

ANTONIO SAPORITO

Dottore di ricerca e Assegnista di ricerca in Diritto Amministrativo e Docente a contratto di Diritto Pubblico presso l'Università degli Studi di Bergamo

avv.antoniosaporito@gmail.com

LE CASSE PREVIDENZIALI TRA VECCHI PROBLEMI E NUOVE DISCIPLINE

THE SOCIAL SECURITY FUNDS BETWEEN OLD PROBLEMS AND NEW DISCIPLINES

SINTESI

Il saggio analizza la natura giuridica delle Casse previdenziali e la loro assoggettabilità al Codice dei Contratti pubblici.

ABSTRACT

The essay analyzes the juridical nature of social security funds and their subjection to the Code of Public Contracts.

PAROLE CHIAVE: Casse previdenziali, funzione assistenziale, Costituzione, Organismo di diritto pubblico, Codice dei Contratti pubblici.

KEYWORDS: Social security funds, welfare function, Constitution, Body governed by public law, Code of Public Contracts

INDICE: 1. Le Casse previdenziali alla luce dei principi costituzionali 2. Genesi del d.lgs. n. 509/1994: il processo di privatizzazione delle Casse previdenziali 3. La funzione delle Casse di previdenza: la solidarietà endocategoriale 3.1 (*segue*)La "comunanza di interessi" 4. La controversa natura. 5. Applicabilità del d.lgs. n. 50/2016. 6. Conclusioni.

1. Le Casse previdenziali alla luce dei principi costituzionali

Il principio di sussidiarietà, verticale e orizzontale, è entrato a far parte della nostra legislazione solo con la legge delega sulla riforma della pubblica amministrazione n. 59/1997¹, che lo ha assunto come criterio di riorganizza-

1 Senza pretesa di esaustività Cfr. E. TOSATO, *Sul principio di sussidiarietà dell'intervento statale*, in *Nuova Antologia*, 1959, ora in E. TOSATO, *Persona, società intermedie e Stato*, Milano, 1989, p. 99 ss.; S. CASSESE, *L'aquila e le mosche. Principio di sussidiarietà e diritti amministrativi nell'area europea*, in *Foro it.*, V, 1995, p. 373 ss.; A. D'ATENA, *Forma Stato dalla piramide all'arcipelago*, in *Impresa & Stato*, n. 33/1996; ID., *Le Camere di commercio tra sussidiarietà verticale e sussidiarietà orizzontale*, in *Impresa & Stato*, n. 51/1999; A. D'ATENA, *Costituzione e principio di sussidiarietà*, in *Quad. Cost.*, 2001; G. PASTORI, *La sussidiarietà "orizzontale" alla prova dei fatti nelle recenti riforme amministrative*,

zione degli apparati pubblici, al fine di favorire un avvicinamento tra gli apparati burocratici i cittadini, le imprese e le formazioni sociali, mentre il suo recepimento nella Costituzione si deve alla legge cost. 3/2001 che introduce un nuovo testo degli artt. 118 e 120 della Carta fondamentale, in cui il “principio di sussidiarietà” viene esplicitamente citato².

Le suddette riforme, attraverso l'introduzione, la revisione o soppressione di alcuni istituti tendevano a ridurre l'ingerenza dell'autorità amministrativa, i costi burocratici e da regolazione, e si prefiggevano di rilanciare la responsabilità e l'iniziativa imprenditoriale, anche attraverso una riduzione delle attività pubbliche e l'affidamento a soggetti di tipo privato ed al terzo settore della produzione di beni e servizi pubblici, rispetto ai quali alle istituzioni pubbliche residuavano solo dei compiti di monitoraggio della qualità dei beni e dei servizi

in RINELLA, COEN, SCARCIGLIA (a cura di), *Sussidiarietà e ordinamenti costituzionali. Esperienze a confronto*, Padova 1999; P. DURET, *La sussidiarietà “orizzontale”: le radici e le suggestioni di un concetto*, in *Jus*, 2000; T.E. FROSINI, *Profili costituzionali della sussidiarietà in senso orizzontale*, in *Riv. giur. Mezzogiorno*, 2000; A. POGGI, *Le autonomie funzionali “tra” sussidiarietà verticale e sussidiarietà orizzontale*, Milano 2001.

2 G.U., RESCIGNO, *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, in *Dir. pubbl.*, 2002; A. ALBANESE, *Il principio di sussidiarietà orizzontale: autonomia sociale e compiti pubblici*, in *Dir. pubbl.*, 2002; M. CAMELLI, *Principio di sussidiarietà e sistema delle amministrazioni pubbliche*, in *Quad. reg.*, 2002, pp. 453 e ss.; C. CITTADINO, *Verso il federalismo: sussidiarietà orizzontale tra Stato ed autonomie*, in *Comuni d'Italia*, 2003; I. MASSA PINTO, *Il principio di sussidiarietà. Profili storici e costituzionali*, Napoli, 2003; A. MOSCARINI, *Competenza e sussidiarietà nel sistema delle fonti*, Padova, 2003; P. DE CARLI, *Ripercussioni legislative del principio di sussidiarietà orizzontale*, in *Amministrare*, 2004; P. FALZEA, *L'intervento dei soggetti privati nelle attività di interesse generale alla luce del nuovo titolo V della Costituzione*, in VENTURA (a cura di), *Autonomia e sussidiarietà. Vicende e paradossi di una riforma infinita*, Torino 2004; G. RAZZANO, *Il Consiglio di Stato, il principio di sussidiarietà orizzontale e le imprese*, in *Giur. it.*, 2004; A. LUCARELLI, *Il diritto alla salute tra sussidiarietà verticale e sussidiarietà orizzontale*, in ID., *Percorsi del regionalismo italiano*, Milano 2004; A. PÉREZ, *Federalismo, regionalismo e principio di sussidiarietà orizzontale*, in CIMBALO, ALONSO PÉREZ, *Le azioni, le strutture, le regole della collaborazione con enti confessionali*. Atti del convegno, Ravenna 25-27 settembre 2003, Torino 2005; F. MONTEMURRO, *La sussidiarietà orizzontale*, in *Guida enti loc.*, 2005; G. ARENA, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nell'art. 118 u.c. della Costituzione*, in *Studi in onore di Giorgio Berti*, Napoli 2005; S. STAIANO, *La sussidiarietà orizzontale: profili teorici*, in *Federalismi.it*, 2/2006; B. CAVALLO, *Sussidiarietà orizzontale e l. n. 241/1990 nel governo del territorio*, in *Riv. giur. urb.*, 2006; F. NICOLETTI, *La promozione dell'attività di interesse generale degli enti privati tra sussidiarietà orizzontale e discrezionalità amministrativa*, in *Dir. econ.*, 2008; G. SCACCIA, *Sussidiarietà istituzionale e poteri statali di unificazione normativa*, Napoli, 2009; E., GIANFRANCESCO, *Sussidiarietà orizzontale e Regioni: alla ricerca della prescrittività*, in *Amministrazione in cammino*, 20 gennaio 2018.

prodotti. In questo modo, si intendeva favorire la crescita della domanda di beni e servizi di utilità generale ed una loro accentuata diversificazione.

Il riconoscimento pieno della possibilità per le pubbliche amministrazioni di utilizzare gli strumenti del diritto privato, anzi la preferenza per il ricorso a questi strumenti, quando la legge espressamente non lo vietasse miravano a introdurre un modello non autoritario e non gerarchico, di rapporto fra le pubbliche amministrazioni e i cittadini (e le imprese), a superare la rigida separazione fra diritto amministrativo e diritto comune e ad abbandonare, anche sotto questo profilo, la tradizione statalista e centralista propria della cultura istituzionale e amministrativa dell'Europa continentale³.

Con la riforma del titolo V della Costituzione, il principio di sussidiarietà, nella sua duplice dimensione, viene testualmente menzionato nel testo della Costituzione, nel nuovo articolo 118⁴ e indirettamente nell'art. 114⁵ che determina il definitivo superamento dell'interpretazione del principio di sovranità inteso come supremazia ed onnipotenza dello Stato-persona⁶ o dello Stato-apparato, oltre a quanto disposto dall'art. 120 della stessa Costituzione. Grazie alle prime due disposizioni, l'interpretazione della forma dello Stato nei termini di

3 A. AMORTH, *Osservazioni sui limiti dell'attività amministrativa di diritto privato*, in *Arch. Dir. pubb.*, 1938; N. BOBBIO, *La grande dicotomia: pubblico/privato (1980-1982)*, in *Stato, governo, società. Per una teoria generale della politica*, Torino, 1985; A. MALTONI, *Il conferimento di potestà pubbliche ai privati*, Torino, 2005; G. ROSSI, *Osservazioni di metodo per evitare di andare per farfalle*, in *Associazione Italiana dei professori di diritto amministrativo*, Annuario 2013; F. SAITTA, *Strutture e strumenti privatistici dell'azione amministrativa*, in *Amministrazioni pubbliche e forme privatistiche*, di F. GIGLIOTTI (a cura di), Napoli 2017.

4 Questa norma non ridefinisce soltanto l'architettura del sistema amministrativo sulla base del principio di sussidiarietà verticale, ma, nell'ultimo comma, impone di favorire l'autonoma iniziativa dei cittadini singoli e associati per lo svolgimento di attività d'interesse generale.

5 Il riferimento alla Repubblica nel contesto del nuovo articolo 114 non può più intendersi come limitato, riduttivamente, all'elemento *territoriale* dello Stato, come suggeriva la formulazione precedente dello stesso articolo 114. In dottrina cfr. C. MAGNANI, *Il comune soggetto autonomo della democrazia costituzionale*, in *Studi urbinati di scienze giuridiche politiche ed economiche*, 1999. Nuova serie A - 2003

6 F. BASSANINI, *La Repubblica della sussidiarietà Riflessioni sugli articoli 114 e 118 della Costituzione*, in *Astrid Rassegna*, n. 12 del 2007.

una Repubblica della sussidiarietà, già prospettabile sulla base dei principi iscritti negli artt. 2, 3 e 5 della Costituzione, diventa dunque incontrovertibile⁷.

Sul versante della sussidiarietà verticale, la combinazione delle due norme permette di scardinare definitivamente l'assetto gerarchico piramidale, caratteristico delle forme di Stato dell'Europa continentale ottocentesca e consolida un nuovo modello di *governance* pluricentrica multilivello, già presente nella nostra Costituzione, ma rimasto inattuato⁸. Quanto al principio di sussidiarietà orizzontale, esso, da un lato, impone di ridefinire il "perimetro", o la "missione" del sistema istituzionale e amministrativo, riducendo le attività pubbliche di gestione o di produzione diretta di beni e servizi di interesse generale, quando esse possono essere svolte da altri (privato, terzo settore, volontariato, comunità professionali o funzionali), in modo da garantire migliori risultati in termini di costi e di qualità delle prestazioni e dei servizi, limitando, come si è detto, il ruolo delle istituzioni pubbliche allo svolgimento di attività di regolazione, controllo, monitoraggio delle attività private, garanzia dell'uguaglianza nell'accesso ai servizi e della universalità dei diritti e di sostegno delle autonome iniziative non profit della società civile, che possono integrare l'azione delle amministrazioni pubbliche nel perseguimento di interessi generali⁹.

7 A. D'ATENA, *Costituzione e principio di sussidiarietà*, cit.; ID., *Dimensioni e problemi della sussidiarietà*, in G.C. DE MARTIN, (a cura di) *Sussidiarietà e democrazia. Esperienze a confronto e prospettive*, Padova, 2008; D. D'ALESSANDRO, *Sussidiarietà, solidarietà e azione amministrativa*, Milano, 2004; E. DE MARCO, (a cura di), *Problemi attuali della sussidiarietà*, Milano, 2005; C. BERTOLINI, *La sussidiarietà amministrativa, ovvero la progressiva affermazione di un principio*, in *Dir. amm.*, 2007, pp. 895 e ss.

8 P. VIPIANA, *Il principio di sussidiarietà verticale. Attuazioni e prospettive*, Milano, 2002; V. BALDINI (a cura di), *Sussidiarietà e diritti*, Napoli, 2007; P. SAVARESE, *Pensare la sussidiarietà. Tra profili di principio e proiezioni operative*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 2019, p. 59 ss.;

9 P. RIDOLA, *Il principio di sussidiarietà e la forma di stato di democrazia pluralistica*, in A.A. CERVATI, S.P. PANUNZIO, P. RIDOLA (a cura di), *Studi sulla riforma costituzionale*, Torino, 2001, pp. 194 ss.; G.U. RESCIGNO, *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, in *Dir. pubbl.*, 2002, pp. 5 ss.; M. NAPOLI (a cura di), *Principio di sussidiarietà. Europa, stato sociale, Vita e pensiero*, Milano, 2003; D. D'ALESSANDRO, *Sussidiarietà, solidarietà e azione amministrativa*, cit.; L. PATRUNO, *Il "nuovo mondo" dei servizi sociali di interesse generale secondo la Commissione europea: Stati e pubblici poteri spettatori-guardiani degli effetti "benefici" della sussidiarietà, del volontariato, della concorrenza, delle privatizzazioni*, in *Costituzionalismo*, 2006; R. BRIGANTI, *La Riforma della disciplina del "Terzo settore" tra sussidiarietà orizzontale e impresa sociale*, in *Notariato*, 5/2018, p.1 ss.; L. GORI, *La "saga" della sussidiarietà orizzontale. La tortuosa vicenda dei rapporti fra Terzo settore e P.A.*, in *Federalismi*, 14/2020, p. 179 ss.; M. CARRER, *Terzo Settore e principio di sussidiarietà. Profili problematici nella sistemazione*

Se l'intervento dei privati, nella produzione di beni e servizi di pubblica utilità, vale a porre rimedio ai c.d. fallimenti dello Stato e quello pubblico preserva da quelli del mercato, le autonome iniziative dei cittadini, singoli o associati, opportunamente sostenute dalle istituzioni pubbliche, oltre a porre rimedio ai predetti fallimenti, appaiono utili, unitamente a quelle del terzo settore a potenziare l'intervento pubblico e quello privato e a diversificare l'offerta di servizi. La società civile ritrova così un ruolo rilevante, non subalterno e non sussidiario, anche nel perseguimento di finalità di interesse generale e nello svolgimento di fondamentali attività di utilità sociale.

Con l'istituzione delle autorità indipendenti¹⁰ si afferma anche in Italia una rete di istituzioni dotate di importanti poteri di regolazione, vigilanza e controllo, chiamate a sottrarre all'ingerenza della politica la definizione e l'applicazione delle regole della competizione nel mercato, e dunque a liberare

zione costituzionale, in *Società e Diritti*, 2023;

10 In tema di Autorità Amministrative Indipendenti si segnalano, senza pretesa di esaustività J. LANDIS, *The administrative process*, New Haven, 1938; J. CHEVALLIER, *Réflexions sur l'institution des AAI*, JCP, 1986, n°3254; ID., *Les AAI et la regulation des marchés*, *Justices* n°1, 1995, 81 ss.; C.A. COLLARD – G. TIMSIT, (a cura di), *Les autorités administratives indépendantes*, Paris 1988; C. FRANCHINI, *Le autorità amministrative indipendenti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1988, 551 ss.; M. J. GUÉDON, *Les autorités administratives indépendantes*, Paris 1991; M.J. HORWITZ, *The transformation of american law*, New York, 1992; F. BASSI, - F. MERUSI, a cura di, *Mercati e amministrazioni indipendenti*, Milano 1993; GENTOT, M., *Les autorités administratives indépendantes*, Paris 1994; S. CASSESE, *La Commissione nazionale per le società e la borsa – CONSOB e i poteri indipendenti*, in *Riv. soc.* 1994, 492 ss.; M. D'ALBERTI, *Autorità indipendenti (dir. amm.)* in *Enc. giur. Treccani*, V, 1995; S. CASSESE, – C. FRANCHINI, a cura di, *I garanti delle regole*, Bologna 1996; G. AMATO, *Autorità semi-indipendenti ed autorità di garanzia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* 1997, 662 ss.; J.L. AUTIN, *Autorités administratives indépendantes*, in *J. cl. Adm.*, fasc. 75, 1997; L. BARRA CARACCILOLO, *Funzione amministrativa e amministrazione neutrale nell'ordinamento U.S.A.*, Torino 1997; M. D'ALBERTI – G. TESAURO, a cura di, *Regolazione e concorrenza*, Bologna 2000; L. GIANI, *Attività amministrativa e regolazione di sistema*, Torino 2002; P. LAZZARA, *Discrezionalità amministrativa e autorità indipendenti*, in *Annuario AIPDA*, Milano 2003, 305 ss.; R. CHIEPPA, *Il controllo giurisdizionale sugli atti dell'autorità Antitrust*, in *Dir. process. amm.*, 2004, 1019 ss.; M. CLARICH, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive d'un modello*, Bologna 2005; A. POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri. Profili di diritto amministrativo nella disciplina Antitrust*, Torino, 2007; N. LONGOBARDI, *Autorità amministrative indipendenti e sistema politico-istituzionale*, II ed., Torino 2009; M. D'ALBERTI, – A. PAJNO, a cura di, *Arbitri dei mercati. Le autorità indipendenti e l'economia*, Bologna 2009; V. CERULLI IRELLI, *Sul potere normativo delle Autorità amministrative indipendenti*, in M. D'ALBERTI – A. PAJNO, a cura di, *Arbitri dei mercati. Le autorità indipendenti e l'economia*, Bologna 2009, 75 ss.; R. CHIEPPA, *Regolazione e sindacato giurisdizionale*, in P. BILANCIA, a cura di, *La regolazione dei mercati di settore tra autorità indipendenti nazionali e organismi europei*, Milano 2012, 103 ss.

gli operatori economici da una condizione di sudditanza nei confronti dei detentori del potere politico, ritenute espressione di sistemi pluralisti nei quali vi sia spazio anche per comunità intermedie che possano agire liberamente, senza essere condizionate dalle forze politiche¹¹.

Lo Stato deve affrontare ogni giorno nuove sfide: quella della competizione globale, della rivoluzione digitale, dell'innovazione tecnologica e produttiva, del terrorismo globale, dell'emergenza climatica e ambientale; l'emergere sui mercati mondiali di nuove formidabili potenze economiche, i grandi flussi migratori, i problemi della convivenza multi-etnica e multiculturale, la domanda di nuovi diritti e di nuove libertà, la crescente richiesta di sicurezza, la segmentazione della società e la diversificazione dei bisogni e delle domande sociali, che possono offrire grandi opportunità di crescita e progresso, ma anche creare nuove povertà e nuove emarginazioni, disuguaglianze, impoverimento delle classi medie.

Per vincere tali sfide, garantire un alto livello di protezione sociale, di tutela dei diritti, di qualità della vita, soddisfare la domanda di nuovi diritti e di nuove sicurezze, rispettare i vincoli derivanti dall'appartenenza all'Unione Europea e quelli imposti dal patto di stabilità, lo Stato non può fare a meno di ricorrere alla mobilitazione delle risorse della società civile, del territorio, delle comunità intermedie, della partnership con il privato e con il *no profit*. Sempre più, dunque, appare decisivo il ruolo delle realtà territoriali e delle comunità intermedie nel determinare condizioni ambientali favorevoli alla crescita e alla competitività del sistema economico e sociale.

Le comunità intermedie, le autonomie funzionali, il terzo settore possono dunque arrivare dove lo Stato non arriva, integrare e diversificare i beni e i servizi prodotti dalla mano pubblica, sostituirla in diversi ambiti assicurando un

11 Sull'indipendenza delle Autorità Amministrative Indipendenti e sulla loro separazione dal potere politico Cfr. *ex Multis*. N. LONGOBARDI, *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*, II ed., Torino, 2009.

miglior rapporto tra benefici e costi ed un migliore adattamento alla varietà e complessità delle domande sociali¹².

2. Genesi del d.lgs. n. 509/1994: il processo di privatizzazione delle Casse previdenziali

La Costituzione stabilisce all'articolo 38 che *“i lavoratori hanno diritto che siano preveduti ed assicurati mezzi adeguati alle loro esigenze di vita in caso di infortunio, malattia, invalidità e vecchiaia, disoccupazione involontaria”* e che *“[a]i compiti previsti in questo articolo provvedono organi ed istituti predisposti o integrati dallo Stato”*. Secondo il dettato costituzionale, quindi, i lavoratori hanno diritto alla previdenza, ma non è lo Stato a dover “provvedere”; la norma costituzionale, infatti, utilizza due verbi diversi per indicare il ruolo dello Stato: “predisporre” o “integrare” l'attività di previdenza¹³.

Nell'ultimo decennio del Novecento, tuttavia, il panorama comincia a cambiare. Il modello pan-pubblicistico, statalista e centralista, che aveva prodotto uno Stato invadente, dirigista, burocratico e, per la verità assai poco efficiente, comincia a dare segni di cedimento; anche perché globalizzazione e rivoluzione tecnologica da un lato e crisi fiscale dello Stato dall'altro, riportano al centro dell'attenzione l'esigenza di avere un sistema istituzionale e amministrativo efficiente, capace di garantire a cittadini e imprese servizi di buona qualità e di ridurre al minimo i costi regolatori e burocratici, pena, altrimenti, una irreparabile perdita di competitività nei confronti con altri sistemi economici e politici¹⁴. Avanza un'idea più moderna e più articolata del ruolo delle amministrazioni pubbliche, del rapporto tra Stato e società civile, tra politica ed economia,

12 F. BASSANINI, *La democrazia di fronte alla sfida della disintermediazione: il ruolo delle comunità intermedie e delle autonomie territoriali*, cit.; ID., *La Repubblica della sussidiarietà. Riflessioni sugli Artt. 114 e 118 della Costituzione*, in *Astrid Rassegna*, n.12/2007; ID., *Il quadro costituzionale: l'equiordinazione fra Stato e istituzioni territoriali e il principio di sussidiarietà*, in VV.AA., *I controlli sulle autonomie nel nuovo quadro istituzionale*, Milano, 2008.

13 S. CASSESE, *Gli enti previdenziali privatizzati*, in *Giorn. dir. amm.*, 1995, 1, pag. 121.

14 F. BASSANINI, *La Repubblica della sussidiarietà Riflessioni sugli articoli 114 e 118 della Costituzione*, cit.

tra amministrazione pubblica e cittadini. I processi di liberalizzazione e le privatizzazioni aprono i servizi pubblici alla concorrenza e cominciano a liberare dal comando oppressivo della politica e della burocrazia settori strategici del nostro sistema economico, costringendo finalmente gli ex-monopolisti e gli operatori dei mercati protetti a misurarsi sul terreno dell'efficienza e dell'innovazione, e consentendo alle amministrazioni di concentrarsi sul loro core business (attività di regolazione e controllo e *fonctions régaliennes*)¹⁵.

L'importazione di principi e istituti propri dell'esperienza anglosassone e il riconoscimento pieno della possibilità per le pubbliche amministrazioni di utilizzare gli strumenti del diritto privato, anzi la preferenza per il ricorso a questi strumenti, quando la legge espressamente non lo vieti, miravano a introdurre un modello paritario, non autoritario e non gerarchico, di rapporto fra le pubbliche amministrazioni e i cittadini (e le imprese), a superare la rigida separazione fra diritto amministrativo e diritto comune; e dunque ad abbandonare, anche sotto questo profilo, la tradizione statalista e centralista propria della cultura istituzionale e amministrativa dell'Europa continentale.

In questo periodo si è affacciata l'idea che gli enti previdenziali potessero avere natura privata. Il 7 ottobre 1993, nel corso dell'esame del collegato alla legge finanziaria, venne proposto un emendamento nel quale si proponeva “*la privatizzazione degli enti previdenziali*”; nello stesso giorno, dopo ampio dibattito, il Ministro per la funzione pubblica propose una ulteriore versione del testo dell'art.5, che prevedeva la “*privatizzazione, in applicazione dei criteri di cui all'articolo 38 della Costituzione*”, *degli enti che non fossero a carico dello Stato, con contributi obbligatori a carico degli iscritti, con la garanzia dell'autonomia amministrativa, organizzativa e contabile*”.

Il 4 novembre 1993, durante il dibattito svolto presso il Senato, venne proposto un testo più ampio e articolato che prevedeva: “*l'esclusione degli enti*

15 F. BASSANINI, *Le Casse di Previdenza nel contesto dell'evoluzione della forma di Stato*, in *Astrid Rassegna*, n. 272 (15/2017).

pubblici esercenti la previdenza e l'assistenza per determinate categorie, che non usufruiscono di finanziamenti pubblici o di altri ausili finanziari pubblici, dalle previsioni di cui ai precedenti numero 1 e 2, relative alle operazioni di fusione e di incorporazione degli enti pubblici di previdenza ed assistenza” e “e la previsione della loro privatizzazione, in applicazione dei criteri di cui all'articolo 38 della Costituzione” con espressa previsione della obbligatorietà della iscrizione ad essi degli appartenenti alle categorie a favore delle quali fossero stati istituiti, della capacità impositiva contributiva nei confronti degli iscritti e con la garanzia della loro autonomia gestionale, organizzativa, amministrativa e contabile”.

In questa formula vi erano già tutti gli elementi successivamente inseriti nell'articolo 1, comma 33, lett. a), punto 4) della legge n. 537/1993, recante “*Interventi correttivi di finanza pubblica*”, contenente la delega che sarà, poi, esercitata attraverso il d.lgs. n. 509/1994, relativo alla trasformazione in persone giuridiche private di enti gestori di forme obbligatorie di previdenza e assistenza¹⁶.

Può essere utile ripercorrere le tappe dell'esercizio della delega per comprendere come la vicenda della trasformazione in persone giuridiche private dei sedici enti gestori di forme obbligatorie abbia rappresentato fin da principio un elemento di tensione e costante divaricazione fra volontà politica e intenzioni burocratiche.

Il sopra menzionato d.lgs. n. 509, nella sua seconda e definitiva versione, venne approvato dal Consiglio dei Ministri nella seduta del 29 giugno 1994 e risultavano accentuate le cautele e i controlli nei confronti degli enti per il sospetto che questi potessero incontrare difficoltà finanziarie e quello approvato dal Consiglio dei Ministri in seconda approvazione.

Secondo parte della dottrina sono state proprio tali dinamiche a determinare la nascita “*di enti nominalmente privati, ma sostanzialmente pubblici*”¹⁷.

Alla fine del 1993 il Parlamento ha delegato (art. 1, comma 32°, legge n. 537/1993,) il Governo a provvedere al «riordino» anche degli enti di previden-

16 S. CASSESE, *Gli enti previdenziali privatizzati*, cit. pag. 121

17 L'opinione è di S. CASSESE, *Gli enti previdenziali privatizzati*, cit. pag. 121

za ed assistenza. Il Governo ha dato esecuzione alla delega ricevuta con il d.lgs. n. 509/1994, intervenendo nei confronti di sedici enti pubblici gestori di forme obbligatorie di previdenza e assistenza¹⁸.

Sebbene composto da cinque articoli soltanto, tale d.lgs. investe numerosi aspetti del fenomeno disciplinato; in questo paragrafo mi soffermerò sull'art. 1, in base al quale gli Enti interessati dalla riforma sono stati trasformati in associazioni o fondazioni con delibera dei competenti organi di ciascuno di essi, adottata a maggioranza dei due terzi dei componenti. Contestualmente gli enti adottano lo statuto ed il regolamento.

Gli enti trasformati continuano a sussistere come enti senza scopo di lucro e assumono la personalità giuridica di diritto privato, ai sensi degli articoli 12 e seguenti del codice civile e secondo le disposizioni contenute nel d.lgs. 509/1994.

La «privatizzazione» indotta dal sopra menzionato d.lgs. è apparsa subito più formale che sostanziale. Rispetto agli enti privati mancano la “consensualità” del rapporto, poiché l'iscrizione è obbligatoria e agli iscritti non è consentito recedere; la piena autonomia, poiché lo statuto e il regolamento incontrano nella legge numerosi limiti, oltre ad essere soggetti all'approvazione ministeriale e la libertà di azione, in quanto gli enti sono sottoposti a controlli ancora più rigidi di quelli previsti dal codice per le persone giuridiche private.

Quanto all'ordinamento interno Istituto o Cassa poteva mantenere l'anteriore struttura organizzativa, salve le modifiche richieste per garantire sia la «trasparenza nei rapporti con gli iscritti e composizione degli organi collegiali», sia l'onorabilità e la professionalità dei responsabili, e ferma la previsione di una riserva legale idonea ad assicurare la continuità delle prestazioni.

18 Si è trattato di Casse ed Enti a favore di liberi professionisti: avvocati e procuratori, dottori commercialisti, geometri, ingegneri e architetti, notai, ragionieri e periti commerciali, agenti e rappresentanti di commercio, consulenti del lavoro, medici, farmacisti, veterinari. Ma nell'elenco sono stati inseriti anche gli enti a favore degli impiegati dell'agricoltura e delle imprese di spedizione e agenzie marittime, gli Istituti di previdenza per i dirigenti di aziende industriali, e per i giornalisti; nonché l'Opera nazionale per l'assistenza agli orfani di sanitari.

In questo contesto normativo, uno degli aspetti più dibattuti è stato quello della «forma giuridica» da dare al fenomeno: se associazione o fondazione¹⁹, anche se in dottrina sono state anche assimilate a “formazioni sociali pubbliche”²⁰.

Con riguardo agli Istituti a favore di lavoratori dipendenti è apparsa naturale la scelta del modello fondazionale.

Con riguardo alle Casse di previdenza a favore dei liberi professionisti, al patrimonio delle quali contribuiscono solo questi ultimi, la scelta è apparsa invece più problematica.

Alla fine, quasi tutti gli enti hanno optato per il modello associativo. La forma fondazionale è stata preferita solo dalla Cassa forense e dall'Ente di previdenza dei medici (Enpam).

Agli enti che hanno scelto il modello associativo il Ministero, mentre all'inizio ha chiesto che rispettassero rigorosamente il nome «associazione», in seguito ha consentito la qualifica di «ente associativo»²¹ o quella di «ente a base associativa»²².

Mentre nelle fondazioni la cura degli interessi dei beneficiari è affidata in via esclusiva agli amministratori dell'ente, e i controlli sono previsti dalla legge, nelle associazioni esiste una coincidenza tra i titolari dell'interesse collettivo perseguito e i titolari dei poteri decisionali interni all'ente, almeno di quelli maggiori: la legge affida agli stessi associati le scelte fondamentali come, ad esempio, l'indirizzo dell'attività e l'approvazione dei bilanci anche se negli enti di grandi proporzioni queste scelte vengono riservate a organi collegiali ristretti, composti da persone elette dagli associati (talvolta con metodo assembleare,

19 F. SCIARRETTA, *Associazione e fondazioni con compiti di amministrazione pubblica*, in *Giur. comm.*, 2013, p. 951.

20 F. FRACCHIA, *Il pubblico dipendente nella “formazione sociale” “organizzazione pubblica”*, in *Lavoro nelle p.a.*, 2003, p. 769.

21 Così per l'ente a favore dei veterinari e per la Cassa a favore degli ingegneri e architetti.

22 Così per la Cassa a favore dei geometri.

ma spesso con metodi più agili) e gli associati godono di poteri più ampi anche rispetto al patrimonio.

Nelle fondazioni manca anche, ed è dubbio che possa essere istituito, un organo deliberativo formato da rappresentanti dei beneficiari, cioè da persone elette da questi ultimi, investito di poteri tanto estesi quanto sono quelli riservati all'assemblea di un'associazione. Tali differenze spiegano la netta preferenza verso il modello associativo.

Il d.lgs. n. 509/1994, che ha richiesto agli enti previdenziali di adeguarsi al modello legale dell'associazione riconosciuta o a quello della fondazione, non ha imposto in modo espreso agli organi deliberativi dell'ente di esplicitare anche la sua qualificazione giuridica, ma nel denominare l'ente «associazione» o «fondazione», gli organi sono vincolati dal principio di verità e che l'inosservanza di questo principio non comporta la nullità della delibera di trasformazione, ma solo l'«inutilità», o comunque l'improduttività degli effetti, della qualificazione. Tale vizio non verrebbe sanato neppure dall'approvazione della delibera da parte del Ministero del lavoro, che dovrebbe, invece, invitare l'ente a correggere il suo *nomen iuris*²³.

In mancanza di correzione da parte dell'ente, il suddetto Ministero dovrebbe annullare la concessa approvazione; se non provvedesse, la «privatizzazione» non verrebbe rimossa, e la natura giuridica dell'ente andrebbe desunta dalla struttura e dalla funzione sue proprie svolte dall'ente.

3. La funzione delle Casse di previdenza: la solidarietà endocategoriale

Il d.lgs. 509/1994 prevedeva che gli enti gestori di forme obbligatorie di previdenza e assistenza si trasformassero, quindi, a loro scelta, in associazioni o fondazioni di diritto privato.

23 Cons. Stato, 17.12.1957, in Cons. Stato, 1958, I, pag.937; Cons. Stato, 2.4.1956, *ivi*, 1958, pag. 752

Le Casse di previdenza dei liberi professionisti dovevano rappresentare un esempio tipico di attività associativa privata a cui sono sempre state riconosciute delle forme di tutela della loro attività.

A tal proposito, l'art. 2 del d.lgs. 509/1994 ha attribuito loro autonomia gestionale, organizzativa e contabile, con i limiti dovuti “alla natura pubblica dell'attività svolta”; autonomia statutaria e regolamentare; forme peculiari di controllo pubblico²⁴ e il potere di autofinanziarsi.

La Corte costituzionale ha sempre riconosciuto l'autonomia delle Casse di previdenza, chiamati a svolgere una funzione di interesse generale, di natura o rilevanza pubblicistica, ma avente natura privata.

L'obbligo contributivo, posto a carico degli iscritti ed il divieto di contribuzione pubblica rappresentano un corollario della rilevanza pubblicistica al fine previdenziale²⁵.

Secondo il Giudice delle Leggi, la contribuzione obbligatoria rappresentava lo strumento per abilitare, facilitare e promuovere l'auto-organizzazione di una comunità di professionisti in fatto di previdenza e, conseguentemente, l'equilibrio di un sistema previdenziale basato su una “solidarietà endocategoriale” o “comunanza d'interessi”²⁶.

L'imposizione da parte della legge di obblighi di appartenenza ad un organismo a struttura associativa di rilevanza pubblicistica per la tutela di altri interessi costituzionalmente garantiti non ledeva l'art. 18 Cost., purchè non risultassero in alcun modo offesi altre libertà, diritti e principi costituzionalmente garantiti, diversi dalla libertà negativa di associarsi.

La suddetta disposizione doveva, inoltre, risultare lo strumento più idoneo ai fini dell'attuazione di finalità schiettamente pubbliche e l'obbligo impo-

24 Il controllo pubblico doveva essere limitato entro il perimetro di meri controlli di regolarità ministeriali, tuttavia, la tendenza è stata quella di rafforzarli gradualmente, apportando modifiche alla legge di sistema (vd. leggi n. 122/2010 e n. 111/2011), con leggi di settore per specifici aspetti e con interpretazioni adottate per via di prassi amministrativa.

25 Corte costituzionale, sentenza n. 248/1997.

26 Si veda anche, Corte costituzionale, sentenza n. 88/1995.

sitivo, un mero presupposto derivante dalla comunanza di interessi tra gli iscritti e dai benefici da essi ottenuti attraverso l'erogazione dei servizi resi dalle Casse previdenziali²⁷. Tali conclusioni non sono mai state contraddette dalla giurisprudenza costituzionale successiva.

Con la sentenza n. 15/1999 il Giudice delle Leggi è ritornato sulla distinzione tra natura privatistica del soggetto e natura pubblicistica delle funzioni. Con la nuova pronuncia vengono messi in evidenza gli elementi di continuità e quelli innovativi, ascrivendo a questi ultimi la qualificazione degli enti e strumenti di realizzazione dei fini.

Con tale sentenza, si chiarisce che la garanzia dell'autonomia gestionale, organizzativa, amministrativa e contabile degli enti privatizzati non attiene tanto alla struttura dell'ente quanto piuttosto all'esercizio delle sue funzioni.

Nell'ordinanza n. 214/1999 il Giudice delle Leggi ribadisce l'approccio delle sentenze dello stesso, nn. 15/1999 e 248/1997 e sottolinea come il processo di privatizzazione avesse inciso “*esclusivamente sugli strumenti gestionali volti al perseguimento di un fine previdenziale ed assistenziale rimasto inalterato*”, lasciando “*immutata ... l'evidenza pubblicistica dell'attività svolta*”.

Nell'ordinanza si rammenta come nella sentenza n. 248 del 1997 si sia inoltre sottolineato il perdurante valore del principio di solidarietà endocategoriale, ritenendo che il riferimento a tale principio ed alle finalità della struttura associativa permettesse di escludere la violazione dell'art. 18 della Costituzione comprensivo della libertà di non associarsi; che il sistema dei controlli consentisse agli iscritti di verificare la destinazione dei contributi versati e che la disciplina delle Casse previdenziali trovasse una delle sue radici nell'art. 2 Cost. e nel principio solidaristico in esso contemplato, principio radicato anche nei rapporti di previdenza ed assistenza interni alle categorie professionali.

Da ultimo, con la sentenza n. 7/2017 la Corte costituzionale ha ribadito che la trasformazione delle Casse previdenziali “*pur avendo inciso sulla forma giuri-*

²⁷ Corte costituzionale, sentenza n. 248/1997.

dica dell'ente e sulle modalità organizzative delle sue funzioni, non ha modificato il carattere pubblicistico dell'attività istituzionale di previdenza ed assistenza, che mantiene non solo una funzione strettamente correlata all'interesse pubblico di assicurare dette prestazioni sociali a particolari categorie di lavoratori, ma acquisisce un ruolo rilevante in ambito europeo attraverso l'inclusione delle risultanze del relativo bilancio nel calcolo del prodotto nazionale lordo ai prezzi di mercato, mediante le uniformi regole di contabilizzazione del sistema europeo dei conti economici integrati".

In questa più recente pronuncia non si disconosce in astratto *"la possibilità per lo Stato di disporre, in un particolare momento di crisi economica, un prelievo eccezionale anche nei confronti degli enti che ... sostanzialmente si autofinanziano attraverso i contributi dei propri iscritti"*, ritenendo, invece, irragionevole e quindi contrario alla Costituzione l'introduzione di *"un prelievo strutturale e continuativo nei riguardi di un ente caratterizzato da funzioni previdenziali e assistenziali sottoposte al rigido principio dell'equilibrio tra risorse versate dagli iscritti e prestazioni rese"*.

Il Giudice delle Leggi ha inoltre ricordato che il legislatore conserva piena libertà di scelta tra sistemi previdenziali di tipo mutualistico, caratterizzati dalla corrispondenza fra rischio e contribuzione e da una rigorosa proporzionalità fra contributi e prestazioni previdenziali, e sistemi di tipo solidaristico, caratterizzati, di regola, dall'irrelevanza della proporzionalità tra contributi e prestazioni previdenziali.

Nel caso delle Casse professionali la soluzione legislativa è stata quella di *"realizzare modalità di finanziamento del sistema pensionistico ... attraverso la capitalizzazione dei contributi versati da ciascun lavoratore prima della quiescenza. Tali contributi sono gestiti dalla Cassa attraverso criteri di autonomia delineati dal legislatore secondo accantonamenti a basso rischio, cosicché, al momento del pensionamento, ogni lavoratore ritira il proprio montante contributivo, cioè quanto versato sino alla quiescenza, maggiorato dai cosiddetti coefficienti di trasformazione"*.

Alla base del portato normativo del d.lgs. n. 509/1994, la Corte costituzionale ritiene vi sia l'art. 97 Cost. e che la riforma sia stata ispirata dall'esigen-

za di “*percorrere una strada alternativa di tipo mutualistico rispetto alla soluzione «generalista» della previdenza*”, basata sul principio di “*autonomia finanziaria comportante l'assoluto divieto di contribuzione da parte dello Stato*” e “*ricerca di equilibri di lungo periodo sul piano previdenziale, finanziario ed economico*”.

Si conclude che “*per effetto della riforma del 1994 le posizioni previdenziali degli iscritti sono collettivamente e singolarmente condizionate dalla regola per cui la prestazione deve essere resa solo attraverso la contribuzione capitalizzata del destinatario e non attraverso l'impiego delle contribuzioni versate dagli altri iscritti in attività. Ciò con assoluta esclusione – a differenza della previdenza dei pubblici dipendenti – di qualsiasi contribuzione a carico dello Stato nel momento in cui il flusso finanziario proveniente dai versamenti contributivi non risulti sufficiente al pagamento delle prestazioni dovute.*”

Il Giudice delle Leggi ha dunque univocamente e costantemente difeso la scelta legislativa di dotare le Casse di previdenza di “*un sistema di solidarietà endocategoriale basato sulla comunanza di interessi degli iscritti, cosicché ciascuno di essi concorre con il proprio contributo al costo delle erogazioni delle quali si giova l'intera categoria e di vincolare in tal senso la contribuzione di detti soggetti*”. «*[L]a solidarietà endocategoriale che il legislatore si è preoccupato di non far venire improvvisamente meno*», è finalizzata ad «*assicurare l'idonea provvista di mezzi*».

Infine è stata evidenziata la necessità di tutelare gli equilibri finanziari delle Casse previdenziali, essendo tale condizione “*intrinsecamente funzionale alla garanzia delle posizioni previdenziali degli associati, a sua volta riconducibile all'art. 38 Cost.*”.

3.1 (segue) La “comunanza di interessi”

La sentenza della Corte costituzionale n. 7/2017 ha posto in evidenza un aspetto rimasto in secondo piano, rivelando il vero fondamento della legittimazione costituzionale dell'attività delle Casse previdenziali.

Il Giudice delle Leggi ha fatto riferimento alla “comunanza di interessi” in diverse occasioni²⁸; la prima sentenza riguardava la Cassa forense. In questa decisione si è esclusa la violazione dell’art. 38 qualora le prestazioni patrimoniali necessarie per l’assolvimento dei compiti previsti dal quarto comma, siano poste a carico di soggetti diversi dallo Stato, determinabili sulla base di una comunanza, specifica o generica, di interessi o di un collegamento, diretto o indiretto, tra la causa dell’imposizione e le finalità da conseguire. E’ stato ritenuto irrilevante che il perseguimento di dette finalità anziché avvenire mediante erogazioni poste direttamente a carico dello Stato o con gli ordinari strumenti, si attuasse con mezzi diversi ed in particolare con l’imposizione, da parte di leggi dello Stato, di “prestazioni patrimoniali nella forma del contributi”²⁹. Se la finalità da perseguire risponde alla tutela di un interesse pubblico, tale interesse non viene meno, né viene snaturato, se alla sua realizzazione si procede in uno dei modi consentiti dall’ordinamento giuridico.

La Corte costituzionale ha ricondotto all’articolo 2 tutte le disposizioni in cui la Costituzione chiede al singolo cittadino o ad articolazioni della comunità di esercitare prerogative, facoltà, responsabilità, doveri connessi allo svolgimento di attività che presentino profili di interesse generale. Esiste un principio generale della collaborazione civica in base al quale ogni cittadino è, secondo i casi, obbligato o facultato a svolgere attività richieste, con carattere di assoluta e urgente necessità, nel comune interesse, per far fronte a eventi rispetto ai quali, data la loro eccezionalità o imprevedibilità, le autorità costituite non siano in grado di intervenire con la necessaria tempestività, oppure in misura sufficiente al bisogno. Il ricorso al privato viene ricondotto all’art. 2 Cost. e al riferimento ai “doveri di solidarietà sociale”³⁰.

28 La Corte costituzionale ha utilizzato l’argomento della “comunanza di interessi” nelle decisioni nn. 23/1968, 112/ 1975, nn. 194/ 81, 187/1975, 40/1982, 423/1988, 188/1991, 174/2012, 285/2012, 223/2015. In dottrina v. F. MANGANARO, *Le amministrazioni pubbliche in forma privatistica: fondazioni, associazioni e organizzazioni civiche*, in *Dir. amm.*, 2014, pag. 45

29 Corte costituzionale, sentenza n. 70/1960

Il Giudice delle Leggi ha ricondotto il principio della comunanza di interessi anche ad un'altra norma costituzionale, l'art. 43 che contempla espressamente e proprio nell'ambito dei rapporti economici la possibilità per «comunità di lavoratori o di utenti» di ottenere la riserva di «determinate imprese o categorie di imprese, che si riferiscano a servizi pubblici essenziali o a fonti di energia o a situazioni di monopolio e abbiano carattere di preminente interesse generale». L'opzione della “collettivizzazione” può attuarsi attraverso la “socializzazione”³¹.

Le comunità di lavoratori o di utenti appaiono, quindi, come un'espressione diretta dell'“organizzazione politica, economica e sociale del Paese, cui i cittadini hanno diritto di partecipare contribuendo alla realizzazione della “democrazia economica”³².

La disposizione costituzionale riflette la volontà del legislatore costituente di affidare l'iniziativa economica a formazioni sociali dotate di un sufficiente grado di autonomia, ritenendole soggetti non animati da mire egoistiche di lu-

30 Così C. ESPOSITO, *Autonomie locali e decentramento amministrativo nell'art. 5 della Costituzione*, in *La Costituzione italiana*, Padova 1954, p. 69 e 83, nel 1954 aveva visto nell'unità e indivisibilità della Repubblica “non un principio direttivo positivo” ma “un limite al riconoscimento delle autonomie, che costituiscono invece il principio positivo”, ricavandone una sorta di divieto di “trasformare il pluralismo giuridico istituzionale in separazione o contrapposizione politica, di tal che lo stesso decentramento vuole che lo Stato da meccanismo mosso dal centro si muti in organismo vivente, composto da parti viventi, nel quale alla molteplicità degli organi corrisponde una molteplicità di vita e di centri di azione”. F. BENVENUTI, *L'ordinamento repubblicano*, Padova 1996, p. 49, era giunto a identificare la Repubblica con lo Stato comunità, quale “insieme dato da tutti i soggetti dotati di personalità giuridica e da tutte le società o associazioni o organismi dotati di personalità giuridica che agiscono nell'ambito dello stesso ordinamento”. Cfr. G. DOSSETTI “Persona, Stato e comunità intermedie” in “*Iustitia*”, 1953. Cfr. ampiamente F. BASSANINI, *Le Casse di Previdenza nel contesto dell'evoluzione della forma di Stato*, cit.; C. IAIONE, *Città e beni comuni*, in G. Arena, C. Iaione, *L'Italia dei beni comuni*, Roma, 2012, p. 141.

31 C. MORTATI, *La persona, lo Stato e le comunità intermedie*, Torino, 1959, pag. 174; C. BUCCI, *Economia (intervento pubblico nell')*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, 1990; V. A. LUCARELLI, *Art. 43*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, I, pag. 883 ss.

32 Cfr. A. BERTOLINO, *L'attività economica, funzioni e forme organizzative del lavoro. Il Consiglio nazionale dell'economia e del lavoro*, in *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, diretto da P. Calamandrei e A. Levi, I, Firenze, 1950. p. 434; e U. COLI, *Proprietà ed iniziativa privata*, *ivi*, pag. 378.

cro o di vantaggi politici, ma tendenti alla realizzazione di un interesse generale³³.

Le funzioni dello Stato vengono raramente svolte dall'intera collettività statale e generalmente si può tracciare una distinzione tra istituzioni dello Stato comunità, di cui fanno parte gli organi che svolgono funzioni *super partes*, e quelle dello Stato apparato, ossia quegli organi che presiedono alla cura di interessi specifici che lo Stato ordinamento riconosce come propri della funzione amministrativa.

Il legislatore ha preferito evitare di affidare allo Stato apparato tutte le funzioni tipiche di interesse generale, preferendo distribuirle tra organi e istituzioni dello Stato comunità, improntati al principio di autonomia, inteso come libertà di organizzarsi, purché non si pongano in contrasto con lo Stato³⁴.

In questa concezione dello Stato comunità comprensiva delle comunità intermedie come diretta applicazione del principio pluralista e di quello di sussidiarietà, si collocano le Casse previdenziali, come parti dello Stato comunità.

Alcuni in dottrina ritengono che le Casse previdenziali appartengono ad una terra di mezzo fra Stato e mercato che si chiama "società"³⁵. Come lo Stato-apparato, ma diversamente dal mercato, le Casse previdenziali appaiono orientate verso un fine pubblico, di interesse generale, ma allo stesso tempo esse perseguono interessi comuni ed endocategoriali come le altre formazioni sociali. Per tali ragioni, il legislatore gli ha riconosciuto una libertà di azione simile agli operatori di mercato, che si riflette anche nella libertà di scelta della propria morfologia.

Le Casse di previdenza, infatti, sono originariamente soggetti pubblici formalmente privati, divenute soggetti privati, ma sempre funzionali alla cura di

33 V. ONIDA, *Conclusioni*, in *La sovranità popolare nel pensiero di Esposito*, Crisafulli, Paladin, Padova, 2004, pag. 255-261.

34 A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 1978, pag. 4; C. MORTATI, *La persona, lo Stato e le comunità intermedie*, Torino, 1959, pag. 174.

35 C. IAIONE, *Le Casse di Previdenza come strumento di autoorganizzazione delle comunità di professionisti*, in *Rivista Astrid*, 2017

interessi generali, così come le fondazioni di tipo associativo, associazioni e organizzazioni civiche, ed al pari di queste devono essere sottoponibili ad una medesima disciplina giuridica “mista” tra pubblico e privato, una terza via tra enti pubblici e privati³⁶.

La peculiare organizzazione delle casse della comunità di professionisti non può non ricordare le altre comunità di soggetti che la Costituzione, ai sensi degli artt. 2 e 38 Cost., riconosce come fenomeno della società civile che nascono come autonoma risposta all'insufficienza dell'azione dello Stato, traendo la loro ragion d'essere dalla solidarietà sociale. Il principio solidarista è infatti posto dalla “*Costituzione tra i valori fondanti dell'ordinamento giuridico ... come base della convivenza sociale normativamente prefigurata dal Costituente*”³⁷; queste comunità, “*ricevono diritti e restituiscono dovere, secondo quanto risulta dall'art. 2 Cost.*”³⁸.

È con l'affermazione del principio di sussidiarietà che la Costituzione riconosce l'istanza pluralistica, nella sua duplice accezione di pluralismo sociale e di pluralismo istituzionale. Questa evoluzione istituzionale verso uno Stato in cui i cittadini e la società civile, anche e soprattutto attraverso le loro formazioni sociali, rivestono un ruolo centrale di attore autonomo e distinto dell'ordinamento impregna la Costituzione fin dalle radici nel momento in cui essa afferma il principio della sovranità popolare³⁹.

4. La controversa natura

Dalla disamina precedente emerge il carattere ibrido delle Casse previdenziali che devono erogare la previdenza di base ai loro iscritti, sui quali grava un obbligo contributivo. Il legislatore ha, infatti, escluso la possibilità di finanziamenti pubblici in loro favore, ma, allo stesso tempo ha previsto un sistema

36 G. ROSSI, *Enti pubblici associativi. Aspetti del rapporto tra gruppi sociali e pubblico potere*, Napoli, 1979; L. ELIA, G. BUSIA, *Stato democratico*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, vol. XV, Torino, 1999, pag. 56 ss.

37 Corte costituzionale, sentenza n. 519/1995

38 Corte costituzionale, sentenza n.172/1999

39 V. ATRIPALDI, *Il patto costituzionale in Assemblea costituente*, in *Studi in onore di P. Biscaretti di Ruffa*, Milano, 1987, pag. 22 ss.

di controlli che fa capo al Ministero del lavoro, a quello dell'economia ed alla Corte dei Conti.

Questo intreccio di elementi pubblicistici e privatistici ha fatto sorgere alcuni interrogativi: ci si è chiesti se le Case previdenziali possano ritenersi amministrazioni pubbliche ed entro quali limiti.

Su tale questione si è pronunciato in più occasioni il Consiglio di Stato⁴⁰ che, con la sentenza n. 6014/2012, ha affermato che l'attrazione nella sfera privatistica, operata con il d.lgs. 509/1994, riguarderebbe solo il regime della personalità giuridica, circostanza confermata anche dall'attribuzione a tali enti di forme di autonomia gestionale, organizzativa e contabile. Ma la norma citata non ha modificato il carattere pubblicistico dell'attività (di previdenza ed assistenza) istituzionale svolta, tale ragionamento ha trovato accoglimento anche dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione con la sentenza n. 7645/2020⁴¹. La privatizzazione, pertanto, si configurerebbe come un'innovazione di carattere organizzativo.

Lo svolgimento di un'attività riconosciuta di rilevanza pubblica e costituzionale viene ritenuta la principale ragione del sistema di controlli e vigilanza affidato allo Stato, mentre alla natura privatistica della soggettività giuridica vengono ascritti taluni poteri riconosciuti alle Casse previdenziali, come quello di dismissione del patrimonio immobiliare⁴² e, più in generale, l'autonomia gestionale, organizzativa, amministrativa e contabile.

In tale sentenza viene innanzitutto dichiarata una convinta adesione alla tesi di cui si è sin qui dibattuto.

In secondo luogo la figura soggettiva che veniva in considerazione – e i cui amministratori, ad avviso delle Sezioni Unite, devono soggiacere al regime sostanziale e processuale della responsabilità amministrativa per danno erariale

40 Nel senso del riconoscimento della pubblicità della sola attività istituzionale delle casse, ferma restando la natura privata delle medesime, si veda: Cons. St., sez. VI, n. 4882/2014; Id., n. 6014/2012; TAR Lazio, Roma, sez. III bis, n. 2169/2013.

41 Corte di Cassazione, SS.UU., n. 7645/2020.

42 Cons. di Stato, n. 4882/2014.

– era l'Ente nazionale di previdenza ed assistenza dei medici e degli odontoiatri (Enpam, ovvero una delle peculiari fondazioni istituite ai sensi del d.lgs. n. 509/1994, il cui art. 1, comma 2, come è noto, le qualifica espressamente – e in maniera del tutto analoga alla qualificazione che l'art. 2, comma 1, del d.lgs. n. 153/1999 dà delle fondazioni di origine bancaria⁴³ – alla stregua di «enti senza scopo di lucro», dotati di «personalità giuridica di diritto privato, ai sensi degli articoli 12 e seguenti del codice civile».

Le previsioni di cui all'art. 38, inserite nel titolo terzo della Costituzione dedicato alla disciplina dei rapporti economici, connotano uno dei tratti qualificanti la forma di Stato democratico-sociale, nel quadro dell'impegno della Repubblica a rimuovere gli ostacoli che impediscono la partecipazione di coloro che lavorano alla vita economica, sociale e politica della Nazione (art. 3, co. 2, Cost.): l'impegno dello Stato ad assicurare forme di previdenza ed assistenza non è cioè un aspetto secondario del vigente ordine costituzionale ma ne integra un connotato essenziale ed irrinunciabile. Il che equivale a dire che l'interesse pubblico affidato alle casse professionali, così come agli altri enti previdenziali, è un interesse pubblico di straordinario rilievo e di rango propriamente costituzionale⁴⁴.

43 Sulle fondazioni di origine bancaria Cfr. *ex multis*, F. CAPRIGLIONE, *Privatizzazioni e mercato: le fondazioni bancarie*, in *Banca borsa e titoli di credito*, 1996; ID *Operatività delle fondazioni bancarie e dismissione del 'controllo' sulle s.p.a. conferitarie*, in *Mondo bancario* – 1999; ID *Le fondazioni bancarie dalla 'legge Ciampi' alla 'riforma Tremonti'. Vicende di una travagliata storia*, in *Mondo bancario* – 2002; ID *Politica e finanza. Ruolo e prospettive delle fondazioni bancarie*, in *Rivista trimestrale di diritto dell'economia* – 2013; F. MERUSI, *Dalla banca pubblica alla fondazione privata. Cronaca di una riforma decennale*, Torino, 2000, 3 ss. e 107 ss. Cfr. sul tema la sentenza n. 300/2003 della Corte costituzionale, con commenti di A. MALTONI, *Le fondazioni di origine bancaria al vaglio del giudice delle leggi: enti privati a «statuto speciale»*, in *Nuove leggi civili commentate (Le)*, n. 6/2003; G. NAPOLITANO, *Le fondazioni di origine bancaria nell'«ordinamento civile»: alla ricerca del corretto equilibrio tra disciplina pubblica e autonomia privata*, in *Corriere giuridico (Il)*, n. 12/2003; C. BOTTARI (a cura di), *Fondazioni di origine bancaria e fondazioni di comunità locale*, Milano, 2005, pp. XII-442F; F. BASSANINI, *Le Fondazioni di origine bancaria, il sistema creditizio e la Repubblica della sussidiarietà*, in *Astrid Rassegna*, n. 15/2006;

44 G. COLAVITTI, *Le Casse professionali tra autonomia e controllo pubblico*, in *Federalismi.it*, n. 11/2021.

Le Casse professionali sono enti privati che curano un interesse pubblico di rilievo tale da assurgere al rango propriamente costituzionale; è uno dei casi – invero sempre più frequenti nell'ordinamento, alla luce del principio di sussidiarietà – nei quali la cura degli interessi pubblici è affidata non già allo Stato apparato, a qualche sua articolazione o ad un ente pubblico, bensì ad un ente privato: potremmo dunque ipotizzare che, almeno in via di principio, e salve diverse prescrizioni normative, le casse professionali, attesa la natura giuridica individuata dal diritto positivo, possano seguire, sul piano operativo e gestionale, forme e moduli di azione giuridica regolati dal diritto privato. In condizioni di autonomia piena, o semi-piena. Tale conclusione si rivela invero semplicistica, anche ad un sommario esame degli orientamenti più recenti della giurisprudenza italiana ed europea: la natura giuridica formalmente privata non è di per sé condizione sufficiente a collocare con certezza la disciplina giuridica di un ente nella sfera del diritto privato, così come d'altro canto, la natura giuridica formalmente pubblica non è di per sé condizione sufficiente per predicare la sicura applicazione di tutte le discipline pubblicistiche all'ente stesso⁴⁵.

Nel corso degli ultimi anni la nozione di pubblica amministrazione si è progressivamente frantumata e relativizzata⁴⁶, con il carattere flessibile della nozione di ente pubblico che hanno mutato l'assetto tradizionale: se prima la pubblica amministrazione evocava l'immagine di un pianeta con i suoi satelliti (l'amministrazione statale, in posizione di centralità, con gli altri enti pubblici che le gravitavano intorno), oggi essa ha invece assunto le sembianze di una costellazione multilivello e policentrica⁴⁷.

L'individuazione della natura giuridica non è di per sé dirimente ai fini dell'accertamento della natura degli atti compiuti, delle situazioni soggettive in rilievo e del riparto di giurisdizione. Del resto, nella conclamata crisi della sog-

45 G. COLAVITTI, *op.cit.*

46 F. FIMMANÒ, G. GRÜNER, *Fondazioni di origine bancaria e controllo della Corte dei conti*, in *Rivista della Corte dei Conti*, n. 6/2020.

47Ivi

gettività alla natura giuridica di un soggetto non corrisponde più necessariamente un'unica e predeterminata disciplina, dovendo l'interprete procedere ad un'opera di ritaglio calibrata sull'attività concretamente realizzata e sugli interessi perseguiti⁴⁸.

Vi sono soggetti di diritto privato, inquadrati in un sistema pubblicistico, che esercitano ora poteri di autonomia privata ed ora potestà amministrative, con applicazione di regimi giuridici differenti in ragione della natura dell'atto di volta in volta in rilievo.

Non è la natura del soggetto che agisce né il tipo di attività svolta, ma la natura dell'interesse da tutelare che determina il regime degli strumenti a disposizione che devono essere adeguati a tale finalità.

Dunque, il tradizionale rilievo pubblicistico può dirsi, oggi, definitivamente transitato dal profilo formale della natura giuridica del soggetto al profilo sostanziale dell'attività svolta e degli interessi perseguiti, come peraltro è anche emerso dalla “nuova” giurisprudenza del Supremo Consesso amministrativo⁴⁹.

Recentemente il Consiglio di Stato, con sentenza n. 1931/2021 ha sostenuto la tesi della giurisdizione amministrativa⁵⁰, ricordando un precedente pare-

48 Senza pretesa di esaustività cfr. G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano 2003; ID., *Soggetti privati “enti pubblici”?*, in *Dir. amm.*, 2003; V. CERULLI IRELLI, *Pubblico e privato nell'organizzazione amministrativa*, in S. RAIMONDI, R. URSI (a cura di), *Fondazioni e attività amministrativa*, Torino, 2005, p. 13 e ss.; ID., *Amministrazione pubblica e diritto privato*, Torino 2011; G. ROSSI, *Le gradazioni della natura giuridica pubblica*, in *Dir. amm.*, 2007; A. MALTONI, *Il conferimento di potestà pubbliche ai privati*, Torino, 2005; Cfr. altresì l'intero numero della rivista *P.A. Persona e Amministrazione*, 1/2021, con i contributi di F. APERIO BELLA, M. BELLAVISTA, B. MAMELI, F.G. ANGELINI, G. TROPEA. Sulle società operanti nell'orbita delle pubbliche amministrazioni, cfr., nella vastissima letteratura: C. IBBA, *Le società “legali”*, Torino 1992; ID., *Forma societaria e diritto pubblico*, in *Riv. dir. civ.*, 2010; G. OPPO, *Pubblico e privato nelle società partecipate*, in *Riv. dir. civ.*, 2005; M. CLARICH, *Società di mercato e quasi-amministrazioni*, in *Dir. amm.*, 2009; G. GRÜNER, *Enti pubblici a struttura di S.p.A.*, Torino, 2009; S. DE GOTZEN, *Le “fondazioni legali” tra diritto amministrativo e diritto privato*, Milano, 2011; F. MANGANARO, *Le amministrazioni pubbliche in forma privatistica: fondazioni, associazioni e organizzazioni civiche*, in *Dir. Amm.*, 2014; G. P. CIRILLO, *Sistema istituzionale di diritto comune*, Milano, 2018; A. MALTONI, *Le società “legali”*, in *Omnia, Trattati giuridici, Trattato delle società*, settembre 2022.

49 Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza 26/05/2015 n° 2660.

50 Tutto nasce dal fatto che gli enti e le Casse previdenziali hanno impugnato le Linee guida per l'effettuazione di pagamenti a favore delle pubbliche amministrazioni e dei gestori di pub-

re (n. 2122/2017) con il quale lo stesso Consiglio di Stato ha inquadrato le Linee guida, qui impugnate, sotto il profilo della gerarchia delle fonti, come un atto di regolazione seppur di natura tecnica, con la conseguenza che le medesime dovrebbero ritenersi pienamente giustiziabili dinanzi al giudice amministrativo, così come, peraltro, già statuito dallo stesso Consiglio di Stato con il parere n. 855/2016 in relazione alle linee guida vincolanti adottate dall'ANAC. La IV Sezione del Consiglio di Stato non ha ritenuto condivisibile la prospettazio-

blici servizi (Determina n. 209/18), adottate dall' Agenzia per l'Italia digitale - AGID , nella parte in cui prevedono l'adesione al sistema "PagoPA" anche per gli enti "di cui all'elenco annuale ISTAT relativo alle amministrazioni pubbliche inserite nel conto consolidato, individuate ai sensi dell'art. 1, comma 3, della legge n. 196/2009", ritenendo le suddette Linee guida in contrasto con gli artt. 2 e 5 del d.lgs. n. 82 del 2005; con l'art. 10 della legge n. 141 del 1992; con il d.m. del 22 maggio 1997 e con l'art. 97 della Costituzione.

Il Tar adito aveva deciso:

a) escludendo qualsiasi "estensione automatica dell'obbligo di adesione al sistema "pagoPA" alle Casse ricorrenti sulla base della citata circolare MEF n. 1 del 2015 o dell'art. 1, comma 209, della Legge n. 244/2007, volto esclusivamente alla definizione della platea dei soggetti tenuti all'osservanza degli obblighi di fatturazione elettronica, tema del tutto distinto e non sovrapponibile alla diversa materia dei pagamenti alle P.A. mediante l'apposita piattaforma tecnologica, a cui si riferiscono gli artt. 5 e 15, comma 5 bis del CAD, l'art. 15, comma 5bis del decreto-legge 179/2012 e le Linee guida in oggetto";

b) ritenendo la stessa nozione di "gestore di servizio pubblico", per quanto ampia ed elastica, non capace di includere enti peculiari quali le Casse di Previdenza ed Assistenza che non sembrano riconducibili ad alcun modello (per quanto ampio e articolato) di soggetto affidatario di un servizio pubblico o di pubblico interesse;

c) che, in virtù delle peculiarità dell'attività propria delle Casse previdenziali privatizzate, non riconducibile alla comune nozione di "servizio pubblico", così come per la loro veste soggettiva di "enti di diritto privato" (nella forma, a seconda dei casi, dell'associazione o fondazione), direttamente investiti "ex lege" di una funzione previdenziale-assistenziale (quindi non riconducibili al modello del "concessionario" né dell'affidatario di un pubblico servizio), l'assoggettamento all'obbligo di aderire alla piattaforma "pagoPA" non avrebbe potuto prescindere da una menzione espressa nella legge di questa tipologia di enti e, pertanto, in assenza di previsione espressa, l'assoggettamento non poteva ritenersi desumibile dal generico richiamo al "*genus*" eterogeneo dei "gestori di servizi pubblici";

d) che la finalità dell'obbligo di aderire al sistema nazionale dei pagamenti elettronici è costituita dal "conseguimento degli obiettivi di razionalizzazione e contenimento della spesa pubblica in materia informativa ed al fine di garantire omogeneità di offerta ed elevati livelli di sicurezza", ma "proprio le Casse di Previdenza Private sono state esplicitamente escluse dall'ambito di applicazione delle norme di contenimento della spesa pubblica, dall'art. 1, comma 183, della legge n. 207 del 2017", norma che sarebbe "stata emanata a seguito della sentenza n. 109 dell'11 gennaio 2018, con cui la Sez. IV del Consiglio di Stato, riformando una pronuncia del Tar Lazio, ha negato che una Cassa di Previdenza Privata fosse soggetta agli oneri di razionalizzazione della spesa pubblica, secondo la norma generale dettata per le Pubbliche Amministrazioni (nel caso di specie, dal comma 3 dell'art. 8 del d.l. n. 95 del 2012). Nel corso del giudizio di secondo grado, sulla legittimità costituzionale del menzionato art. 8 si è espressa la Corte costituzionale che, con la sentenza n. 7 del 2017, ha ritenuto la norma incostituzionale laddove la

ne del ricorrente circa la illegittimità costituzionale dell'art. 15, comma 5 bis, del d.l. n. 179/2012 per violazione degli artt. 3,38 e 97 Cost.

Nel merito, si è osservato che le Casse e gli Enti previdenziali, in relazione alle loro funzioni istituzionali, che trovano anche una rispondenza nell'art. 38 della Costituzione, pur non rientrando nella definizione di "Pubblica Amministrazione" dell'art. 1, comma 2, del d.lgs. n. 165/2001, sono attratti nella sfera dei soggetti che gestiscono un servizio di rilievo pubblicistico e che chiari indici di ciò sono il potere di vigilanza ministeriale, ai sensi dell'art. 3 del d.lgs. n. 509/1994, nonché la sottoposizione al controllo della Corte dei Conti sulla gestione.

Tale controllo che non viene esplicitamente qualificato dal legislatore è da intendersi ai sensi dell'art. 3, comma 4 e ss. della legge n. 20/1994, al fine di assicurarne la legalità e l'efficacia. Il controllo in questione non è riconducibile a – ma, anzi, è «essenzialmente diverso» da – quelli ai quali si riferisce l'art. 100, comma 2, Cost. Si tratta, infatti, di un istituto che il Costituente non ha previsto, ma la cui attuazione non è preclusa dalle norme costituzionali sui controlli. Le differenze “di fondo”, rispetto ai controlli contabili e di legittimità, sono due. Mentre i primi hanno ad oggetto i singoli atti, il secondo riguarda l'attività considerata nell'insieme dei suoi effetti operativi e sociali. Mentre, con riferimento ai primi, la Corte dei Conti è chiamata a «verificare, con una valutazione *ex ante*, la conformità di determinati atti della pubblica amministrazione rispetto alle previsioni legislative e di bilancio, tenendo conto anche degli obiettivi prefissati dal legislatore», con riferimento al secondo, invece, essa «*verifica [...] la legittimità e la regolarità delle gestioni, nonché il funzionamento dei controlli interni a ciascuna amministrazione*» e «*Accerta, anche in base all'esito di altri controlli, la rispondenza dei risultati dell'attività amministrativa agli obiettivi stabiliti dalla legge, valutando comparativamente costi, modi e tempi dello svolgimento dell'azione amministrativa*» (art. 3, comma 4).

si interpreti nel senso che le Casse siano onerate a versare annualmente l'importo determinato dalla norma citata a favore del bilancio dello Stato."

Si tratta, perciò, di una forma di controllo radicalmente diversa dal paradigma dei controlli contabili e di legittimità, poiché non si basa (soltanto) su parametri di stretta legalità, ma (soprattutto) sulla verifica della corrispondenza strategica tra obiettivi e risultati, alla stregua dei principi di efficienza, efficacia ed economicità⁵¹.

In riferimento alla loro inclusione nel conto consolidato ISTAT, gli Enti e le Casse di previdenza privatizzate fruiscono di finanziamenti pubblici, sia pure in modo indiretto e mediato, attraverso risorse comunque distolte da quelle destinate a fini generali; tale conclusione è resa ancora più evidente dal fatto che il legislatore ha ricompreso il settore della previdenza complementare nella normativa dettata in tema di controllo del disavanzo del settore ai sensi della legge n. 662/1996 nonché nella riforma del sistema pensionistico obbligatorio e complementare ai sensi della legge n. 335/1995.

Da un punto di vista strettamente normativo, l'art. 15, comma 5 bis, del d.l. n. 179/2012 (c.d. decreto crescita 2), convertito in legge n. 221/2012, che prevede l'obbligo di avvalersi del sistema unico di incasso e pagamento di cui all'art. 81 del d.lgs. n. 82/2005, riferisce tale obbligo alle pubbliche amministrazioni *tout court*, senza alcun riferimento all'art. 1, comma 2, del d.lgs. n. 165/2001, per cui le Linee guida, nel dare attuazione al dettato normativo primario, hanno considerato tutti i soggetti sottoposti al Codice dell'Amministrazione digitale - CAD, tra cui quelli che gestiscono servizi che hanno un rilievo di interesse generale pubblici e quindi, per quanto sopra argomentato, anche le Casse e gli Enti previdenziali privatizzati.

Da un punto di vista logico e sistematico, l'obbligatorio inserimento nel sistema di pagamento in questione si inquadra nel processo di digitalizzazione dei flussi finanziari sia dal lato delle entrate che delle uscite di tutti i soggetti che, in quanto inseriti nel c.d. elenco dell'ISTAT, ineriscono comunque al bilancio dello Stato.

51 F. FIMMANÒ, G. GRÜNER, *op. cit.*

L'inserimento degli enti e della Casse previdenziali private riflette pienamente la "volontà" del legislatore, così come esplicitata sia a livello eurounitario sia a livello interno dal comma 5 bis dell'art. 15 del d.l. n. 179/2012 convertito in legge n. 221/2012, che non reca alcuna delimitazione alla definizione di Pubbliche Amministrazioni con riferimento all'ambito applicativo del Codice per l'Amministrazione digitale soltanto al perimetro disegnato dall'art. 1, comma 2, del d.lgs. n. 165/2001.

Gli Enti in esame conservano, nonostante la privatizzazione avvenuta sotto il profilo organizzativo, una funzione strettamente correlata all'interesse pubblico, per cui l'obbligatoria utilizzazione della piattaforma di pagamento PagoPA non appare eccentrica rispetto a tale loro funzione.

5. Applicabilità del d.lgs. n. 50/2016

In merito al rispetto di tali Enti del d.lgs. n. 50/2016 (d'ora in poi "Codice dei Contratti pubblici" o "Codice") occorre analizzare se tali Enti siano o meno configurabili come organismi di diritto pubblico.

Le Casse professionali soddisfano certamente i primi due requisiti (hanno la personalità giuridica, e svolgono una missione istituzionale di interesse pubblico), la dottrina s'interroga se soddisfano quello che consiste nella c.d. influenza pubblica dominante. È infatti consolidata nella giurisprudenza della Corte di Giustizia la conclusione che, per essere definibile come tale, l'organismo di diritto pubblico deve essere "dipendente strettamente dallo Stato, da enti pubblici, da enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico"⁵².

In dottrina si sostiene che l'obbligatorietà dei contributi fissata per legge non può del resto essere considerata una forma di finanziamento pubblico⁵³.

52 Corte di giustizia, 1 febbraio 2001, in causa C-237/99, punto n. 39. In dottrina G. COLAVITTI, *op. cit.* Sulla nozione di organismo di diritto pubblico Cfr. *ex multis* M.P. CHITI, *L'organismo di diritto pubblico e la nozione comunitaria di pubblica amministrazione*, Bologna, 2000; S.VINTI, *Organismo di diritto pubblico*, in *Diritto online*, 2016.

53 G.COLAVITTI, *op.cit.*

Nell'escludere espressamente la natura di organismo di diritto pubblico in capo agli ordini professionali, la Corte di Giustizia UE ha preso in esame proprio la questione della imposizione dell'obbligo contributivo a carico degli iscritti. Secondo la Corte, un ordine professionale con personalità giuridica di diritto pubblico non soddisfa il requisito del finanziamento maggioritario da parte dell'autorità pubblica, quando è invece finanziato dai contributi degli iscritti, anche se il potere impositivo è fissato dalla legge, giacché la legge non stabilisce *“la portata e le forme delle attività che tale organismo deve svolgere nell'ambito dell'esercizio delle sue funzioni istituzionali”*; e non soddisfa neanche il requisito del controllo di gestione *“per il solo fatto che la decisione con cui lo stesso organismo fissa l'importo dei suddetti contributi deve essere approvata da un'autorità di controllo”*⁵⁴. La Corte di Giustizia ha escluso la “dominanza pubblica” proprio perché la legge tedesca, nel caso di specie, non consente allo Stato di influenzare lo svolgimento delle funzioni dell'ente, anche se fissa il potere impositivo.

Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione con l'ordinanza n. 32608/2019 hanno escluso la sussistenza della giurisdizione della Corte dei Conti nel caso di pregiudizio arrecato al bilancio di un ente trasformato in fondazione di diritto privato, sul presupposto che quest'ultimo non possa essere configurato come una vera e propria “amministrazione pubblica”; in un'altra ordinanza, la n. 7645/2020, invece, la suddetta giurisdizione viene radicata sull'assunto che il medesimo ente, pur conservando una veste privatistica, debba essere qualificato come organismo di diritto pubblico e dunque ricompreso tra le pubbliche amministrazioni.

Le Casse previdenziali svolgono di fatto la funzione pubblicistica espressamente prevista dall'art. 38 della Costituzione, consistente nello svolgimento dell'attività di previdenza e assistenza a favore dei liberi professionisti.

Quanto al requisito dell'influenza dominante, le Casse non sono finanziate in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri

⁵⁴ Corte di giustizia 12 settembre 2013, in causa C-526/201.

organismi di diritto pubblico, né i propri organi sono costituiti da membri designati per più della metà dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico. Tuttavia, dalla lettura degli artt. 2 e 3 del d.lgs. 509/94 (applicabili, in generale, a tutte le Casse previdenziali), si evince che il controllo esercitato dallo Stato è particolarmente incisivo.

Tali articoli, invero, evidenziano numerosi ed incisivi momenti di ingerenza e intervento nell'attività gestionale, organizzativa e contabile dell'Ente previdenziale privatizzato: si veda, ad esempio, la previsione della nomina – ad opera del Ministro del Lavoro e della Previdenza Sociale, di concerto con il Ministro del Tesoro e gli altri Ministri competenti – di un commissario straordinario con il compito di salvaguardare la corretta gestione dell'ente, nel caso in cui gli organi di amministrazione e di rappresentanza si rendano responsabili di gravi violazioni di legge afferenti alla corretta gestione dell'associazione o della fondazione.

Si veda, altresì, la previsione del potere di vigilanza affidato al Ministero del lavoro e della previdenza sociale e agli altri Ministeri di cui all'art. 3, comma 1, del d.lgs. n. 509/94. Nell'esercizio della vigilanza, in particolar modo, i suddetti Ministeri approvano lo statuto e i regolamenti delle Casse previdenziali nonché le delibere in materia di contributi e prestazioni. Il Ministero del lavoro e della previdenza sociale, d'intesa con i Ministeri di cui al comma 1, può formulare motivati rilievi sui bilanci preventivi e i conti consuntivi, sulle note di variazione al bilancio di previsione, sui criteri di individuazione e di ripartizione del rischio nella scelta degli investimenti e sulle delibere contenenti criteri direttivi generali. Nel collegio dei sindaci delle Casse previdenziali deve essere assicurata la presenza di rappresentanti delle predette Amministrazioni.

Inoltre, è appena il caso di rammentare, che anche l'Allegato IV del Codice dei contratti pubblici (rubricato "*Elenco degli organismi e delle categorie di organismi di diritto pubblico nei settori ordinari*") qualifica espressamente come organi-

smi di diritto pubblico gli enti che gestiscono forme obbligatorie di previdenza e di assistenza, come la Casse qui analizzate.

Anche il Consiglio di Stato ha preso in passato posizione sul punto. In particolare, con sentenza n. 6014/2012, il Supremo Consesso amministrativo ha ritenuto che la privatizzazione degli enti previdenziali operata dal d.lgs. n. 509/1994, ha riguardato il solo regime della personalità giuridica, lasciando invece ferma l'obbligatorietà dell'iscrizione e della contribuzione. Oltre a ciò, è rimasta ferma la natura di pubblico servizio dell'attività svolta, il Consiglio di Stato, invero, ha rilevato che *“il finanziamento connesso con gli sgravi e la fiscalizzazione degli oneri sociali, insieme alla obbligatorietà dell'iscrizione e della contribuzione, garantiti agli Enti previdenziali privatizzati dall'art. 1 comma 3 del predetto decreto legislativo, valgono a configurare un sistema di finanziamento pubblico, sia pure indiretto e mediato attraverso risorse comunque distolte dal cumulo di quelle destinate a fini generali”*.

Da ultimo, con la più volte menzionata ordinanza n. 7645/2020, le SS.UU. della Suprema Corte di Cassazione hanno definitivamente chiarito gli aspetti pubblicistici degli enti previdenziali, precisando per l'Ente in questione⁵⁵, che *“Viene altresì in evidenza la disposizione (l'allegato IV del codice dei contratti pubblici, approvato con il d.lgs. 50/2016) ... che qualifica la Fondazione Enpam come organismo di diritto pubblico. E sebbene la detta qualificazione sia destinata a rilevare sul piano della disciplina di derivazione comunitaria in materia di aggiudicazione degli appalti ad evidenza pubblica e a garantire la massima concorrenza tra operatori economici ... non v'è dubbio che l'applicazione delle regole in materia di contratti pubblici è altresì funzionale ad una maggiore attenzione alla gestione delle “risorse pubbliche”, consentendo all'ente aggiudicatore di individuare il miglior operatore economico, in una logica anche di trasparenza e di spesa più efficiente”*.

6 Conclusioni

Stante quanto fin qui descritto occorre fare delle brevi conclusioni.

55 Fondazione Enpam - Ente nazionale di previdenza e assistenza medici

Come abbiamo avuto modo di analizzare le Casse previdenziali subiscono numerosi controlli da parte dei poteri pubblici, nonché i tutti gli iscritti alle Casse hanno l'obbligatorietà dell'iscrizione e quindi del finanziamento – che non consente la libertà di agire in modo diverso, né eventualmente recedere.

Questo fa presagire che esiste anche il terzo requisito dell'influenza pubblica dominante per poter essere definito organismo di diritto pubblico.

Pertanto le Casse previdenziali rientrano nell'alveo della categoria degli organismi di diritto pubblico di cui all'art. 3, comma 1, lett. d) del d.lgs. n. 50/2016, e quindi assoggettate all'integrale rispetto del Codice dei contratti.

Ma non è solo questo il ragionamento da fare, a parere di chi scrive, la normativa - analizzata - intervenuta non ha modificato il carattere pubblicistico dell'attività istituzionale di previdenza ed assistenza, che mantiene non solo una funzione strettamente correlata all'interesse pubblico, ma è ispirato ad un criterio solidaristico e non già esclusivamente mutualistico⁵⁶. È tale connotazione solidaristica che giustifica e legittima l'obbligatorietà dell'iscrizione alla Cassa e la sottoposizione dell'iscritto al suo regime previdenziale e segnatamente agli obblighi contributivi. Si ha quindi che l'iscritto che obbligatoriamente accede al sistema previdenziale della Cassa (anche se magari ente con personalità giuridica di diritto privato), partecipa, nel complesso ed in generale, al sistema delle prestazioni di quest'ultima, il cui intervento, al verificarsi di eventi coperti dall'assicurazione di natura previdenziale, si pone in rapporto causale con l'obbligo contributivo senza che sia necessario alcun più stretto ed individualizzato nesso di corrispettività sinallagmatica tra contribuzione e prestazioni⁵⁷. È questo criterio solidaristico che assicura la corrispondenza al paradigma della tutela previdenziale garantita dall'art. 38, secondo comma, Costituzione. I poteri pubblici è vero che non devono provvedere a farlo, ma utilizzano enti tra-

56 Sul criterio solidaristico della Costituzione cfr. G. LOMBARDI, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, Milano, 1967; D. BORGONOVO RE, *I doveri inderogabili di solidarietà*, in D. FLORENZANO - D. BORGONOVO RE - F. CORTESE, *Diritti inviolabili, doveri di solidarietà e principio di eguaglianza. Un'introduzione*, Torino, 2015, 53 ss.

57 Si veda Corte costituzionale, sentenza n. 67/2018

sformati di diritto privato e ne continuano a prevedere penetranti controlli. Non vi provvedono quindi direttamente⁵⁸, ma tramite enti che continuano a controllare. Il *nomen* pubblico o privato non è più dirimente, è il principio di sussidiarietà che fornisce un nuovo criterio nella distribuzione delle funzioni amministrative, secondo una logica di collaborazione istituzionale, pubblico privata; sono infatti gli enti, pubblici o privati, più vicini ai soggetti amministrati a risultare perciò anche i più idonei, come nel caso di questo studio, ad individuare i bisogni particolari. Ma sempre nel rispetto dei principi costituzionali.

Si tratta, a ben vedere, di un regime giuridico che potrebbe essere definito di diritto privato “particolare” o “eccezionale”, particolare o eccezionale in quanto strettamente connesso alle finalità cui deve tendere l'azione delle figure soggettive analizzate, coincidenti con interessi pubblici tradizionalmente affidati alla cura in concreto dei poteri pubblici e comunque previsti dalla Costituzione. La loro attività erogativa consente di riconoscere in capo alle Casse previdenziali – indipendentemente quindi sia dal *nomen*, sia dalla loro forma – l'esercizio di attività e funzioni pubbliche, considerato che non sussiste alcuna differenza tra la funzione pubblica, intesa come cura degli interessi pubblici, e la funzione privata, intesa come perseguimento di interessi generali o collettivi⁵⁹.

58 S. CASSESE, *Gli enti previdenziali privatizzati*, cit.

59 Su quest'ultimo punto, in relazione all'attività delle Fondazioni bancarie ed agli interessi perseguiti, si vedano G. MORBIDELLI, *Le attività delle Fondazioni tra diritto pubblico e diritto privato*, in F.A. ROVERSI MONACO, M. CAMMELLI, L. VANDELLI (a cura di), *Forme private e interessi generali: quale ruolo per le fondazioni?*, Bologna, 2012; F. FIMMANÒ, G. GRÜNER, *op. cit.*