrebbero infine ricavarsi dalla valorizzazione della fortunata teoria dei principi come disciplina giuridica del pubblico servizio. Secondo l'impostazione seguita da questa teoria, dalla lettura sia della normativa nazionale che della documentazione comunitaria si può rinvenire « l'esistenza di principi idonei a disciplinare i servizi dell'amministrazione pubblica anche in assenza di specifiche norme » (30).

In particolare, dal ruolo assegnato a tali principi dalle disposizioni nazionali

---

(27) Si rinvia, sul punto, ai tradizionali contributi di CANNADA BARTOLI, *Imparzialità e buon andamento in tema di scrutini di merito comparati*, in questa *Rivista*, 1964, II, 72 ss.; NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, 1966.; SANDULLI, *Governo e amministrazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1966, 760 ss.; sull'imparzialità v., da ultimo, GARDINI, *L'imparzialità amministrativa tra indirizzo e gestione*, Milano, 2003.

(28) Questa impostazione risale, in particolare, a CERRI, *Imparzialità ed indirizzo politico nella pubblica amministrazione*, Padova, 1972; nella recente giurisprudenza alcuni spunti si trovano in TAR Emilia-Romagna, 11 giugno 2002 n. 353, in questa *Rivista-TAR*, 2002, 2431 ss., con nota di LEONARDI, *Il principio dell'imparzialità come fine dell'agire discrezionale del Comune nel rilascio delle licenze taxi*.

(29) Cfr. Cons. St., sez. V, 30 giugno 2003 n. 3864, secondo cui « l'affidamento di servizi pubblici locali ad una s.p.a. a capitale misto, appositamente costituita dall'ente locale, va qualificato come gestione diretta del servizio da parte dell'ente locale ».

(30) CAVALLO PERIN, *I principi come disciplina giuridica del pubblico servizio tra*



emerge che essi possono intendersi come « limite normativo della [...] fase di esecuzione delle prestazioni alle quali è tenuto il gestore del servizio pubblico ». Ne deriva la possibilità di individuare, attraverso i principi, « vere e proprie norme imperative dell'obbligazione di servizio pubblico » (31).

Di qui, la scelta del diritto positivo di selezionare taluni principi per la regolazione dei pubblici servizi viene messa in relazione con la possibilità che mediante tali principi si giunga alla individuazione di una disciplina della fase di esecuzione delle obbligazioni del gestore (32); disciplina, sembra di potersi concludere, che può apparire idonea ad integrare anche quelle lacune normative che si manifestino in materia di regolamentazione del conflitto di interessi.

È in tal modo che l'argomentazione dai principi che compongono il diritto dei servizi pubblici potrebbe fornire soluzioni per tale regolamentazione.

E, al riguardo, i principi di uguaglianza, proporzionalità, imparzialità e trasparenza appaiono opportunamente articolati nel loro contenuto (33) e possono costituire, anche in materia di conflitto di interessi nella gestione dei servizi pubblici, una fonte per l'*analogia iuris*.

LUCA GENINATTI SATÈ

---

*ordinamento interno e ordinamento europeo*, in *Scritti in onore di Elio Casetta*, Napoli, 2001, 963 ss. (e anche in *Dir. amm.*, 2000, 41 ss.).

(31) CAVALLO PERIN, *op. ult. cit.*, 981.

(32) CAVALLO PERIN, *op. ult. cit.*, 981 s..

(33) Puntualmente illustrato in CAVALLO PERIN, *op. ult. cit.*, 985 ss.