



Soccorso istruttorio

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. IV - sentenza 25 maggio 2015 n. 2589 Pres. Giaccardi, Est. Sabatino

1. L'eventuale qualificazione come dichiarazione non veritiera o mendacio è una qualificazione giuridica che riguarda un momento giuridicamente successivo, ossia quello della valutazione dell'ordinamento sull'intento che ha mosso la parte, e non vale a escludere la rilevanza in sé della situazione a monte ai dell'art. 38, co. 2 bis d.lg. 163/2006.

2. La mancata indicazione da parte dell'appellante dell'esistenza di un fatto rilevante ai fini dell'art. 38, comma 1 lett. f), del D.Lgs. n. 163 del 2006 imponeva all'amministrazione l'attivazione dei doveri di soccorso di cui al comma 2 bis dello stesso articolo, evenienza concretamente non verificatasi.

(1) Cfr. Cons. Stato, Ad. Pl., sentenza 30 luglio 2014 n. 16, Cons. Stato, Ad. Plen., sentenza 27 aprile 2015 n. 5.

Elemento soggettivo del reato

Corte di Cassazione, sez. I Penale, sentenza 30 aprile 2015, n. 18212, Pres. Cortese, Rel. Bonito

La S.C., ribadendo il principio già affermato dalle SS.UU. con sentenza n. 33343 del 24/04/2014, afferma che "il dolo intenzionale è solitamente ricollegato alla

circostanza che la rappresentazione del verificarsi del fatto di reato rientra nella serie di scopi in vista dei quali il soggetto si determina alla condotta e l'agente persegue, appunto, intenzionalmente quale scopo finalistico della propria azione od omissione un risultato certo, probabile o solo possibile; quando cioè ha di mira proprio la realizzazione della condotta criminosa (reati di azione) ovvero la causazione dell'evento (reati di evento); - si ha dolo diretto quando la volontà non si dirige verso l'evento tipico e tuttavia l'agente si rappresenta come conseguenza certa o altamente probabile della propria condotta un risultato che però non persegue intenzionalmente; - il dolo eventuale designa l'area dell'imputazione soggettiva in cui l'evento non costituisce l'esito finalistico della condotta, né è previsto come conseguenza certa o altamente probabile, rappresentandosi l'agente un possibile risultato della sua condotta e ciononostante inducendosi ad agire accettando la prospettiva che l'accadimento abbia luogo. Il dolo eventuale è compatibile con il dolo alternativo ma per escludere la ricorrenza del dolo eventuale non è sufficiente il riferimento alla ricorrenza del dolo alternativo, occorrendo, ulteriormente, nell'ambito di tale ultima figura, stabilire, in relazione alla fattispecie stessa, in quale forma di dolo (eventuale, diretto o intenzionale) essa si estrinsechi."

La rilevanza del tempo nel reato

La rilevanza del tempo nel reato, con particolare riguardo al delitto tentato e senza tralasciare l'ipotesi in cui la condotta criminosa si sia svolta sotto la continua sorveglianza della persona offesa.

*di A.A.**

Il tempo esercita una profonda influenza sul complessivo ordinamento giuridico, come traspare già da una analisi superficiale del diritto costituzionale (ad es. artt. 77 co. 2-3 Cost.), del diritto amministrativo (ad es. la disciplina del silenzio) e del diritto civile (sul punto emblematica la disciplina della prescrizione, della decadenza e del termine).

Anche nel diritto penale lo scorrere del tempo incide, in modo più o meno pregnante, a seconda dei fenomeni di volta in volta analizzati.

Di certo, il fattore in esame si ripercuote sul regime della prescrizione del reato (artt. 157 ss. c.p.) e della estinzione della pena (art. 172 c.p.), istituti che precludono l'intervento del diritto penale a causa dell'affievolirsi delle esigenze di difesa sociale sottese alla sanzione.

Stabilire con precisione il momento di realizzazione della condotta risulta di fondamentale importanza per individuare la legge penale da applicare al caso concreto, come emerge dall'art. 25 co. 2 Cost. e dall'art. 2 c.p.

Gli effetti del tempo di dipanano anche in sede processuale.

Sul punto basta annoverare la nozione di "stato di flagranza" di cui all'art. 382 c.p.p., e le diverse conseguenze connesse alla natura permanente del reato (art. 382 co. 2 c.p.p.).

Alle volte, la previsione di un termine contribuisce persino a delineare-tratteggiare gli ambiti operativi di alcune fattispecie delittuose (ad es. art.323 co. 2 c.p.), e di alcune cause di esclusione della punibilità, come nel caso di cui all'art. 387 co. 2 c.p., in forza del quale si esclude l'applicazione della sanzione per un fatto tipico, antiggiuridico e colpevole se «nel termine di tre mesi» dall'evasione, il colpevole procura la cattura dell'evaso.

Il tempo costituisce, altresì, un valido criterio classificatorio del reato, che si distingue in istantaneo, permanente, abituale, e continuato.

Il primo si configura quando il fatto tipico integra ed esaurisce l'offesa. Si pensi, ad esempio, al delitto di omicidio in cui la lesione si esaurisce nel momento di verifica della morte.

Il reato permanente, invece, si caratterizza per la realizzazione di una condotta (attiva e/o omissiva) volontaria protratta per un determinato lasso temporale, da cui deriva la dilatazione del momento consumativo dell'illecito, con consequenziale perpetrazione dell'offesa all'interesse giuridico protetto dalla disposizione penale.

Abituale si definisce il reato per la cui verifica occorre il compimento di una pluralità di condotte. A seconda che ciascuna azione od omissione configuri o meno un'autonoma fattispecie criminosa, si distinguono reati abituali impropri (v. art. 564 co. c.p.) e propri (paradigmatico l'esempio del reato di sfruttamento della prostituzione, ex art. 3, n. 8, l 75 del 1958).

Infine, il Legislatore considera continuato il reato quando l'agente con più azioni od omissioni, esecutive del medesimo disegno criminoso, commette anche in tempi diversi più violazioni della stessa o di diverse disposizioni di legge (art. 81 co 2 c.p.).

A ben vedere, il fattore tempo influenza anche la categoria dei reati omissivi,

come emerge ove si consideri che solo la precisa individuazione del momento in cui sorge il dovere di agire, consente di ritagliare nel dettaglio gli ambiti operativi della fattispecie omissiva.

Ulteriori riflessi, seppur in forma indiretta, si registrano(emergono) in merito alla portata applicativa della legittima difesa e dello stato di necessità. Una nozione di consumazione del reato più o meno estesa provoca ricadute sull'elemento "attualità del pericolo", con consequenziale dilatazione (ovvero restringimento) dell'ambito applicativo delle cause di giustificazione testé menzionate.

Un istituto sul quale la corretta scansione temporale incide in modo del tutto peculiare, di certo, è rappresentato dal delitto tentato che, come noto, appare inscindibilmente legato all'iter criminis.

Si tratta di un profilo delicato, capace di determinare una estensione ovvero una riduzione dell'area del legittimo ricorso allo strumento penale.

In altri termini, fotografare nel dettaglio le fasi in cui si scompone il reato, risulta momento prodromico rispetto alla precisa perimetrazione della effettiva rilevanza del delitto tentato in materia penale.

Per offrire una esaustiva ed adeguata risposta alla questione, sono state elaborate principalmente due teorie.

Secondo l'impostazione maggioritaria è possibile frazionare il reato in quattro fasi.

L'ideazione, fase non punibile in omaggio al principio cogitationis poenam nemo patitur, durante la quale il soggetto si rappresenta il reato.

La preparazione, fase eventuale ed incompatibile con i reati d'impeto, durante la quale il soggetto programma e si attiva per recuperare gli strumenti funzionali alla realizzazione del progetto criminoso. L'esecuzione che coincide con il momento in cui il soggetto inserisce (ovvero omette di inserire) nella realtà fattuale le energie causali necessarie al completamento della condotta ovvero alla verifica dell'evento.

La consumazione, infine, rappresenta la fase in cui la fattispecie concreta soddisfa tutti i requisiti richiesti dalla disposizione penale di parte speciale.

Altri Autori, dopo la fase della esecuzione, ritengono più corretto distinguere la fase del perfezionamento del reato da quella della definitiva consumazione.

In particolare, il reato si considera perfetto nel momento in cui il fatto commesso soddisfa tutti i requisiti indicati nella norma violata. La consumazione, invece, coincide con l'ultimo atto offensivo posto in essere dall'agente, momento in cui il reato raggiunge la massima gravità.

Emblematico il caso del delitto di lesioni, che si perfeziona nell'attimo in cui viene

inferto il primo colpo alla vittima e si consuma con l'ultimo colpo assestato al soggetto passivo.

Aderire all'una o all'altra lettura non è priva di effetti; anzi, influisce profondamente sulla complessiva ricostruzione del delitto tentato.

In effetti, a seconda della impostazione accolta, muta l'ultimo momento utile per la configurazione del tentativo penalmente rilevante, che viene rintracciato rispettivamente nel perfezionamento ovvero nella consumazione del delitto.

Palesi, dunque, i risvolti che sul corretto inquadramento dell'istituto di cui all'art. 56 c.p. determina la nozione di consumazione: più si delimita il momento consumativo del reato, maggiore saranno gli spazi applicativi del delitto tentato (e minore l'area di rilevanza del delitto consumato).

Viceversa, estendere l'area della consumazione, significa ridurre il ricorso all'art. 56 c.p., con consequenziale espansione degli spazi per il delitto consumato, e relativa applicazione di sanzioni più severe.

La particolare attenzione dimostrata alla questione in esame si giustifica facilmente ove si consideri che, ritagliare con precisione l'ambito operativo della disposizione sul conato, produce plurime ricadute sull'ordinamento penale nel suo complesso. In particolare, a) contribuisce a tratteggiare il limite generale valido per l'intervento del diritto penale, ad eccezione delle singole ipotesi di parte speciale incriminatrici di atti preparatori che trovano loro legittimazione nell'art. 115 c.p.; b) consente di evitare la criminalizzazione di condotte non offensive di interessi meritevoli di tutela; c) favorisce una ragionevole e proporzionata risposta sanzionatoria.

L'intensa relazione tra delitto tentato, tempo e consumazione traspare, tra l'altro, dalla analisi di ulteriori tre profili.

Il riferimento è, in particolare, alla compatibilità tra l'istituto di cui all'art. 56 c.p. e i diversi tipi di reato classificati in base al tempo, alla disciplina della desistenza del partecipe nel concorso di persone nel reato, e, da ultimo, alla incidenza del tempo sulla configurazione-ricostruzione del tentativo di furto e di rapina.

In merito alla prima questione (tentativo e reati classificati in base al tempo) appare preferibile procedere ad un esame separato delle diverse ipotesi delittuose in precedenza menzionate.

Nessun dubbio sorge circa la compatibilità tra reati istantanei e tentativo.

Motivate perplessità sono emerse con riguardo ai reati unisussistenti, che si perfezionano con la realizzazione di un unico atto (v. ingiuria verbale).

Secondo una prima lettura, essi sono strutturalmente incompatibili con la fattispecie di cui all'art. 56 c.p., poiché la condotta, se realizzata, non è

frazionabile e consuma ex se il reato.

Altri, invece, non intravedono ragioni ostative circa la configurabilità del tentativo di tali ipotesi delittuose nella sola forma del tentativo perfetto.

Nessuna perplessità, invece, evoca il rapporto tra conato e reato permanente.

Certamente più complessi si presentano i rapporti tra tentativo e reati abituali propri ed impropri.

I primi sono considerati strutturalmente non configurabili nelle forma del conato a causa della irrilevanza penale delle singole condotte autonomamente analizzate. Tuttavia, non manca chi ritiene anche in questo caso configurabile il delitto tentato, se l'ultima condotta non giunge a consumazione per fattori estranei alla volontà del soggetto attivo.

Nessuna perplessità residua circa il tentativo con riguardo ai singoli fatti di reato che contribuiscono a realizzare il reato abituale improprio.

Il tempo e la consumazione si ripercuotono (dipanano effetti) anche sulla disciplina della desistenza del partecipe nel concorso di persone nel reato.

Secondo l'impostazione fin oggi maggioritaria nella giurisprudenza di legittimità, la condotta del partecipe non esecutore si considera penalmente irrilevante solo se concorrono alcune condizioni. In particolare, si richiede che l'intervento prevenga-anticipi la consumazione della fattispecie di reato, che venga eliminato il contributo causale apportato ed, infine, che sia idoneo ad evitare la realizzazione del dell'illecito penale programmato.

La rilevanza del tempo e la corretta individuazione del passaggio dalla fase della esecuzione a quella della consumazione influenzano anche la definizione dell'alveo applicativo del tentativo di furto e di rapina.

Si tratta di una questione controversa, come traspare dalla lettura dell'alternarsi di ricostruzioni differenti elaborate in sede applicativa e dottrinale.

Il delitto di furto, previsto ai sensi dell'art. 624 c.p., è stato inserito nel codice Rocco per garantire l'integrità del patrimonio del soggetto passivo, e per tutelare la relazione che lega persona e res (sul punto, v. SS.UU. relative all'aggravante del mezzo fraudolento).

Rappresenta un reato comune di evento a dolo specifico, per la cui configurazione è richiesta la sottrazione e l'impossessamento della cosa mobile altrui.

La lettera della disposizione non scandisce in modo puntuale il momento in cui si consuma il delitto de quo, e ciò si riverbera proprio sul profilo applicativo della fattispecie, in particolare, sui confini del tentativo.

Sicché all'interprete è demandato il compito di enucleare criteri affidabili, cui ricorrere per stabilire in quale momento si registra il passaggio dalla fase della

esecuzione a quella della consumazione del reato in esame.

Secondo un orientamento particolarmente restrittivo, il delitto di furto si consuma con la semplice sottrazione della cosa, che, a ben vedere, equivale all'impossessamento. Si tratterebbe di due concetti che designano il medesimo fenomeno (sovrapponibili), rispettivamente dal punto di vista del soggetto passivo e di quello attivo.

Così inteso, l'impossessamento coincide con la mera perdita della detenzione(sottrazione) della res, a nulla rilevando la perdita del potere di controllo e vigilanza da parte del legittimo detentore.

Evidenti le ripercussioni di questa lettura in materia di tentativo.

Si registra una indebita compressione degli spazi riservati alla applicazione del combinato disposto di cui agli artt. 624-56 c.p., con più facile ricorso all'applicazione di sanzioni più severe previste per il reato consumato

L'impostazione oggi maggioritaria in dottrina e giurisprudenza, invece, distingue i due concetti, pur mettendo ben in evidenza che in alcuni casi possono coincidere.

La sottrazione si verifica con lo spossessamento del soggetto passivo, mentre l'impossessamento si determina con l'esercizio del potere di signoria sulla res sottratta da parte dell'autore del fatto.

Le SS.UU. sembrano condividere questa impostazione, l'unica in grado di garantire una interpretazione teleologicamente orientata ai valori costituzionali della disposizione.

Il momento che segna il passaggio definitivo dalla fase della esecuzione a quello della consumazione viene così rintracciato nell'impossessamento, che si verifica con la perdita del potere di controllo e di sorveglianza sulla cosa oggetto della condotta furtiva.

Pertanto, fino a quando il legittimo detentore esercita la signoria sulla res, il reato non si consuma e, di conseguenza, si aprono spazi applicativi per il delitto di furto nella sola forma del tentativo.

Si tratta di una lettura fondata su solide opzioni ermeneutiche. Il codice Rocco, diversamente dall'art. 402 c.p. Zanardelli, non recepisce il criterio spaziale elaborato dalla teoria della amotio, bensì il criterio funzionale o personale della sottrazione. Inoltre, in coerenza con il percorso di valorizzazione del principio di offensività, si precisa che il reato di furto può essere considerato definitivamente consumato solo quando la condotta realizzi la effettiva lesione al bene giuridico tutelato dalla norma violata, lesione che di certo non si registra nel momento della mera sottrazione della cosa.

Le considerazioni della recente giurisprudenza di legittimità, in definitiva,

conducono ad una espansione dello spazio operativo del delitto tentato di furto, con consequenziale ridimensionamento dell'ambito riservato alla applicazione del delitto di furto consumato.

Tuttavia, l'interpretazione incentrata sulla perdita del potere di sorveglianza non può essere adattata in modo automatico anche al "simile" delitto di rapina.

Il particolare disvalore del reato plurioffensivo di cui all'art. 628 c.p. induce i Giudici ad orientarsi in modo parzialmente difforme circa la individuazione del momento consumativo del reato de quo.

Per la fattispecie in esame (diversamente dal furto) la mera sottrazione viene considerata sufficiente a determinare la perdita di sorveglianza sulla cosa, e ciò a causa della riconosciuta potenzialità aggressiva della condotta dell'agente, capace di ledere contestualmente il patrimonio e la libertà di autodeterminazione del soggetto passivo.

Di tutta evidenza le ricadute di questa lettura sullo spazio operativo della norma in esame. Accontentarsi per la configurazione del delitto di rapina dello spossessamento, prescindendo dallo effettivo esercizio del potere di sorveglianza, significa estendere l'ambito applicativo nelle forme del delitto consumato, a discapito dello spazio riservato al tentativo. Occorre, altresì, precisare che questa impostazione più restrittiva si giustifica ove si consideri che, diversamente da quanto accade nel furto, nel caso della rapina «la modalità violenta o minacciosa dell'azione non lascia alla vittima alcuna possibilità di esercitare la sorveglianza sulla res (Cass. Sez. Un., 12 settembre, n. 34952).

La breve ricostruzione delle tematiche finora affrontate, in definitiva, lascia trasparire un quadro connotato da forti tentennamenti giurisprudenziali, favoriti da disposizioni redatte in modo poco puntuale, che, nonostante l'encomiabile sforzo della giurisprudenza e della dottrina, rischiano di alimentare ulteriori ripensamenti in sede applicativa, con relativa violazione dei principi di legalità, offensività, proporzionalità, eguaglianza ed obbligatorietà dell'azione penale.

Auspicabile, dunque, un immediato intervento legislativo con cui tratteggiare, in omaggio al principio di determinatezza/tassatività, gli elementi strutturali di due tra le fattispecie più applicate dell'attuale diritto penale.

* Il presente elaborato è stato redatto al corso di preparazione al concorso in magistratura, coordinato dal dott. Maurizio Santise, ed è stato integrato e adattato per esigenze editoriali, senza, tuttavia, alterarne la sostanza.

L'affidamento diretto

Modelli derogatori per la scelta del contraente: l'affidamento diretto nelle more del recepimento delle direttive UE

Autonomia normativa, criticità e flessibilizzazione dell' "in house providing"

di Vinicio Brigante.

SOMMARIO: 1. Affidamento in house: lacune legislative e prospettive di semplificazione 2. Direttive UE: autonomia normativa dell'istituto o vera e propria "rivoluzione copernicana"? 3. Consiglio di Stato 298/2015; il "nuovo" affidamento diretto trova cittadinanza nel nostro ordinamento

1. Affidamento in house: lacune legislative e prospettive di semplificazione

Nell'articolato e multiforme panorama delle società pubbliche, che ha indotto autorevole dottrina a parlare di "soggettività pubblica a geometria variabile", si innesta il fenomeno dell'in house providing, espressione del più ampio principio comunitario di autonomia istituzionale, in forza del quale è consentito alle PA di costituire una società priva di soggettività, un unicum nel sistema.

L'emancipazione della dissertazione giuridica "dai pantani della soggettività", che appare un'acquisizione nel diritto civile, come dimostrato dai recenti impulsi ermeneutici in tema di condominio e di tutela del concepito, risulta una tendenza quanto mai rilevante anche nel diritto amministrativo.

"Un conto è una tendenza, altro conto è un'acquisizione", in quanto è opportuno coordinare il principio della neutralità delle forme giuridiche soggettive, scindendo la forma dalla sostanza causale, con una branca ordinamentale pervasa dal principio di legalità, nelle prospettive del prisma delineato dell'ordinamento comunitario.

Appare opportuno tracciare le ragioni sottese alla genesi dell'istituto in questione,

le caratteristiche peculiari dello stesso, tema affrontato da una recente pronuncia della Corte di Cassazione a Sezioni Unite e analizzare l'intuitivo fallimento dello schema giuridico originario dell' in house che ha reso necessario l'intervento del legislatore comunitario, che ha condotto all'emanazione delle direttive 2014/23, 2014/24 e 2014/25 del Parlamento Europeo e del Consiglio, pubblicate sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea il 28 marzo 2014.

L'art.106.2, del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea, sottopone le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale "alle regole di concorrenza", equiparando il valore di queste ultime alle norme del trattato stesso .

L'affidamento in house configura una palese deroga alla regola della massima apertura al mercato ed è causata, e in parte legittimata, dai cd. casi di fallimento del mercato , fattispecie nelle quali "le particolari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento non permettono un efficace e utile ricorso al mercato" .

Nello specifico, per la sussistenza dei requisiti di necessità e utilità, quali condizioni necessarie per la scelta dell'affidamento diretto, deve essere anticipatamente compiuta un'indagine, tesa a verificare l'eventuale presenza di operatori, in grado di offrire i servizi oggetto di affidamento e, la PA deve dimostrare di aver effettuato una valutazione comparativa, in previsione, tra la scelta dell'affidamento diretto e una proiezione realistica dell'andamento della gara pubblica .

In altri termini, l'affidamento in house non si pone in termini di contrapposizione con il libero mercato, ma è "un istituto collocato al di là del confine che segna il territorio della concorrenza, in quanto modello che giustifica affidamenti diretti di compiti disattivando la logica della competizione e del mercato" .

Inoltre, il carattere di eccezionalità e il disfavore ordinamentale nei confronti dell'affidamento in house è indotto da un dato legislativo, rinvenibile nella testo della legge 111/2011, che prevede un meccanismo premiale per gli enti pubblici, operando una divisione degli stessi in classi, in base a un giudizio di virtuosità, fondato sulla valutazione ponderata di diversi fattori; contestualmente la gestione delle società in house è stata assoggettata alle regole del Patto di stabilità interno .

In tale prospettiva, come rilevato dalla sentenza della Corte Costituzionale, numero 46/2013, ai fini dell'individuazione dei parametri de qua, risultano più virtuosi gli enti che si conformano alle indicazioni del legislatore statale nell'affidamento dei servizi pubblici locali tramite gare ad evidenza pubblica; la

predilezione per l'evidenza pubblica rileva ai fini dell'erogazione da parte dello Stato di finanziamenti diretti agli enti maggiormente virtuosi .

Appare evidente la presenza di un meccanismo dissuasivo, volto a indurre la PA a privilegiare, nelle modalità di scelta del soggetto privato affidatario del servizio, le procedure ad evidenza pubblica.

La società in house, pur rappresentando un istituto di matrice eminentemente giurisprudenziale , non ha tardato ad acquisire rilevanza anche nella legislazione nazionale.

Ai sensi dell'art.113, comma 4, del T.U.E.L., d.lgs. 267/2000, in presenza di determinate condizioni, è consentito l'affidamento di servizi pubblici a società di capitali, costituite per quel determinato scopo, e partecipate totalmente da soci pubblici, pervenendo a una c.d. internalizzazione del servizio stesso.

I noti connotati qualificanti della società in house sono, o forse erano alla luce delle recenti direttive, rappresentati dalla natura esclusivamente pubblica dei soci, dallo svolgimento dell'attività sociale diretta in prevalenza a favore dei soci stessi e la sottoposizione della società medesima ad un controllo corrispondente a quello esercitato dagli enti pubblici sui relativi uffici.

Le caratteristiche descritte rendono evidente l'anomalia del fenomeno dell' in house nel panorama del diritto societario .

La crisi della soggettività si manifesta in maniera palese nelle parole della Suprema Corte: "l'uso del vocabolo società serve solo a significare che, ove manchino più specifiche disposizioni di segno contrario, il paradigma organizzativo va desunto dal modello societario; ma di una società, intesa come persona giuridica autonoma cui corrisponda un autonomo centro decisionale e di cui sia possibile individuare un interesse suo proprio, non è possibile parlare" .

Non è pertanto ravvisabile, nell'istituto in questione, un rapporto di terzietà tra ente pubblico e gestore, in quanto l'affidatario è un soggetto solo formalmente distinto dall'amministrazione, che su di esso esercita un'influenza tale da far ritenere l'affidatario medesimo una longa manus della PA.

L'affidamento in house si configura in termini di modello organizzativo, nel quale la PA esegue la prestazione di servizi lavori e forniture mediante lo svolgimento di un'attività interna, contrapponendo il modello in esame a quello dell'outsourcing , nel quale, in ottemperanza al principio di libera concorrenza, si perviene a una esternalizzazione dell'attività da svolgere .

Il carattere derogatorio ed eccezionale del ricorso all'istituto in questione, affermato da autorevole giurisprudenza interna , è stato confermato da una recente sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea .

Tuttavia il Consiglio di Stato, in un recente arresto giurisprudenziale , quantomeno minoritario, configura la modalità dell'affidamento in house quale una delle tre ordinarie forme organizzative in tema di gestione dei servizi pubblici locali.

“La decisione di un ente, in ordine alla concreta gestione dei servizi pubblici locali, ivi compresa quella di avvalersi dell'affidamento diretto, costituisce frutto di una scelta ampiamente discrezionale che deve essere adeguatamente motivata circa le ragioni di fatto e di convenienza che la giustificano e che, come tale, sfugge al sindacato di legittimità del giudice amministrativo, salvo che non sia manifestamente inficiata da illogicità, irragionevolezza, irrazionalità ed arbitrarietà ovvero non sia fondata su di un altrettanto macroscopico travisamento dei fatti”.

In questa singolare pronuncia, il Consiglio di Stato, “lungi dal configurare l'affidamento diretto quale ipotesi eccezionale e residuale di affidamento dei servizi pubblici locali”, equipara lo stesso, in punto di scelta della gestione del servizio, alla gara ad evidenza pubblica e al cd. partenariato pubblico-privato .

La pronuncia si pone nel solco ermeneutico, tracciato dalla sentenza della Corte Costituzionale, numero 199 del 2012, che aveva dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art.4, d.l. 138/2011, in seguito modificato e convertito, che aveva previsto l'ammissibilità dell' affidamento in house per i soli servizi il cui valore complessivo non avesse superato i 200.000 euro.

La pronuncia in esame aveva osservato come la norma abrogata si caratterizzasse per le eccessive limitazioni poste alla scelta dell'affidamento diretto rispetto al livello minimo, stabilito dalle regole concorrenziali comunitarie.

Ad opinione della Corte Costituzionale, il decreto legge era volto a rendere remota l'ipotesi di affidamento diretto dei servizi in maniera smisurata, ancorando la scelta del ricorso all'in house providing al rispetto di una soglia commisurata al valore dei servizi stessi, “a prescindere da qualsivoglia valutazione discrezionale dell'ente affidatario”.

Nonostante la declaratoria di incostituzionalità e la richiamata sentenza del Consiglio di Stato, come rilevato da autorevole dottrina , l'affidamento diretto ha carattere spiccatamente derogatorio “che consente e non obbliga, i legislatori nazionali a prevedere tale forma di affidamento” .

Le società in house non può pertanto essere considerata un'alternativa generale al mercato, ma rappresenta una modalità di affidamento di carattere eccezionale, cui fare appello solo qualora il ricorso al mercato non possa condurre a risultati soddisfacenti .

La tutela della concorrenza rappresenta uno dei principali obiettivi perseguiti del Trattato dell'Unione Europea, soprattutto in relazione al mondo delle commesse pubbliche e, secondo una recente costruzione dottrinale, assume altresì rilievo costituzionale .

Il principio, secondo il quale "l'affidamento diretto costituisce eccezione di stretta interpretazione al sistema ordinario della gare e, in secondo luogo, deve rispondere a ben precisi presupposti, in assenza dei quali l'affidamento è idoneo a turbare la "par condicio competitorum" , non appare pertanto incrinato.

Rilievo nodale avrà, nel nostro ordinamento, il recepimento delle direttive UE del 26/02/2014, che, prima facie, stravolgono alcuni aspetti cardine dell'istituto.

Nell'ambito dei lavori parlamentari, per l'esame del ddl 1678/2014 (delega recepimento direttive appalti), in seno alla VIII Commissione dei lavori pubblici, l'audizione del presidente dell' Autorità Nazionale Anticorruzione ha enucleato gli elementi sintomatici che hanno determinato l'inadeguatezza del "vecchio" codice dei contratti pubblici, tracciando, contestualmente, le direttrici che informeranno il nuovo codice , che dovrà recepire le direttive 2014/23, 2014/24 e 2014/25 dell'UE.

Il criterio direttivo, che dovrà informare la fase di recepimento, si innesta principalmente sul divieto di introdurre, o mantenere, livelli di regolazione superiore a quelli minimi richiesti dalle direttive medesime.

L'opzione del legislatore delegante sembra direzionata nel senso di una "normativa snella ed essenziale, che non si soffermi su aspetti di dettaglio e che possa di conseguenza favorire la flessibilità e l'adeguatezza delle scelte delle stazioni appaltanti".

Il rischio, intimamente connesso a una normativa di "primo livello" essenziale, è che la stessa si trasformi in una sorta di delega "in bianco" alle stazioni appaltanti, con conseguenti fenomeni di pericolosa discrezionalità nell'utilizzo delle risorse pubbliche.

La normativa deve necessariamente essere accompagnata, in fase applicativa, da misure amministrative di soft law, per garantire la corretta e uniforme interpretazione della disciplina.

Come rilevato da una puntuale segnalazione , della ormai soppressa AVCP , le leve strategiche che emergono dal testo delle direttive del 2014 permettono di comprendere l'intima ratio delle stesse; tra gli obiettivi da perseguire assumono rilievo centrale la maggiore semplificazione, l'ecoinnovazione e il maggiore impulso da conferire alla cd. aggregazione della domanda, attraverso il potenziamento degli istituti di centralizzazione degli acquisti .

Le direttrici e gli obiettivi perseguiti dal legislatore comunitario, in un'ottica correttiva rispetto alle disposizioni vigenti, si innestano su principi di certezza giuridica, pubblicità e trasparenza, snellezza e flessibilità procedurale .

L'impianto complessivo delle nuove direttive riconosce un ruolo centrale alle scelte delle amministrazioni aggiudicatrici, in una prospettiva totalmente agli antipodi rispetto al contesto italiano, nel quale la limitazione di discrezionalità, in considerazione del condivisibile obiettivo di prevenire fenomeni di corruzione e infiltrazione criminale, ha condotto all'effetto opposto .

La normativa interna, estremamente disorganica e frammentaria, ha prodotto forti incentivi al contenzioso, senza ottenere risultati in termini di efficacia ed efficienza; contenzioso che comporta un rallentamento dell'aggiudicazione e dell'esecuzione dei contratti, dovuto al presunto mancato rispetto di procedure formali, che non inciderebbero su aspetti sostanziali dell'affidamento.

L'iper-regolamentazione , evidente sintomo di scarsa efficienza, ha condotto a continui interventi legislativi che minano ulteriormente l'efficienza e la tenuta del sistema.

Le direttive propendono per un modello normativo improntato alla semplificazione e alla flessibilizzazione procedurale, da perseguire mediante la standardizzazione dei processi comunicativi-informativi, l'attribuzione di un ruolo preventivo alle autorità indipendenti , e attraverso la creazione di meccanismi diretti ad agevolare la partecipazione delle piccole e medie imprese alle gare pubbliche.

Nella medesima prospettiva si pone l'iniziativa governativa denominata "Destinazione Italia", che annovera tra le misure in essa contenute, la proposta per una disciplina speciale per i partenariati pubblici-privati, esterna al Codice dei contratti pubblici, con regole certe e snelle.

Da questa breve analisi introduttiva, in un panorama legislativo e giurisprudenziale instabile, e destinato a mutare radicalmente dopo l'intervento del legislatore comunitario, appare evidente che il modello "tradizionale" dell'affidamento diretto fosse caratterizzato da requisiti estremamente rigidi, come la totale partecipazione pubblica, o connotati da eccessiva discrezionalità, in tema di fattore qualitativo per la valutazione della cd. attività prevalente, che richiedeva un'opera interpretativa del giudice europeo, a discapito della possibilità di predeterminare con certezza il rispetto del requisito in questione. Le novità afferenti all'istituto in esame sono analogamente improntate a esigenze di certezza e semplificazione, come testimoniato dalla scelta legislativa di svincolare il requisito della prevalenza dell'attività da qualsiasi valutazione

qualitativa, e quindi discrezionale, e di riconoscere la società in house anche in presenza di capitali privati, in una direzione tesa a rendere l'istituto più flessibile e come tale meno esposto al sindacato giurisdizionale.

In un panorama caratterizzato dall'attesa per il recepimento delle direttive, il cui termine finale per lo stesso è fissato nell'aprile del 2016, e dalla transitorietà delle disposizioni vigenti, è intervenuto il Consiglio di Stato, con un parere che potrebbe avere portata dirompente, in quanto ha ritenuto la disciplina delle direttive sufficientemente dettagliata e come tale già applicabile.

2. Direttive UE: autonomia normativa dell'istituto o vera e propria "rivoluzione copernicana"?

Il "rilassamento della tipicità", in un settore permeato dal principio di legalità, impone, in un'opera ermeneutica di legittimazione e bilanciamento di valori alterati, di "snidare la pubblicità reale" delle società in house.

Come rilevato dalla sentenza resa dalla Corte di Cassazione, a Sezioni Unite, 26283/2013, i lineamenti caratterizzanti le società in house, ben delineati nell'ordinamento positivo, sono (o forse erano) la natura esclusivamente pubblica dei soci, l'esercizio dell'attività svolta in prevalenza a favore dei soci stessi e la sottoposizione ad un controllo corrispondente a quello esercitato dagli enti pubblici sui propri uffici.

I tre requisiti citati devono sussistere contemporaneamente e devono trovare fondamento in precise disposizioni dello statuto sociale.

In definitiva l'affidamento in house rileva come modello di organizzazione meramente interno, qualificabile in termini di delegazione interorganica, di tipo prettamente gerarchico.

2.1 La natura esclusivamente pubblica dei soci: contaminazioni private e mutamento radicale?

La Cassazione, con la citata pronuncia, nel novembre del 2013, riteneva "superfluo aggiungere che lo statuto dovesse, in modo assoluto, vietare la possibilità di cessione a privati delle partecipazioni societarie, di cui gli enti pubblici fossero titolari".

Il sostegno legislativo della disposizione è rinvenibile nell'art.113, comma 4, del Testo Unico degli Enti Locali, d.lgs.267/2000, a norma del quale l'affidamento diretto è consentito, al ricorrere di particolari condizioni, "a soggetti di scopo costituiti, nella forma di società di capitali, con la partecipazione totalitaria di

capitale pubblico”.

Ulteriore rilievo assume la fattispecie secondo cui “la sussistenza del controllo analogo viene esclusa in presenza di una compagine societaria composta anche da capitale privato, essendo necessaria la partecipazione pubblica totalitaria. Infatti, la partecipazione (pure minoritaria) di un’impresa privata al capitale di una società, alla quale partecipi anche l’amministrazione aggiudicatrice, esclude in ogni caso che tale amministrazione possa esercitare su detta società un controllo analogo a quello che essa svolge sui propri servizi” .

Le coordinate ermeneutiche, tracciate dalla notissima sentenza Teckal , avevano posto all’attenzione della giurisprudenza comunitaria la questione relativa alla detenzione, da parte del soggetto affidatario, dell’intero capitale e se il rispetto di tale questo requisito potesse garantire quella situazione di dipendenza organica , o forse gerarchica, tale da consentire l’affidamento diretto.

La giurisprudenza comunitaria, in maniera quasi unanime, aveva stabilito la necessità che la partecipazione pubblica dovesse essere totalitaria, ai fini del rispetto dei requisiti essenziali per poter configurare l’affidamento in house .

La partecipazione privata, anche minoritaria, avrebbe reso necessario il ricorso alle procedure ad evidenza pubblica, ponendosi quale fattore ostativo alla riconducibilità della società al modello tipico delineato dall’ordinamento, ovvero strumento di perseguimento degli interessi pubblici, assoggettato a uno stringente controllo analogo .

La Corte di Giustizia dell’Unione Europea aveva rilevato che l’investimento privato fosse espressione di logiche privatistiche, in permanente conflitto con le ragioni puramente pubblicistiche, sottese alla scelta dell’affidamento diretto.

La diffidenza palesata nei confronti dell’ingresso di capitali privati era sintomatica delle differenze ontologiche sussistenti tra la società in house e le forme di partenariato pubblico-privato, nella forma della società miste, differenze, che dopo le direttive del 2014, appaiono quanto mai sbiadite.

Il tema era stato affrontato dalla Corte di Giustizia, da una prospettiva leggermente differente, ovvero in ordine alla legittimità di un affidamento diretto, senza gara, a società miste, prive del requisito della sottoposizione del controllo all’amministrazione affidante, ma nell’ambito delle quali la scelta dei soci privati fosse stata effettuata mediante gara ad evidenza pubblica.

Le società miste a partecipazione pubblica, nelle quali il socio privato è scelto con procedura ad evidenza pubblica, presuppongono la creazione di un modello nuovo, nel quale trovano convergenza interessi privati e pubblici .

La giurisprudenza interna si era assestata sulla legittimità dell’affidamento

diretto, nei confronti di una società mista , a condizione che si fosse svolta un'unica gara per la scelta del socio privato, inteso come soggetto operativo e non solo azionista, e l'individuazione del servizio da affidare, in maniera simultanea e contestuale .

La Corte di Giustizia, con una successiva pronuncia dirimente, si era conformata alla legittimità dell'affidamento diretto a società miste, nel caso in cui si verificasse la contestualità delle gare.

Questa pronuncia rivelava l'orientamento maggioritario della giurisprudenza comunitaria, che riteneva la presenza di capitali privati ostativa all'affidamento diretto, nel caso in cui tale partecipazione preesistesse alla costituzione dell'ente affidatario .

La giurisprudenza nazionale imponeva, al contrario, che la partecipazione pubblica permanesse per tutta la "vita" della società e che fosse garantita nel tempo da apposita clausola statutaria, diretta a prevedere il divieto di cedibilità ai privati delle quote , in una prospettiva preclusiva a qualsiasi contaminazione privata delle società in house.

La totale partecipazione pubblica era, ad opinione di granitica giurisprudenza interna , elemento caratterizzante delle società in house, tesa a tracciare una netta linea di confine tra queste ultime e le società miste, una delle forme di partenariato pubblico-privato istituzionalizzato.

La prima, timida, apertura all'ingresso di capitali privati nelle società in house era rinvenibile nel regolamento CEE, n.1370/2007, in materia di servizi pubblici di trasporto passeggeri su strada e per ferrovia, a condizione che vi fosse un'influenza pubblica dominante e che il controllo potesse essere stabilito in base ad altri criteri.

Le direttive UE 23, 24 e 25 del 2014 hanno recepito e codificato alcuni principi, espressi in via pretoria dalla Corte di Giustizia, che in parte alterano le intime profondità dell'istituto in esame.

La partecipazione pubblica è ugualmente richiesta, ma la società in house resta tale anche in presenza di forme di partecipazione diretta di capitali privati, a condizione che non comportino controllo o potere di veto, e che attraverso le stesse non sia esercitata alcuna influenza determinante sul soggetto affidatario e che le stesse partecipazioni private siano previste, in maniera esplicita, dalla disciplina interna.

L'intervento comunitario positivizza una sorta di clausola di compatibilità, diretta a far coesistere l'in house providing e i capitali privati, sovvertendo uno dei principi cardine e degli elementi qualificanti dell'istituto, l'unico che non aveva

mai posto dubbi ermeneutici.

L'ingresso di capitali privati è bilanciato e ridimensionato da requisiti stringenti, tra i quali rileva in maniera peculiare la necessità di una previsione legislativa che preveda tale partecipazione come obbligatoria.

E', altresì, opportuno precisare che la partecipazione privata ammessa è quella pertinente al capitale diretto della persona controllata e non al capitale dell'amministrazione aggiudicatrice .

La presenza di capitali privati nel patrimonio sociale rende quanto mai vago il confine sussistente tra le società in house e le società miste, e più in generale, tra le forme di partenariato pubblico-pubblico e forme di partenariato pubblico-privato.

Il confine, ancorché sfuggente, sembra permanere in base al rilievo secondo cui nelle forme di partenariato pubblico-privato istituzionalizzato è rinvenibile una convivenza tra norme societarie e pubblicistiche, non rinvenibile nelle società in house, in quanto non si configura una vera e propria struttura societaria, con conseguente prevalenza delle disposizioni pubblicistiche, che consentono di snidare la pubblicità reale dell'istituto.

L'obiettivo primario delle direttive è teso a garantire la più ampia applicazione dei principi comunitari, mediante l'attuazione del conclamato principio dell'indifferenza delle forme giuridiche, configurando un'apertura all'ingresso dei capitali privati, che, in base al bilanciamento effettuato dal legislatore comunitario mediante la necessità di requisiti stringenti, prima facie, non trasformano in maniera completa l'istituto.

2.2 "Controllo analogo": dalla subordinazione gerarchica all'influenza dominante

La sussistenza in capo alla PA, di un potere di controllo sulla società in house, analogo, in termini di intensità e di esplicazione, a quello esercitato dalla stessa PA sui propri servizi, ha sempre, di fatto, tratteggiato la caratteristica distintiva del fenomeno dell'affidamento diretto, nel panorama tradizionale del diritto societario.

Tale caratteristica non permette di collocare la società in house quale entità posta al di fuori dell'ente pubblico, il quale ne dispone come di una propria articolazione interna; l'affidamento mediante in house contract non consente di configurare un rapporto contrattuale intersoggettivo, la distinzione tra socio e società non si realizza in termini di alterità soggettiva e "il velo che normalmente nasconde il socio dietro la società è dunque squarciato" .

Le direttive hanno riformato anche tale requisito, in maniera conforme all'ingresso di capitali privati nel patrimonio dell'ente affidatario, nel solco legislativo teso a rendere meno tassativi i requisiti originari.

La configurazione della società di capitali si è sempre mal conciliata con la totale assenza di potere decisionale e con il totale assoggettamento dei suoi organi al potere gerarchico dell'ente pubblico, titolare della partecipazione sociale.

L'assoluta mancanza di potere decisionale, in capo alla società in house, vincola l'interprete a definire la distinzione sussistente tra il patrimonio dell'ente e quello della società, in termini di separazione patrimoniale, ma non di distinta titolarità .

In presenza di tale forma di controllo, la società non può ritenersi terza rispetto all'amministrazione controllante, che detiene il potere di dettare le linee strategiche e le scelte operative della società in house, i cui organi si trovano in una posizione di incontestata subordinazione gerarchica.

Inoltre, tale rapporto gerarchico esclude ontologicamente qualsiasi area di autonomia ed eventuali poteri di motivato dissenso, eventualmente esercitabili dalla società controllata.

La sentenza della Cassazione , resa a Sezioni Unite, nel novembre 2013, aveva ulteriormente precisato che l'espressione "controllo" non fosse riconducibile alla figura della cd. influenza dominante, che di regola è esercitata dal titolare della partecipazione maggioritaria, ma accedesse a una sfumatura più intensa, equiparabile a un potere di comando, direttamente esercitato sulla gestione dell'ente, non residuando, in capo agli organi sociali, alcuna rilevante autonomia gestionale.

La giurisprudenza amministrativa , in relazione ai poteri delle amministrazioni controllanti, ha sempre richiesto una forma di controllo effettiva, non solo formale e apparente, caratterizzata, tra gli altri, dal potere di effettuare controlli sul bilancio, sulla qualità dell'amministrazione, cristallizzando poteri ispettivi diretti e concreti, tali da configurare la totale dipendenza dell'affidatario, in materia di strategie e politiche aziendali.

Le direttive intervengono sul requisito in esame, allargando le maglie in tema di definizione di "controllo" analogo, e precisano che tale condizione risulti soddisfatta qualora l'amministrazione aggiudicatrice eserciti un'influenza determinante (o decisiva), sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni significative del soggetto affidatario; inoltre riconoscono il cd. controllo analogo indiretto, esercitato da una persona giuridica diversa, ma a sua volta sottoposta al controllo dell'amministrazione aggiudicatrice, come accade nel caso delle cd. holding di partecipazione , che si frappongono tra la PA aggiudicatrice e la società

in house.

Il legislatore comunitario rende meno vincolante il requisito del controllo operato dalla PA, ponendosi nella scia interpretativa tracciata dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, che in una pronuncia recente , ha tracciato le caratteristiche dell'affidamento in house "orizzontale", che sussiste allorché intervenga un contratto tra una amministrazione aggiudicatrice e un soggetto aggiudicatario, non avvinchiati da alcun rapporto di controllo, ma entrambi sottoposti al controllo della stessa PA, a sua volta aggiudicatrice; è inoltre necessario che entrambi i soggetti, protagonisti dell'affidamento, realizzino la propria attività, in misura prevalente, nei confronti della PA controllante.

Le direttive operano su un piano differente e configurano il cd. controllo a cascata(o indiretto) , ma è evidente la tendenza giurisprudenziale e normativa, protesa a rendere il requisito del controllo operato dalla PA più duttile rispetto al passato.

Il Consiglio di Stato , con il parere summenzionato, nell'ammettere la legittimità del controllo analogo indiretto, previsto dalla direttiva 2014/24, afferma che la stessa, nonostante non sia stata ancora recepita, appare di carattere sufficientemente dettagliato tale da risultare di concreta attuazione.

Le direttive e la giurisprudenza comunitaria, e ora anche interna, si orientano verso una concezione di controllo meno vincolante, in perfetta linea di continuità con l'ammissibilità dell'ingresso di capitali privati.

2.2.1 L'in house frazionato e il controllo analogo congiunto: disciplina e criticità

Le direttive positiviz