



UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
FIRENZE

DOTTORATO DI RICERCA IN
Diritto pubblico – diritto urbanistico e dell’ambiente

CICLO XXV

COORDINATORE
Prof. Leonardo Ferrara

TRA AUTONOMIA E GARANZIE.
REGIMI DELL’ATTIVITÀ AMMINISTRATIVA
DI SOGGETTI PRIVATI

Settore Scientifico Disciplinare IUS/10

Dottorando
Dott. Ippolito Piazza

Tutore
Prof. Leonardo Ferrara

Coordinatore
Prof. Leonardo Ferrara

Anni 2010/2012

INDICE

PREMESSA	1
----------------	---

CAPITOLO I

L'ATTIVITÀ AMMINISTRATIVA DI SOGGETTI PRIVATI NEL CONTESTO ATTUALE

1. L'esercizio privato di attività amministrative nella legge sul procedimento.	7
1.1. L'art. 1, comma 1-ter, L. 241/1990: ragioni di una sottovalutazione e motivi di interesse.	7
1.2. I problemi interpretativi posti dalla norma e le possibili soluzioni.....	12
1.2.1. I soggetti privati preposti all'esercizio di attività amministrative... ..	12
1.2.2. Il rispetto dei criteri e dei principi dell'attività amministrativa.....	17
1.2.3. Una diversa prospettiva: principi dell'attività amministrativa e diritto privato.....	21
2. L'attività oggettivamente amministrativa.	23
2.1. L'irrilevanza dei profili soggettivi. La nozione di pubblica amministrazione ai fini del diritto d'accesso e della giurisdizione.	23
2.2. La riemersione dei profili soggettivi. L'art. 29, L. 241/1990 e le differenze tra soggetti formalmente e autenticamente privati.....	27
3. La prospettiva delle garanzie degli amministrati e il ruolo della norma del comma 1-ter.	28

CAPITOLO II

LE REGOLE APPLICABILI ALL'ATTIVITÀ AMMINISTRATIVA DEI PRIVATI

1. Ipotesi di attività amministrativa di soggetti privati. Il rispetto delle garanzie tra forma e sostanza.	30
1.1. L'attività di attestazione delle Soa: contratto, esercizio privato di pubblica funzione, prescrizioni organizzative.....	31
1.2. Limiti statutari e natura dell'attività svolta dalle Soa: l'intervento della Corte costituzionale.	38

1.3. L'esercizio di poteri espropriativi da parte di soggetti privati.....	39
1.4. L'esercizio di poteri discrezionali da parte di privati: ammissibilità, ipotesi e sindacato giurisdizionale.	46
2. I principi di imparzialità e buon andamento.	49
2.1. Il principio di imparzialità nell'attività amministrativa svolta da privati. .	51
2.2. (segue) La parzialità del soggetto privato.	54
2.3. Il principio di buon andamento nei rapporti tra privati esercenti attività amministrative e amministrati.....	56
3. Prospettive applicative del comma 1-ter.....	59

CAPITOLO III

L'ATTO AMMINISTRATIVO' DEL SOGGETTO PRIVATO

1. Il problema dell'atto amministrativo' del soggetto privato.....	63
1.1. Un problema risalente.....	63
1.2. Un problema ancora attuale.....	66
1.3. Alcune implicazioni: definizioni, disciplina, giurisdizione.....	69
2. I vizi dell'atto amministrativo del soggetto privato.....	71
2.1. L'incompetenza e l'organizzazione del soggetto privato.....	71
2.2. La violazione di legge.....	76
2.3. L'eccesso di potere (e l'attività discrezionale).....	77

CAPITOLO IV

CONCLUSIONI

1. Dalla pubblica amministrazione ai soggetti privati: elementi di continuità. ..	81
2. (segue) Le specificità dei soggetti privati e dei soggetti (sostanzialmente) pubblici.....	83

BIBLIOGRAFIA.....	86
-------------------	----

PREMESSA

Il punto di partenza della ricerca ha costituito anche la lente attraverso cui si è cercato di analizzare il fenomeno che ne è l'oggetto: l'esercizio privato di pubbliche funzioni. Si è scelto di partire da una norma, introdotta non troppi anni fa in apertura della legge sul procedimento amministrativo, che sottopone i soggetti privati preposti all'esercizio di attività amministrative al rispetto dei criteri e dei principi che informano l'attività delle pubbliche amministrazioni (art. 1, c. 1-*ter*, legge 7 agosto 1990, n. 241).

Si tratta di una norma di principio posta dal legislatore, che con essa intendeva prendere atto di una realtà in espansione nel nostro ordinamento e tentava di disciplinarla. Tuttavia, il tentativo è stato fatto senza troppa consapevolezza, essendosi il legislatore limitato a un richiamo dal quale emergevano chiare le intenzioni ma non le conseguenze giuridiche.

Il richiamo è comunque significativo: non solo perché ha un valore simbolico, ma anche perché mette in primo piano i principi dell'azione amministrativa e le garanzie degli individui. Se osservato dal punto di vista della tutela privata, il comma 1-*ter* sembra, invero, manifestare una carica di originalità che lo allontana dalle accuse di irrilevanza formulate a suo carico. Il tema delle garanzie degli amministrati acquista, infatti, nell'ambito dell'esercizio privato di pubbliche funzioni, nuove dimensioni.

Anzitutto, il problema del bilanciamento tra efficienza e garanzie si pone con maggiore evidenza rispetto al caso dell'azione amministrativa svolta da soggetti pubblici: è in nome dell'efficienza che si giustifica l'attribuzione di compiti pubblicistici a soggetti estranei alla pubblica amministrazione e la

realizzazione dell'efficienza passa spesso attraverso una diminuzione delle garanzie che accompagnano normalmente l'esercizio di pubblici poteri.

Inoltre, i soggetti privati esercenti pubbliche funzioni, per un verso, possono considerarsi al pari della pubblica amministrazione, delle 'parti imparziali', nella misura in cui la loro azione è preordinata al raggiungimento di un interesse pubblico; ma, per altro verso, essi sono strutturalmente 'parti parziali', dal momento che sono portatori (anche) di un loro interesse, normalmente di natura economica, che li rende direttamente coinvolti nella questione che sono chiamati a gestire. L'interesse pubblico e l'interesse privato (del soggetto agente) non sono necessariamente coincidenti, anzi si presentano spesso confliggenti: è facile comprendere, allora, come l'esigenza di garantire i soggetti incisi dall'azione dei privati esercenti pubbliche funzioni si presenti particolarmente forte. Neppure stupisce, poi, che i principi dell'azione amministrativa, richiedano, per la loro applicazione, di essere considerati alla luce della peculiare natura dell'agente. Si pensi, per tutti, al principio di imparzialità, che assume un significato ulteriore rispetto a quelli tradizionali: l'imparzialità si realizza qui anche nell'indifferenza del fine privato rispetto all'esercizio dell'attività amministrativa.

La norma del comma 1-ter suscita, per di più, interesse perché si inserisce in un percorso di oggettivizzazione dell'azione amministrativa, che trova riscontri anche sul versante processuale, ove si consideri l'evoluzione della giurisdizione amministrativa, specialmente nella legislazione più recente (ci si riferisce, in particolare, all'art. 7, c. 2 del Codice del processo amministrativo che equipara alle pubbliche amministrazioni i soggetti tenuti al rispetto dei principi del procedimento amministrativo). Sempre nell'ottica delle garanzie private, tale percorso pone un evidente problema di certezza del diritto, poiché è necessario capire quali istituti costruiti sullo schema della tutela avverso il pubblico potere possano applicarsi anche ai soggetti privati.

Si è ritenuto, quindi, che la lente del comma 1-ter, pur non potendo restituire un'immagine nitida e completa di tutto il fenomeno dell'esercizio

privato di pubbliche funzioni, potesse comunque consentire di mettere a fuoco alcuni elementi di particolare interesse.

La scelta del punto di osservazione e l'interesse per alcuni profili rendono necessarie due considerazioni di metodo.

La prima discende dal fatto che l'indagine, su un piano generale, impone di misurarsi con i concetti 'tipici' del diritto amministrativo, quali quelli di provvedimento e di discrezionalità, per capire in che misura la qualificazione privata del soggetto agente renda necessaria una loro ri-definizione. Per evidenti esigenze pratiche, in riferimento a tali concetti, ci si è dovuti limitare ad accogliere definizioni generalmente accettate e consuete, non potendosi svolgere gli approfondimenti che pure i temi avrebbero meritato.

La seconda considerazione attiene alla scelta delle ipotesi. Nella nozione di esercizio privato di pubbliche funzioni rientrano casi numerosissimi e diversi tra loro: cercare di rappresentarli tutti avrebbe costituito uno sforzo che avrebbe oltrepassato i limiti del presente lavoro. Si è scelto, dunque, di concentrare l'attenzione su ipotesi dalle quali potessero emergere più chiaramente i profili di interesse dell'indagine.

Il presente lavoro si propone, quindi, di verificare in che misura siano applicabili i principi dell'azione amministrativa all'agire dei soggetti privati. Punto di partenza, come anticipato, è la consapevolezza che la natura (privata) del soggetto agente non possa determinare una riduzione dell'esigenza di garanzia che tradizionalmente accompagna l'esercizio di un pubblico potere: il problema della imparzialità, cui si è fatto cenno, ne è una conferma.

L'indagine è attraversata dalla necessità di chiarire, nell'ottica della tutela degli amministrati, il significato del rinvio ai principi dell'azione amministrativa di cui al comma 1-ter e, in particolare, in quale rapporto si ponga tale rinvio con le regole procedurali espresse dalla L. 241/1990.

Nello specifico, l'analisi si articola nel modo seguente.

Nel primo capitolo si è definito, anzitutto, il contesto in cui si inserisce il comma 1-ter, analizzando anche le tappe che hanno preceduto la sua emanazione. Si è cercato, in tal modo, di mettere in discussione l'idea consolidata per cui il

comma 1-ter sarebbe privo di rilievo pratico, potendo al più essere utilizzato per rafforzare una tendenza, consolidata nel nostro ordinamento, a estendere il regime pubblicistico a manifestazioni privatistiche dell'azione amministrativa.

Successivamente, si sono analizzate alcune questioni interpretative poste dal comma 1-ter. In particolare, per un verso, si è prestata attenzione al suo ambito applicativo, sia sotto il profilo oggettivo (attraverso la delimitazione della nozione di «attività amministrativa») sia sotto il profilo soggettivo (attraverso la individuazione dei «soggetti privati»); per altro verso, si è tentata una sua interpretazione sistematica in relazione ad altre disposizioni della legge sul procedimento (per esempio, gli artt. 2-bis e 29).

Nella seconda parte del capitolo I si è introdotto il concetto di attività oggettivamente amministrativa, attorno al quale ruota l'intera indagine. Il comma 1-ter, infatti, compie un decisivo passo in avanti nel processo di oggettivizzazione della attività amministrativa, rendendo recessivi i profili inerenti alla qualificazione (pubblica o privata) del soggetto agente e accentuando l'importanza delle garanzie soggettive. In chiusura, si è chiarito il parametro secondo cui si ritiene debba essere letto il comma in questione: si è avanzata cioè l'idea che la disposizione contribuisca a individuare e fondare un insieme di garanzie dell'amministrato, le quali debbano trovare attuazione indipendentemente dalla natura del soggetto che svolga l'attività amministrativa.

Il capitolo successivo (cap. II) è dedicato allo studio di alcune ipotesi che sono ritenute particolarmente significative ai nostri fini: l'attività di attestazione delle Soa, l'esercizio di poteri espropriativi e di poteri discrezionali da parte di soggetti privati. Con riferimento a ciascuna di queste fattispecie si è trattato di individuare le questioni applicative che vengono in gioco. In particolare, l'attenzione è stata volta alla qualificazione della attività e ai riflessi che tale qualificazione produce sul piano del sindacato giurisdizionale, cercando di rilevare quali siano le conseguenze nel rapporto tra soggetti esercenti e amministrati.

La parte successiva del capitolo II è dedicata a due principi cardine dell'organizzazione e dell'attività amministrativa, l'imparzialità e il buon andamento. Si è cercato di verificare se si tratti di principi rilevanti nelle ipotesi

esaminate e, soprattutto, si è analizzato il modo in cui essi si atteggiavano nel caso di attività amministrativa di soggetti privati. Nello specifico, si sono individuati, tra i possibili significati di tali principi, quali fossero trasportabili nel campo dell'esercizio privato di pubbliche funzioni e in che modo essi costituissero fonte di garanzia per i soggetti toccati dall'azione amministrativa. Si è, inoltre, messa in risalto, a proposito dell'imparzialità, la natura di 'parte parziale' propria dei privati che svolgono attività amministrative.

Sulla base dell'analisi svolta, si è quindi formulata una ipotesi interpretativa della disposizione in esame capace di risolvere l'alternativa tra principi e regole nell'applicazione della legge sul procedimento.

L'ultimo capitolo (cap. III) è rivolto alla verifica dei riflessi che la prospettata conformazione dell'attività amministrativa dei soggetti privati ha sugli atti che gli stessi emanano. In particolare, il tema fa emergere tre questioni, tra loro intimamente connesse: una questione definitoria, che si collega alla individuazione dei confini soggettivi della nozione di pubblica amministrazione; una questione sostanziale, inerente al regime giuridico dell'attività amministrativa svolta da soggetti privati e, in particolare, ai margini di adattabilità della disciplina dei vizi dell'atto; una questione, infine, processuale, che scaturisce dal dualismo giurisdizionale che caratterizza l'assetto della giustizia amministrativa italiana.

Tenendo sullo sfondo tale intreccio, si è trattato, anzitutto, di dimostrare come non esistano ostacoli a riconoscere l'esistenza, accanto all'attività, anche di atti 'oggettivamente' amministrativi, con rilevanti conseguenze in termini di giurisdizione.

Poi, si è volta l'attenzione agli aspetti patologici dell'attività amministrativa dei soggetti privati e, dunque, ai vizi degli atti amministrativi emanati da privati. Sulla base di quanto sostenuto in precedenza, si è proceduto alla verifica dei margini di applicabilità dei tradizionali vizi del provvedimento all'attività svolta dal soggetto privato in funzione pubblica. In proposito, si è ritenuto di respingere soluzioni che tendano a una generalizzata esclusione o, al contrario, configurabilità dei vizi di legittimità degli atti amministrativi di soggetti privati, in

favore di una valutazione puntuale delle varie fattispecie, al fine di accertare quali di essi siano effettivamente rilevabili.

CAPITOLO I

L'ATTIVITÀ AMMINISTRATIVA DI SOGGETTI PRIVATI NEL CONTESTO ATTUALE

SOMMARIO: 1. L'esercizio privato di attività amministrative nella legge sul procedimento. – 1.1. L'art. 1, comma 1-ter, L. 241/1990: ragioni di una sottovalutazione e motivi di interesse. – 1.2. I problemi interpretativi posti dalla norma e le possibili soluzioni. – 1.2.1. I soggetti privati preposti all'esercizio di attività amministrative. – 1.2.2. Il rispetto dei criteri e dei principi dell'attività amministrativa. – 1.2.3. Una diversa prospettiva: principi dell'attività amministrativa e diritto privato. – 2. L'attività oggettivamente amministrativa. – 2.1. L'irrilevanza dei profili soggettivi. La nozione di pubblica amministrazione ai fini del diritto d'accesso e della giurisdizione. – 2.2. La riemersione dei profili soggettivi. L'art. 29, L. 241/1990 e le differenze tra soggetti formalmente e autenticamente privati. – 3. La prospettiva delle garanzie degli amministrati e il ruolo della norma del comma 1-ter.

1. *L'esercizio privato di attività amministrative nella legge sul procedimento.*

1.1. *L'art. 1, comma 1-ter, L. 241/1990: ragioni di una sottovalutazione e motivi di interesse.*

L'art. 1, comma 1, lett. b), legge 11 febbraio 2005, n. 15, ha introdotto il comma 1-ter dell'art. 1 della legge sul procedimento amministrativo¹: esso prevedeva, nella prima versione, che «i soggetti privati preposti all'esercizio di attività amministrative assicurano il rispetto dei principi di cui al comma 1». Con successivo intervento legislativo, la formulazione della disposizione è stata modificata, includendovi anche un riferimento ai «criteri» di cui al primo comma²: è risultato, quindi, inequivoco che, almeno in prima approssimazione, i privati esercenti attività amministrativa debbano rispettare il principio di legalità, i criteri

¹ L. 7 agosto 1990, n. 241, il cui primo articolo, sempre con L. n. 15/2005 (art. 21, comma 1, lett. a), è stato rubricato «Principi generali dell'attività amministrativa».

² Rispetto alla formulazione originaria della disposizione, l'art. 7, comma 1, lett. a), n. 2 della L. 18 giugno 2009, n. 69 ha aggiunto le parole «dei criteri e».

di economicità, efficacia, imparzialità, pubblicità, trasparenza e i principi dell'ordinamento comunitario. Da ultimo, il legislatore ha aggiunto un inciso finale, in forza del quale il rispetto di tali principi e criteri deve avvenire, ad opera dei privati, «con un livello di garanzia non inferiore a quello cui sono tenute le pubbliche amministrazioni in forza delle disposizioni di cui alla presente legge»³.

A dispetto dei ripetuti interventi del legislatore, non può dirsi che il comma 1-ter⁴, a otto anni dalla sua entrata in vigore, abbia avuto un particolare impatto a livello pratico: dalla norma, infatti, la giurisprudenza non ha ricavato una disciplina applicabile a fattispecie concrete ma, al più, l'ha utilizzata per rafforzare un esito interpretativo comunque fondato⁵ o l'ha ritenuta espressiva, a livello generale, di una tendenza dell'ordinamento, rinvenibile in determinati settori⁶, all'estensione del regime pubblicistico ad attività poste in essere da soggetti privati.

³ La modifica è stata apportata dall'art. 1, comma 37, L. 6 novembre 2012, n. 190. La versione attualmente vigente del comma 1-ter è pertanto la seguente: «I soggetti privati preposti all'esercizio di attività amministrative assicurano il rispetto dei criteri e dei principi di cui al comma 1, con un livello di garanzia non inferiore a quello cui sono tenute le pubbliche amministrazioni in forza delle disposizioni di cui alla presente legge». Per i primi commenti all'ultima modifica si vedano: B.G. MATTARELLA, *La prevenzione della corruzione in Italia*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, 2, p. 129 e G. FONDERICO, *Le modifiche alla legge sul procedimento amministrativo (art. 1, commi 37-38, 41 e 47)*, in *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, a cura di B.G. MATTARELLA e M. PELISSERO, Torino, 2013, pp. 155-156.

⁴ Sul quale si vedano, tra altri, A. MALTONI, *Le attività di interesse pubblico dei soggetti privati nella legge sul procedimento amministrativo*, in *Scritti in onore di Giuseppe Palma*, Vol. III, Torino, 2012, pp. 2541 e ss., R. DIPACE, *I privati e il procedimento amministrativo*, in *Codice dell'azione amministrativa*, a cura di M.A. SANDULLI, Milano, 2011, pp. 176 e ss., N. PECCHIOLO, *Soggetti privati ed esercizio di funzioni amministrative*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, Vol. I, Napoli, 2011, pp. 611 e ss., F. DE LEONARDIS, *Tra attività amministrativa indiretta e esternalizzazione dei servizi: i soggetti privati preposti all'esercizio di attività amministrativa*, in *Istituzioni e dinamiche del diritto. I confini mobili della separazione dei poteri*, a cura di A. VIGNUDELLI, Milano, 2009, pp. 261 e ss., D. MARRAMA, *Articolo 1, comma 1 ter*, in *La pubblica amministrazione e la sua azione. Saggi critici sulla legge n. 241/1990 riformata dalle leggi n. 15/2005 e n. 80/2005*, a cura di N. PAOLANTONIO, A. POLICE e A. ZITO, Torino, 2006, pp. 117 e ss.

⁵ Si vedano, ad esempio, in materia di appalti pubblici, T.a.r. Lazio, sez. II-ter, 23 novembre 2009, n. 12941 e T.a.r. Puglia, sez. I, 12 giugno 2008, n. 1480, nelle quali il rispetto dei principi di trasparenza e pubblicità da parte della stazione appaltante è stato ricavato dalla legislazione in materia, dalla preesistente giurisprudenza e, solo dopo, dalla norma dell'art. 1, c. 1-ter.

⁶ Si veda, ad esempio, T.a.r. Basilicata, sez. I, 20 aprile 2011, n. 218, in tema di selezione pubblica per l'assunzione di personale indetta da società partecipata al 100% da altra società a capitale interamente pubblico, a seguito dell'introduzione dell'art. 18, c. 2, D.L. 25 giugno 2008, n. 112.

Le ragioni dello scarso rilievo pratico della previsione possono essere riassunte come segue.

Anzitutto, le ipotesi riferibili all'esercizio di attività amministrative da parte di soggetti privati hanno spesso una disciplina speciale, dettagliata e rispettosa dei principi di cui all'art. 1, L. 241/1990, che non necessita di integrazione ad opera di una disciplina generale. Tra altri, si pensi al caso, sul quale si tornerà diffusamente, dell'attività delle società organismi di attestazione (Soa), regolata dal codice dei contratti pubblici e dal relativo regolamento di esecuzione e attuazione⁷.

In secondo luogo, la disposizione del comma 1-ter si presenta come una reazione, in senso pubblicistico, ai fenomeni di privatizzazione dell'organizzazione amministrativa e di esternalizzazione di funzioni pubbliche⁸: a fronte dell'ampliamento di ipotesi di attività amministrative svolte da soggetti privati, il legislatore si è preoccupato di garantire il rispetto di alcuni principi propri del diritto pubblico. Da questo punto di vista, però, il comma 1-ter può ritenersi semplicemente ricognitivo di un orientamento già presente in giurisprudenza, in forza del quale l'attività amministrativa posta in essere da privati è sottoposta al diritto amministrativo e gli atti da essi emanati sono atti equiparabili a quelli amministrativi⁹. Non diversamente, la dottrina che si era occupata della compatibilità tra soggettività privata e azione amministrativa già aveva elaborato la tesi per cui, limitatamente ai profili attinenti al doveroso

⁷ Come noto, tali società operano nell'ambito del sistema di qualificazione per l'esecuzione di lavori pubblici e la loro attività è disciplinata dall'art. 40, D. Lgs. 12 aprile 2006, n. 163 e, soprattutto, dagli artt. 70-75, D.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207 (*Regolamento di esecuzione e attuazione del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, recante "Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle Direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE"*).

⁸ Su tali reazioni dell'ordinamento, si vedano G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003, pp. 155 e ss. e B. MARCHETTI, *Diritto privato e amministrazione pubblica: problemi e spunti di diritto comparato*, in *Pubblico e privato nell'organizzazione e nell'azione amministrativa. Problemi e prospettive*, a cura di G. FALCON e B. MARCHETTI, Padova, 2013, pp. 143 e ss.

⁹ Ad esempio, con riferimento agli atti del concessionario di opere pubbliche, si veda la nota sentenza Cass., Sez. Un., 29 dicembre 1990, n. 12221; sull'orientamento citato, si veda (in chiave critica) G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, cit., pp. 182 e ss.

perseguimento di un interesse pubblico, gli enti privati fossero sottratti alla sfera del diritto comune e sottoposti a un regime di diritto pubblico¹⁰.

Non stupisce quindi che, in sede di lavori parlamentari, a fronte di un ampio dibattito sul comma 1-*bis*¹¹, l'unica reazione suscitata dall'emendamento che introduceva il comma 1-*ter* sia stato un giudizio di superfluità¹².

Oltre ciò, è però forte l'impressione che la norma introdotta non sia stata 'presa sul serio', vale a dire che non siano state tratte tutte le conseguenze giuridiche che da essa potrebbero discendere. Da un lato, infatti, si potrebbe ritenere estesa l'applicazione di istituti della L. 241/1990 ad attività di soggetti privati per le quali, finora, il problema non si è posto; come significativamente è stato scritto di recente: «gli avvocati dovranno stabilire il termine del procedimento di autentica delle firme dei clienti? Gli enti privati di formazione professionale dovranno indire conferenze di servizi?»¹³. Dall'altro, occorre ricordare che le prescrizioni della L. 241/1990 riguardano tanto l'attività quanto l'organizzazione amministrativa e i due aspetti, come noto, sono tra loro strettamente connessi (basti pensare alla figura del responsabile del procedimento)¹⁴: pertanto, anche solo a livello di principi, è necessario tener

¹⁰ F. DE LEONARDIS, *Soggettività privata e azione amministrativa: cura dell'interesse generale e autonomia privata nei nuovi modelli di amministrazione*, Padova, 2000.

¹¹ Come noto, la norma prevede che l'amministrazione «nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente»; sulle diverse proposte di legge sull'agire dell'amministrazione mediante il diritto privato che precedettero l'inserimento del comma 1-*bis*, si veda S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Regime giuridico dell'attività amministrativa e diritto privato*, in *Dir. Pubbl.*, 2, 2003, pp. 405 e ss. Secondo alcuni, tuttavia, il risultato effettivamente conseguito dalla norma in esame sarebbe «molto modesto rispetto alle premesse» e ciò, non soltanto «per il grado della fonte in cui è contenuto, di livello ordinario e non costituzionale, ma soprattutto per i contenuti della sua espressione normativa» (così, M. GOLA, *L'applicazione delle norme di diritto privato*, in *Codice dell'azione amministrativa*, cit., p. 165)

¹² Il resoconto della seduta della I Commissione permanente (Affari costituzionali, della Presidenza del Consiglio e Interni) della Camera dei Deputati è consultabile sul sito: http://legxiv.camera.it/_dati/leg14/lavori/bollet/frsmcdin.asp?percboll=/_dati/leg14/lavori/bollet/200311/1106/html/01/&pagpro=5n2&all=off&commis=01.

¹³ B.G. MATTARELLA, *La prevenzione della corruzione in Italia*, cit., p. 129.

¹⁴ Sul responsabile del procedimento quale soggetto che, da un lato, offre «al cittadino interessato un preciso interlocutore con cui dialogare nel corso del procedimento» e, dall'altro, rende «concreta la responsabilità dei pubblici funzionari, evitando che questa sfumi nell'ambito dell'apparato o si nasconda dietro l'autorità di vertice», si veda già Cons. Stato, Ad. Gen., 17 febbraio 1987, n. 7.

conto della conciliabilità tra disciplina pubblicistica e autonomia organizzativa dei soggetti privati.

Non solo: la norma del comma 1-*ter* appare comunque significativa, perché è collocata in apertura della legge sul procedimento amministrativo, nell'articolo dedicato ai principi generali dell'attività amministrativa, e riassume alcuni problemi posti dal rapporto tra soggetti privati e azione amministrativa e, più in generale, tra diritto pubblico e diritto privato nell'attuale momento storico¹⁵. La norma tenta, infatti, di raggiungere un «adeguato equilibrio tra privatizzazione e funzionalizzazione»¹⁶ e lo fa mediante un rimando ai principi dell'azione amministrativa. Questa soluzione, già prefigurata in dottrina¹⁷, dovrebbe consentire di rendere la disciplina flessibile e, dunque, adatta a fattispecie (ed esigenze) diverse, garantendo un equilibrio tra l'efficienza ritenuta propria delle organizzazioni private e le garanzie connesse all'esercizio di funzioni pubbliche. Tuttavia, da simile scelta derivano anche un ruolo più incisivo dell'interprete¹⁸ e, soprattutto, un'incertezza sulle regole che devono essere

¹⁵ Sulla privatizzazione del diritto amministrativo e sull'alternativa tra diritto pubblico e privato si vedano C. MARZUOLI, *Le privatizzazioni fra pubblico come soggetto e pubblico come regola*, in *Dir. Pubbl.*, 1995, pp. 393 e ss. e G. ROSSI, *Diritto pubblico e diritto privato nell'attività della pubblica amministrazione: alla ricerca della tutela degli interessi*, in *Dir. Pubbl.*, 1998, pp. 661 e ss. A testimonianza dell'attualità del tema si vedano, inoltre, i recenti volumi *Pubblico e privato nell'organizzazione e nell'azione amministrativa*, a cura di G. FALCON e B. MARCHETTI, cit., e *Pubblico e privato oltre i confini dell'amministrazione tradizionale*, a cura di B. MARCHETTI, Padova, 2013. In generale, su questi aspetti, si veda anche M. MAZZAMUTO, *I principi costitutivi del diritto amministrativo come autonoma branca del diritto*, in *Studi sui principi del diritto amministrativo*, a cura di M. RENNA e F. SAITTA, Milano, 2012, p. 8, secondo cui la distinzione tra diritto civile (che «regola i rapporti tra privati») e diritto pubblico («che regola i poteri collettivi genericamente intesi e i rapporti di tali poteri con altri soggetti») continua a segnare una «delimitazione di fondo che non è mai venuta meno, persino oggi che si applica il diritto amministrativo a soggetti formalmente privatistici, poiché si tratta pur sempre di figure riconducibili alla collettività».

¹⁶ G. NAPOLITANO, *L'attività amministrativa e il diritto privato*, in *Giorn. dir. amm.*, 2005, 5, p. 486. Tale obiettivo è comune peraltro anche al comma 1-*bis* del medesimo art. 1, già citato; la letteratura sul comma 1-*bis* è molto ampia: ci si limita qui a segnalare i contributi di M. GOLA, *L'applicazione delle norme di diritto privato*, cit., pp. 162 e ss. e N. PAOLANTONIO, *Articolo 1, comma 1 bis*, in *La pubblica amministrazione e la sua azione*, cit., pp. 78 e ss.

¹⁷ F.G. SCOCA, *Attività amministrativa*, in *Enc. Dir.*, Aggiornamento, VI, Milano, 2002, p. 110, ipotizzava infatti che l'attività con cui il privato cura l'interesse pubblico potesse essere «almeno in parte, sottoposta allo statuto giuridico proprio dell'attività amministrativa o, quanto meno, ad alcuni dei principi ed istituti che ad esso si riallacciano».

¹⁸ In A. MASSERA, *I principi generali dell'azione amministrativa tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario*, in *Dir. Amm.*, 2005, 4, p. 722, nt. 22, si rileva come la norma comporti, nella sua applicazione, «la necessità di delicate operazioni di bilanciamento e integrazione, in concreto, tra principi del diritto amministrativo e principi del diritto privato».

rispettate dai soggetti privati¹⁹. Proprio questo punto ha costituito, almeno fino alla più recente modifica del comma 1-ter, il nodo interpretativo più complicato posto dalla disposizione.

1.2. *I problemi interpretativi posti dalla norma e le possibili soluzioni.*

1.2.1. *I soggetti privati preposti all'esercizio di attività amministrative.*

Prima di analizzare le possibili implicazioni, anche a livello generale, della norma, occorre offrire un quadro su alcuni dati ricavabili dalla lettera della disposizione, dall'interpretazione sistematica e dalla letteratura sul tema.

Un primo problema riguarda la definizione dei «soggetti privati» ai quali si applica la norma. Si può affermare, in via generale, che la disposizione si riferisca tanto ai soggetti solo formalmente privati (quindi, alle forme organizzative di diritto privato utilizzate da enti pubblici), quanto ai soggetti realmente privati che siano conferitari di potestà pubbliche: laddove, infatti, il legislatore, nella legge sul procedimento amministrativo, ha inteso prevedere una disciplina apposita per i primi, lo ha fatto espressamente²⁰.

L'ambito applicativo soggettivo della norma risulta, di conseguenza, assai vasto ed eterogeneo: esso sembra riferirsi, infatti, alle ipotesi riconducibili alla tradizionale nozione di esercizio privato di pubbliche funzioni, fenomeno

¹⁹ In questa prospettiva, dovrà valutarsi l'impatto dell'ultima modifica apportata al comma 1-ter («con un livello di garanzia non inferiore a quello cui sono tenute le pubbliche amministrazioni in forza delle disposizioni di cui alla presente legge»), che proprio a tal problema sembra voler porre rimedio.

²⁰ L'art. 29, c. 1, L. 241/1990, sul quale si tornerà oltre, recita infatti: «Le disposizioni della presente legge si applicano alle amministrazioni statali e agli enti pubblici nazionali. Le disposizioni della presente legge si applicano, altresì, alle società con totale o prevalente capitale pubblico, limitatamente all'esercizio delle funzioni amministrative. Le disposizioni di cui agli articoli 2-bis, 11, 15 e 25, commi 5, 5-bis e 6, nonché quelle del capo IV-bis si applicano a tutte le amministrazioni pubbliche». Vi è anche chi ritiene che il comma 1-ter riguardi unicamente i «veri» privati, cioè soggetti che lo siano anche nella sostanza; ciò in base al fatto che l'art. 29 richiama non solo le società pubbliche ma anche, nell'ultima parte del primo comma, «tutte le amministrazioni pubbliche»: quest'ultima dovrebbe intendersi come nozione residuale nella quale rientrano quei soggetti che, pur avendo una formale veste privatistica, sono equiparabili alle pubbliche amministrazioni, presentando «connotazioni organizzative sostanzialmente pubblicistiche» (N. PECCHIOLI, *Soggetti privati ed esercizio di funzioni amministrative*, cit., pp. 614 e ss.).

conosciuto e studiato da tempo²¹. Secondo la definizione di Guido Zanobini, cui si deve la prima organica sistemazione della materia, per esso si intende «qualunque forma di attività privata, attraverso la quale vengano ad attuarsi fini propri dello Stato, o in generale di un ente pubblico»²². Proprio la varietà di fattispecie riconducibili all'esercizio privato di pubbliche funzioni ha indotto la dottrina a dubitare che si trattasse di una vera nozione giuridica, potendo avere essa, al più, una rilevanza a fini descrittivi²³. Di ciò si ha conferma indiretta anche dalle opere che più hanno approfondito il tema, tanto nel passato²⁴ quanto nel presente²⁵: contenuto essenziale di esse sono, infatti, la ricognizione e la sistemazione delle diverse fattispecie di esercizio privato di potestà pubbliche rintracciabili nel nostro ordinamento.

L'introduzione del comma 1-*ter* consente oggi di affermare, quantomeno, che esiste una norma che dà riconoscimento al fenomeno e che vi ricollega

²¹ Si veda, in primo luogo, G. ZANOBINI, *L'esercizio privato delle Funzioni e dei Servizi pubblici*, estratto dal *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, a cura di V.E. ORLANDO, vol. II, pt. III, Milano, 1920, nonché, dello stesso Autore, *L'esercizio privato delle pubbliche funzioni e l'organizzazione degli enti pubblici*, in *Annali delle Università Toscane*, V, 1920, pp. 3 e ss., ora in ID., *Scritti vari di diritto pubblico*, Milano, 1955, pp. 87 e ss.; si vedano inoltre: M.S. GIANNINI, *Esercizio privato di pubbliche attività*, in *Enc. dir.*, XV, Milano, 1966, pp. 685-686, A. AZZENA, *Esercizio privato di pubbliche funzioni e di pubblici servizi*, in *Dig. disc. pubbl.*, VI, Torino, 1991, pp. 165 e ss. e, più recentemente, F. DE LEONARDIS, *Esercizio privato di pubbliche funzioni e pubblici servizi*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. CASSESE, III, Milano, 2006, pp. 2296 e ss. e A. MALTONI, *Esercizio privato di pubbliche funzioni*, in *Enc. dir.*, Annali, I, Milano, 2007, pp. 570 e ss.

²² G. ZANOBINI, *L'esercizio privato delle Funzioni e dei Servizi pubblici*, cit., p. 3. Come è stato recentemente osservato (A. SANDULLI, *Costruire lo stato. La scienza del diritto amministrativo in Italia (1800-1945)*, Milano, 2009, pp. 213-214, la questione dei rapporti tra diritto pubblico e diritto privato ha rappresentato una costante nell'opera di Zanobini, che l'ha analizzata anche dal versante delle posizioni giuridiche soggettive: in questo ambito è segnalato il tentativo «di “invertire la rotta” in seno allo scambio culturale tra privato e pubblico e di trapiantare nozioni tipiche della pubblicità in ambito privatistico (e dunque, da un lato, di mutare l'atteggiamento del diritto pubblico nei riguardi del diritto privato, da mero oggetto di “colonizzazione” concettuale a “impollinatore”), pur in una visione tranquillizzante dei confini distintivi tra pubblico e privato, prudentemente di ordine soggettivo».

²³ Si veda M.S. GIANNINI, *Esercizio privato di pubbliche attività*, cit., p. 686, ove si sostiene che la difficoltà di individuare un tratto comune tra le diverse figure «induce a ritenere che la locuzione “esercizio privato di pubbliche funzioni o di pubblici servizi” non esprime una nozione giuridica propria, ma sia piuttosto un'espressione verbale, per raccogliere un insieme di figure, moduli, formule, ecc., attinenti all'organizzazione amministrativa, in cui l'organizzazione medesima non è realizzata direttamente dall'ente pubblico titolare della funzione o del servizio».

²⁴ Il riferimento è, ancora, a G. ZANOBINI, *L'esercizio privato delle Funzioni e dei Servizi pubblici*, cit.

²⁵ La più recente opera monografica sull'esercizio privato di pubbliche funzioni si deve a A. MALTONI, *Il conferimento di potestà pubbliche ai privati*, Torino, 2005.

direttamente determinati effetti giuridici²⁶. Il legislatore ha, però, utilizzato un'espressione più generica di quella consueta, poiché parla di «esercizio di attività amministrative».

Vi è, dunque, da chiedersi cosa si intenda qui per attività amministrative. Rimandando la questione del regime giuridico cui sono sottoposte, si può intanto affermare che le attività cui si riferisce il comma 1-*ter* sono attività che realizzano un interesse (non semplicemente generale, ma) pubblico²⁷: è, infatti, il perseguimento di un fine pubblico che comporta la funzionalizzazione dell'attività dei soggetti privati e richiede, quindi, il rispetto dei principi dell'azione amministrativa.

Resta, invece, il dubbio sull'applicabilità della norma, oltre che all'esercizio di funzioni, anche all'erogazione di servizi pubblici. A favore di un'interpretazione estensiva²⁸ spingono, oltre al dato letterale, due considerazioni che trovano in dottrina ampio riscontro. La prima riguarda l'esistenza di uno statuto giuridico unitario dell'attività amministrativa, con ciò intendendosi che ogni attività rivolta alla cura di interessi pubblici, inclusa la prestazione di servizi alla collettività, è «soggetta a tutti ed esclusivamente i principi che reggono l'attività amministrativa»²⁹: di conseguenza, la norma che sottopone l'attività amministrativa dei privati a tali principi può riferirsi anche ai servizi. L'altra considerazione attiene, invece, alla difficoltà di distinguere i profili della funzione da quelli del servizio, specie nell'attività amministrativa dei soggetti privati, a

²⁶ Al contrario di quanto accadeva in passato: si veda, in proposito, A. AZZENA, *Esercizio privato di pubbliche funzioni e di pubblici servizi*, cit., p. 166.

²⁷ Ciò trova conferma anche in giurisprudenza, dove, seppur con riferimento alla prospettiva di una ri-pubblicizzazione complessiva di un ente privatizzato, è stato affermato che la disposizione del comma 1-*ter* «non costituisce un fondamento di carattere generale all'imputazione dei principi della funzione amministrativa ai soggetti che svolgono attività oggettivamente volte al perseguimento dell'interesse generale, bensì si limita a riconoscere che, anche ove svolta dai privati, l'attività amministrativa – definibile come tale in base al settore normativo di riferimento – sia assoggettata alle regole generali proprie» (Cons. Stato, sez. VI, 20 gennaio 2009, n. 269).

²⁸ Sostenuta, ad esempio, da R. DIPACE, *I privati e il procedimento amministrativo*, cit., pp. 179 e ss.

²⁹ F. G. SCOCA, *Attività amministrativa*, cit., p. 95.

causa della «continua commistione dei due aspetti»³⁰: ciò renderebbe, peraltro, particolarmente appropriata l'espressione usata dal legislatore.

Tuttavia, l'estensione dell'ambito applicativo della norma anche alle attività di gestione di servizi pubblici non può ritenersi scontata: essa dipende, ovviamente, da cosa si intende per «assicurare il rispetto dei criteri e dei principi» propri dell'attività amministrativa, problema che si cercherà di affrontare oltre. Sono però doverose e, almeno per ora, sufficienti due osservazioni in merito³¹.

Anzitutto, il comma 1-*ter* è parte della legge sul procedimento amministrativo³² e il comma 1 dello stesso articolo, nel disporre che l'attività amministrativa sia retta da certi principi, precisa comunque che ciò avvenga «secondo le modalità previste» dalla L. 241/1990. Come noto, quest'ultima «disciplina, nel suo complesso, l'attività provvedimentoale»³³: infatti, il procedimento, come «insieme di attività diverse da svolgersi in una sequenza ordinata», è prefigurato per «giungere a prendere una decisione e quindi ad emanare un provvedimento»³⁴. Se, dunque, si ritiene che la norma del comma 1-*ter* prescriva una procedimentalizzazione dell'attività dei soggetti privati, sulla falsariga di quanto avviene per le pubbliche amministrazioni in base alle disposizioni della L. 241/1990, essa dovrebbe essere applicabile, al più, ai «momenti provvedimentali»³⁵ presenti nell'ambito del servizio pubblico.

Del resto, in materia di servizi pubblici, la legge (conformemente a quanto stabilito dalla Corte Costituzionale)³⁶ opera una distinzione anche in punto di giurisdizione e devolve a quella esclusiva del giudice amministrativo le sole

³⁰ F. DE LEONARDIS, *Esercizio privato di pubbliche funzioni e pubblici servizi*, cit., p. 2304.

³¹ Le osservazioni che seguono sono formulate a partire dall'ovvia premessa che non sia possibile qui approfondire le nozioni di funzione e di servizio pubblico e che ci si debba, dunque, accontentare della tradizionale distinzione fondata sull'esercizio, o meno, di un potere pubblico.

³² Il contenuto della legge, come noto, è comunque più ampio.

³³ G. GRECO, *L'azione amministrativa secondo il diritto privato: i principi*, in *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, a cura di V. CERULLI IRELLI, Napoli, 2006, p. 83.

³⁴ D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche. Una introduzione*, VI ed., Bologna, 2012, p. 82.

³⁵ E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, X ed., Milano, 2009, p. 644.

³⁶ Corte Cost., 5 luglio 2004, n. 204.

«controversie in materia di pubblici servizi (...) relative a provvedimenti adottati (...) dal gestore di un pubblico servizio in un procedimento amministrativo»³⁷.

Se, invece, i principi dell'attività amministrativa applicabili ai servizi sono intesi in senso più generico e autonomo rispetto a quanto specificato nelle disposizioni della L. 241/1990, la situazione muta: da un lato, infatti, essi risultano senz'altro applicabili anche allo svolgimento del servizio (si pensi, tra gli altri ai principi di imparzialità e di trasparenza)³⁸; dall'altro, specie per gli aspetti che toccano anche l'organizzazione, i principi così intesi possono riguardare esclusivamente (o, quantomeno, in misura superiore) l'attività delle pubbliche amministrazioni e non dei soggetti privati gestori di pubblici servizi³⁹.

Meno problematico, nella prospettiva dell'interpretazione della disposizione, risulta invece il profilo della «preposizione» dei soggetti privati allo svolgimento di attività amministrative. I titoli che legittimano i privati allo svolgimento di attività amministrative sono numerosi e diversi e possono rinvenirsi direttamente nella legge⁴⁰ o in un atto dell'amministrazione, unilaterale o consensuale⁴¹.

Non sussiste una disciplina generale in ordine ai limiti dell'attribuzione a privati di funzioni pubbliche (o servizi pubblici) e la stessa Corte costituzionale ha sostenuto che «rientra in una scelta discrezionale del legislatore consentire che talune funzioni, obiettivamente pubbliche, possano essere svolte anche da

³⁷ Art. 133, c. 1, lett. c), D. Lgs. 2 luglio 2010, n. 104 (*Codice del processo amministrativo*).

³⁸ Si veda, sul tema, R. CAVALLO PERIN, *I principi come disciplina giuridica del pubblico servizio tra ordinamento interno ed ordinamento europeo*, in *Dir. Amm.*, 2000, 1, pp. 41 e ss.

³⁹ In questo senso, si veda F.G. COCCA, *Attività amministrativa*, cit., p. 98.

⁴⁰ È questo, ad esempio, il caso delle già citate Soa o degli organismi di controllo sulle indicazioni geografiche e le denominazioni d'origine dei prodotti agricoli e alimentari (Reg. Cons. Cee, 14 luglio 1992, n. 2081/92, art. 10).

⁴¹ Per la prima ipotesi, si pensi al caso della delega di poteri espropriativi al concessionario o al contraente generale da parte dell'amministrazione titolare del potere: art. 6, c. 8, D.P.R. 8 giugno 2001, n. 327; per la seconda, al caso degli enti privatizzati che possono continuare a svolgere e gestire, anche in base a convenzioni con le autorità ministeriali competenti, i compiti e le funzioni pubbliche attribuiti ad essi dalla normativa vigente: art. 3, D. Lgs. 29 ottobre 1999, n. 419. Sul punto, in generale, si veda C. FRANCHINI, *L'organizzazione amministrativa*, in *Diritto amministrativo generale*, I, del *Trattato di diritto amministrativo*, diretto da S. CASSESE, Milano, 2003, p. 328.

soggetti privati che abbiano una particolare investitura da parte della pubblica amministrazione, in relazione al servizio svolto»⁴².

Naturalmente, l'attribuzione deve essere rispettosa dei limiti costituzionali attinenti a ciascuna funzione e alla tutela dei diritti dei cittadini⁴³, nonché, in particolare per le esternalizzazioni di funzioni e servizi da parte della pubblica amministrazione, dei principi di buon andamento⁴⁴ e di legalità, dovendo essere la legge ad autorizzare e individuare l'oggetto e i limiti dell'investitura dei soggetti privati⁴⁵.

1.2.2. *Il rispetto dei criteri e dei principi dell'attività amministrativa.*

Definito, in linea di massima, il contesto applicativo della norma, occorre chiedersi cosa significa che i soggetti privati assicurano il rispetto dei principi dell'attività amministrativa. La risposta deriva evidentemente da un adattamento della disciplina pubblicistica alle peculiarità dei soggetti privati e ai caratteri dell'attività da loro svolta e consisterà in un'applicazione (in qualche modo) diversa dei principi che trovano espressione nella legge sul procedimento amministrativo. Del resto, l'art. 29, L. 241/1990 prescrive la sottoposizione a tutte le disposizioni della legge per una sola categoria di soggetti privati (le «società con totale o prevalente capitale pubblico»), e limitatamente allo svolgimento di funzioni pubbliche.

In dottrina, la norma del comma 1-*ter* è stata, in gran parte, recepita nel segno della continuità con gli orientamenti giurisprudenziali citati e, quindi, nel

⁴² Corte Cost., ord., 21 maggio 2011, n. 157: il giudizio verteva sulla legittimità costituzionale di norme attributive agli ausiliari del traffico di poteri di contestazione immediata di violazioni del codice della strada, nonché di redazione e sottoscrizione del verbale di accertamento con valore di atto pubblico.

⁴³ G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, cit., pp. 118 e s.

⁴⁴ La Corte costituzionale, con sentenza 15 luglio 2005, n. 277, ha infatti dichiarato la illegittimità costituzionale dell'art. 31, L. Reg. Lazio 27 febbraio 2004, n. 2 perché, costituendo una s.p.a. e affidandole, in base a convenzione con l'Ufficio di presidenza del Consiglio regionale, lo svolgimento di servizi di supporto alle strutture di diretta collaborazione dello stesso Consiglio, la norma ha introdotto «una modalità di organizzazione degli uffici di vertice del Consiglio regionale che ne pregiudica il buon andamento, in violazione del precetto di cui all'art. 97, primo comma, della Costituzione».

⁴⁵ A. MALTONI, *Esercizio privato di pubbliche funzioni*, cit., p. 584.

senso dell'estensione della disciplina di diritto pubblico all'attività amministrativa (e a questa soltanto) dei soggetti privati. Ne consegue che il regime giuridico per l'attività amministrativa dei soggetti privati, secondo questa impostazione, risulta modellato su quello proprio delle pubbliche amministrazioni.

In primo luogo, dunque, si deve trattare di un'attività procedimentalizzata, dal momento che i principi della funzione pubblica si «manifestano in quello della procedimentalizzazione»⁴⁶ e si adattano solo a un'azione ordinata secondo moduli procedimentali⁴⁷. Di ciò si trae, in effetti, conferma dall'art. 2-*bis*, L. 241/1990 che, nel prevedere la responsabilità per il danno da ritardo nella conclusione del procedimento anche per i soggetti di cui all'art. 1, comma 1-*ter*⁴⁸, evidentemente presuppone l'esistenza di un procedimento.

Inoltre, poiché l'attività amministrativa dei soggetti privati è assimilata a quella delle pubbliche amministrazioni, essa è sottoposta non solo ai principi elencati nell'art. 1, comma 1, L. 241/1990 ma anche agli altri principi enucleabili a partire dalle disposizioni della stessa legge e, in generale, a tutti i principi (anche inespressi) che informano l'esercizio del potere pubblico⁴⁹.

Infine, gli atti adottati dai privati sono assimilabili a provvedimenti amministrativi e soggetti, quindi, alla giurisdizione del giudice amministrativo.

Dati questi elementi, l'individuazione delle disposizioni di principio della L. 241/1990 che, in forza del comma 1-*ter*, sono applicabili all'attività dei soggetti privati, può avere due esiti.

Il primo, più formalistico, consiste nella sottoposizione dell'attività amministrativa dei privati a tutte le regole procedimentali della L. 241/1990: la differenza con quanto previsto dall'art. 29 per le società in mano pubblica⁵⁰ si

⁴⁶ R. DIPACE, *I privati e il procedimento amministrativo*, cit., p. 181.

⁴⁷ A. MALTONI, *Esercizio privato di pubbliche funzioni*, cit., p. 590.

⁴⁸ Art. 2-*bis* (Conseguenze per il ritardo dell'amministrazione nella conclusione del procedimento): «Le pubbliche amministrazioni e i soggetti di cui all'art. 1, comma 1-*ter*, sono tenuti al risarcimento del danno ingiusto cagionato in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento».

⁴⁹ Tra altri, si veda ancora A. MALTONI, *Esercizio privato di pubbliche funzioni*, cit., p. 591.

⁵⁰ Sulla relativa disciplina si tornerà tra breve; sulle società pubbliche, anche per gli aspetti che qui interessano, ci si limita a indicare il contributo di sintesi di M. CAMMELLI, *Società pubbliche (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, Annali, V, Milano, 2012, pp. 1190 e ss.

apprezzerebbe, quindi, solo per gli aspetti organizzativi, potendo dette società essere assimilate a enti pubblici. Questa tesi può fondarsi su alcuni elementi.

Si deve considerare, prima di tutto, che la L. 241/1990 è in larga parte una legge di principi, sia per la formulazione di alcune disposizioni (si pensi, ad esempio, al divieto di aggravamento del procedimento o all'obbligo di motivazione del provvedimento⁵¹), sia per le sue caratteristiche di «legge “breve”» e integrabile, dunque, di «legge *sul* procedimento amministrativo» e non di «legge *del* procedimento amministrativo»⁵².

C'è, poi, da tener conto di un'indicazione derivante dalla giurisprudenza costituzionale. La Corte costituzionale ha, infatti, stabilito la legittimità costituzionale della norma che impone ai concessionari della riscossione delle imposte l'indicazione, nei loro atti, del responsabile del procedimento, poiché tale indicazione assicura la trasparenza dell'attività amministrativa e la garanzia del diritto di difesa, in attuazione di principi di buon andamento e imparzialità di cui all'art. 97 Cost⁵³. La Corte, dunque, nel definire le regole di azione dei soggetti concessionari della riscossione, ha fatto salva quella relativa all'indicazione negli atti del responsabile del procedimento: siccome quest'ultima appare una regola di dettaglio rispetto a molte altre della L. 241/1990, se ne potrebbe ricavare che siano applicabili «fondamentalmente» tutte le regole sull'esercizio del potere contenute nella legge sul procedimento⁵⁴.

⁵¹ Di recente, si interroga sulla valenza dell'obbligo di motivazione quale principio generale dell'attività amministrativa, B. MARCHETTI, *Il principio di motivazione*, in *Studi sui principi del diritto amministrativo*, cit., pp. 530 e ss. Secondo l'A., l'obbligo di motivazione può assumere valore di principio generale quando siano in gioco «decisioni pregiudizievoli dell'amministrazione»: tale principio potrà «variare le sue geometrie» ed arrivare a essere considerato addirittura inesistente per i provvedimenti vincolati, ma «in ragione del suo ancoraggio sovranazionale e costituzionale e del grado di consolidamento raggiunto, difficilmente potrà essere messo in discussione nel suo nucleo essenziale, quello che ne fa uno dei principali strumenti di garanzia nei confronti del volto aggressivo del potere amministrativo».

⁵² Cons. Stato, Ad. Plen., 7 giugno 1999, n. 14. In materia si veda anche G. MORBIDELLI, *In tema di art. 29 l. 241/1990 e di principi generali del diritto amministrativo*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, cit., pp. 587 e ss.

⁵³ Corte Cost., ord., 9 novembre 2007, n. 377: la pronuncia ha ad oggetto la legittimità costituzionale dell'art. 7, c. 2, lett. a), L. 27 luglio 2000, n. 212.

⁵⁴ F. DE LEONARDIS, *Atti (e regole) dei soggetti concessionari*, in *Dir. Amm.*, 3, 2008, p. 576 e ss. Sull'applicabilità del principio del responsabile del procedimento si veda diffusamente A. MALTONI, *Il conferimento di potestà pubbliche ai privati*, pp. 483 e ss.

Va ricordato, infine, che, dopo l'ultima modifica, il comma 1-ter richiede che, nell'esercizio di poteri pubblici da parte di soggetti privati, sia mantenuto un «livello di garanzia non inferiore a quello cui sono tenute le pubbliche amministrazioni in forza delle disposizioni» della L. 241/1990.

Un secondo esito valorizza, invece, il rispetto sostanziale delle garanzie previste dalla legge a scapito della formalizzazione dei passaggi procedurali: dunque, ciò che conta è che l'attività amministrativa dei privati, pur non soggetta alla «puntuale e integrale sottoposizione a determinate regole procedurali», rispetti «quella trama di principi che identifica lo statuto del cittadino nei confronti dell'azione amministrativa»⁵⁵.

Né il primo, né il secondo esito si sottraggono ad alcune obiezioni: riguardo al primo è, infatti, facile osservare che la disposizione del comma 1-ter fa riferimento ai principi e dunque a una disciplina, almeno in parte, diversa da quella predisposta per le pubbliche amministrazioni e, inoltre, l'integrale applicazione della L. 241/1990 si porrebbe in contrasto con l'obiettivo di affidare a soggetti privati, in nome dell'efficienza, lo svolgimento di alcune attività amministrative. Circa il secondo esito, risulta non compiutamente definito il regime dell'attività di interesse pubblico svolta da soggetti privati e non è risolta l'alternativa sul significato dell'applicazione di una 'trama di principi': questa sta, infatti, a significare un'applicazione meno rigida di certe norme o l'applicazione piena di alcune soltanto di quelle previste dalla legge sul procedimento amministrativo?

Resta, inoltre, da risolvere anche la questione riguardante l'effettiva equiparabilità degli atti dei privati a quelli amministrativi, anche sul piano della configurabilità di tutti i vizi di legittimità⁵⁶.

⁵⁵ A. MALTONI, *Esercizio privato di pubbliche funzioni*, cit., p. 591. Anche in quest'ordine di idee, il criterio-guida per interpretare il rinvio ai principi dell'attività amministrativa resta, comunque, la distinzione tra ciò che attiene all'attività di rilievo pubblicistico (e, quindi, alle garanzie connesse) e ciò che attiene invece all'organizzazione (lasciata all'autonomia privata) o ciò che solo può riguardare un'amministrazione pubblica: in argomento, si vedano F. DE LEONARDIS, *Tra attività amministrativa indiretta e esternalizzazione dei servizi*, cit., p. 268 e A. MALTONI, *Il conferimento di potestà pubbliche ai privati*, cit., pp. 467 e ss. e ID., *Le attività di interesse pubblico dei soggetti privati nella legge sul procedimento amministrativo*, cit., pp. 2541 e ss.

⁵⁶ Su cui *infra* cap. III.

1.2.3. *Una diversa prospettiva: principi dell'attività amministrativa e diritto privato.*

La tesi che riconosce nel comma 1-*ter* la base normativa per un'estensione del regime pubblicistico all'attività di soggetti privati richiede di essere analizzata nel dettaglio sul versante applicativo. Essa, tuttavia, può sembrare passibile, dal punto di vista della innovatività, di un giudizio di limitata rilevanza⁵⁷. Una valorizzazione della disposizione verrebbe, invece, da un cambio di prospettiva nella sua interpretazione, fondato sull'idea che le attività amministrative dei privati non debbano svolgersi necessariamente nelle forme del diritto pubblico, ma anzi possano (o debbano) svolgersi secondo il diritto privato, capace comunque di assicurare, in modo diverso, il rispetto dei principi dell'attività amministrativa.

Del resto, è la L. 241/1990, al comma 1-*bis* dell'art. 1, a riconoscere che, nell'adozione di atti non autoritativi, la stessa pubblica amministrazione agisce secondo le norme di diritto privato e ciò non esclude che essa sia, comunque, tenuta a rispettare i principi dell'attività amministrativa⁵⁸. È, dunque, lecito domandarsi quali debbano essere i limiti e gli strumenti della 'pubblicizzazione' dell'azione di soggetti privati nel momento in cui viene 'privatizzata' l'azione della pubblica amministrazione.

Una ricostruzione in ottica privatistica della norma del comma 1-*ter* è stata prospettata, soprattutto, con riguardo ad attività contrattuale di soggetti privati

⁵⁷ Si veda, sul punto, F. GOISIS, *I concetti di «public authority» e di «function of a public nature» nell'applicazione dello Human Rights Act 1998 in Gran Bretagna. Alcuni spunti per un'interpretazione della nozione di attività (oggettivamente) amministrativa, di cui all'art. 1, comma 1-ter, della l. n. 241 del 1990*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2, 2006, p. 540.

⁵⁸ Anzi, secondo D. SORACE, *Diritto della amministrazioni pubbliche*, cit., p. 36, proprio il fatto che il rispetto dei principi sia imposto all'attività amministrativa dei soggetti privati porta a ritenere che ciò valga anche per l'attività di diritto privato delle pubbliche amministrazioni volta all'adozione di atti non autoritativi, «non foss'altro che per analogia»; e, di conseguenza, «se il legislatore pretende che siano rispettati i principi generali dell'attività amministrativa anche nel caso in cui quest'ultima sia svolta secondo le norme di diritto privato, evidentemente egli ritiene che tra l'una cosa e l'altra non vi sia necessaria contraddizione (invece, la contraddizione sarebbe insanabile se si richiedesse il rispetto del diritto amministrativo nel suo complesso)».

«in funzione regolatoria», vale a dire nei casi in cui si faccia uso di contratti tra soggetti privati per realizzare una parte del processo di regolazione⁵⁹. In queste ipotesi, è stato messo in luce come ai privati siano affidate essenzialmente valutazioni di carattere tecnico e non discrezionale; che un intervento delle autorità pubbliche è comunque previsto; che i soggetti privati che hanno un ruolo nella regolazione sono sottoposti a prescrizioni di carattere organizzativo; che le discipline di settore garantiscono, almeno in parte, il rispetto dei principi dell'attività amministrativa e che tali vicende, inquadrare in termini contrattuali, consentono di affermare l'esistenza di posizioni giuridiche di diritti soggettivi e, dunque, la giurisdizione del giudice ordinario.

Certamente, anche in virtù della norma del comma 1-*bis*, la compatibilità tra diritto privato e rispetto dei principi dell'attività amministrativa è maggiormente sostenibile se riferita a ipotesi nelle quali non si faccia questione di atti autoritativi o attività discrezionale (nel senso di valutazione e scelta tra interessi). Tuttavia, occorre tener presente che l'antecedente dell'introduzione del comma 1-*ter* è stato ravvisato⁶⁰ in una sentenza del Consiglio di Stato che aveva ad oggetto l'atto di una società privata al quale la legge riconosceva valore di dichiarazione di pubblica utilità, indifferibilità e urgenza, dunque un atto capace di affievolire il diritto di proprietà e da adottarsi a seguito di una ponderazione delle posizioni dei soggetti coinvolti⁶¹. Il Consiglio di Stato, proprio in tale caso, ha affermato che l'attività e l'atto del soggetto privato rimangono confinati nel diritto comune e che la loro legittimità non dipende dall'avvenuta applicazione della legge sul procedimento amministrativo, bensì dal rispetto, nella libertà delle

⁵⁹ S. TORRICELLI, *I contratti tra privati come strumenti di regolazione pubblica*, in *Pubblico e privato nell'organizzazione e nell'azione amministrativa*, cit., pp. 213 e ss. e, più ampiamente, ID., *I contratti tra privati con funzioni di amministrazione pubblica*, in *Amministrazione pubblica dei contratti*, a cura di D. SORACE, in corso di pubblicazione.

⁶⁰ Sul punto si veda G. NAPOLITANO, *L'attività amministrativa e il diritto privato*, cit., p. 487.

⁶¹ Cons. Stato, sez. VI, 25 marzo 2004, n. 1617, in *Riv. giur. edil.*, 2004, I, pp. 1009 e ss., con nota di R. LEONARDI, *Il principio della partecipazione e la dichiarazione di p.u., indifferibilità ed urgenza mediante atto di diritto privato di una S.p.A.: il Consiglio di Stato riafferma il primato delle garanzie sostanziali previste dalla l. n. 241 del 1990*; sulla stessa sentenza si veda anche N. PECCHIOLI, *La delibera di approvazione del progetto di un'opera da parte di Ferrovie S.p.A.: effetti preordinati all'esproprio e soggezione alle garanzie di partecipazione procedimentale*, in *www.giustamm.it*.

forme propria del diritto privato, delle garanzie sostanziali connesse all'emanazione di un atto con valore di dichiarazione di pubblica utilità.

Anche sul contenuto di questa pronuncia occorrerà tornare, ma la diversa prospettiva citata dimostra come, nella materia in esame, si intreccino problemi relativi al rispetto delle garanzie degli amministrati, alla natura dell'attività e degli atti posti in essere dai privati nell'esercizio di funzioni amministrativa e alla relativa giurisdizione.

2. *L'attività oggettivamente amministrativa.*

2.1. *L'irrilevanza dei profili soggettivi. La nozione di pubblica amministrazione ai fini del diritto d'accesso e della giurisdizione.*

La norma del comma 1-ter compie un passo ulteriore verso la configurazione di un'attività 'oggettivamente' amministrativa, con ciò intendendosi che è sempre meno rilevante la natura del soggetto (pubblico o privato) che svolge l'attività: ciò che conta sono, invece, l'interesse perseguito e il regime dell'attività.

Di questo si ha conferma anche in altre disposizioni, alquanto significative, della L. 241/1990 e non solo. Anzitutto, è utile guardare alla disciplina del diritto d'accesso. Il diritto d'accesso è regolato, come noto, in un apposito capo della stessa L. 241/1990 (Capo V, artt. 22-28) ed è emblematico dell'estensione a soggetti privati di una disciplina, pensata per la pubblica amministrazione, in ragione della sola attività svolta⁶². L'art. 22, c. 1, lett. e) prevede infatti che, ai fini dell'accesso, si intendano per 'pubblica amministrazione' «tutti i soggetti di diritto pubblico e i soggetti di diritto privato limitatamente alla loro attività di pubblico interesse disciplinata dal diritto nazionale o comunitario». All'art. 23, L. 241/1990, è, invece, stabilito che, tra i legittimati passivi al diritto d'accesso, rientrino anche i gestori di pubblici servizi. La prima delle due norme dimostra

⁶² In tema, si può vedere M.G. DELLA SCALA, *Diritto di accesso agli atti di un soggetto privato. Profili sostanziali e processuali. Osservazioni a margine dell'adunanza plenaria n. 5 del 2005*, in *Foro Amm.* – *C.d.S.*, 2006, 3, pp. 769 e ss.

come sia la disciplina a cui è sottoposta l'attività svolta a comportare l'equiparazione di un soggetto privato alla pubblica amministrazione⁶³.

A rilevare, dunque, è il regime dell'attività, non la natura del soggetto⁶⁴. Ne consegue che, almeno per i gestori di servizi pubblici, viene superata la necessità di indagare la natura del soggetto per ritenere ad esso applicabile la disciplina sul diritto d'accesso, rilevando piuttosto l'accertamento della natura dell'attività posta in essere dallo stesso. Come è stato efficacemente osservato, «si potrebbero evitare troppe impegnate discussioni sulla (...) “autentica”, “intima”, “essenziale”, natura del soggetto»⁶⁵: ai fini dell'applicazione delle norme sull'accesso, ciò che conta è l'attività svolta (cioè, la sua funzionalizzazione a un pubblico interesse).

Occorre tuttavia precisare che, anche accedendo a questa linea interpretativa, la qualificazione di un soggetto come ente pubblico non perde significato. Essa resta, infatti, rilevante per l'estensione oggettiva del diritto d'accesso, dal momento che, nei confronti degli enti pubblici, l'accesso riguarda

⁶³ Tale equiparazione attiene, come ovvio, all'ambito applicativo del diritto d'accesso.

⁶⁴ In quest'ottica e, su un piano generale, si veda F. MERLONI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Torino, 2012, p. 78, ove si afferma che «ciò che conta, ormai, non è la natura dell'ente, ma le attività che esso svolge», essendo «centrale l'attribuzione di funzioni amministrative che può riguardare anche enti di natura privata». Diversa sembra, però, la scelta fatta dal legislatore del 2013, che ha disciplinato il cd. accesso civico. Infatti, in base all'art. 11 del D. Lgs. 14 marzo 2013, n. 33 (*Riordino della disciplina riguardante gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni*), gli obblighi di trasparenza ivi previsti non gravano su tutti i soggetti privati esercenti pubbliche funzioni ma soltanto sulle «società partecipate dalle pubbliche amministrazioni di cui al comma 1 e [sulle] società da esse controllate»: il criterio che fonda l'applicazione delle norme sulla trasparenza ai soggetti privati, cioè, non pare qui essere quello del regime dell'attività svolta, bensì quello del collegamento economico con la pubblica amministrazione. Tutto ciò, del resto, è facilmente comprensibile se si pensa che la ratio della legge è il contrasto alla corruzione: pertanto, la trasparenza non è posta a garanzia del soggetto privato individualmente toccato dall'azione pubblica ma è, invece, preordinata a un controllo diffuso sull'utilizzo del denaro pubblico (su tale legge, in generale e per tutti, si veda *La trasparenza amministrativa dopo il d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33. Analisi della normativa, impatti organizzativi ed indicazioni operative*, a cura di B. PONTI, Santarcangelo di Romagna, 2013).

⁶⁵ C. MARZUOLI, *Ancora su accesso e forme privatistiche (di soggetti e di attività): anche l'accesso ha dei limiti* (nota a T.a.r. Lazio, sez. III ter, 13 aprile 2004, n. 3284), in *www.giustamm.it*: l'A. sottolinea, tuttavia, come in giurisprudenza si riaffacci l'insistenza sulla natura del soggetto, poiché quest'ultima è spesso «l'unico elemento utile (...) per qualificare l'attività in termini di servizio pubblico».

anche gli atti di diritto privato e gli atti di organizzazione, purché correlati all'esercizio di un'attività di cura concreta di interessi della collettività⁶⁶.

L'attenzione posta sull'attività amministrativa esercitata, con la separazione di quest'ultima dalla soggettività pubblica, consente di individuare una linea di tendenza che favorisce l'estensione del regime amministrativo all'attività di soggetti privati in ragione delle caratteristiche e del regime di quest'ultima, prescindendo da indagini o ricostruzioni che riconducano tali soggetti nell'alveo della organizzazione pubblica in senso stretto.

Allo stesso tempo, però, la prevalenza della dimensione oggettiva si riverbera sulla nozione di pubblica amministrazione, conducendo a una sua estensione. Limitatamente ad alcuni settori, infatti, per pubblica amministrazione devono intendersi anche soggetti privati: così è nel caso del diritto d'accesso (art. 22, c. 1, lett. e), che dà una definizione estensiva di pubblica amministrazione) e, soprattutto, nella disposizione del codice sul processo amministrativo che definisce la giurisdizione amministrativa. Ai sensi dell'art. 7, c. 2, D. Lgs. 2 luglio 2010, n. 104, infatti, «per pubbliche amministrazioni, ai fini del presente codice, si intendono anche i soggetti ad esse equiparati o comunque tenuti al rispetto dei principi del procedimento amministrativo»: l'ultima categoria sembra riferirsi proprio ai soggetti presi in considerazione dall'art. 1, c. 1-ter, L. 241/1990⁶⁷.

La novità introdotta dal codice del processo amministrativo è particolarmente rilevante perché il tema dell'esercizio privato di pubbliche funzioni o pubblici servizi si è sempre accompagnato al problema dell'individuazione del giudice dotato di giurisdizione nei casi di controversie generate dall'attività dei privati esercenti. Anzi, la stessa categoria dell'esercizio privato è stata utilizzata, soprattutto, per individuare ipotesi di giurisdizione del giudice amministrativo.

⁶⁶ Sul punto, si veda F. CARINGELLA, *Compendio di diritto amministrativo*, Roma, 2012, p. 296.

⁶⁷ Il legislatore, in questo caso, ha evidentemente dovuto tener conto del dato costituzionale sulla giurisdizione amministrativa, in base al quale «il Consiglio di Stato e gli altri organi di giustizia amministrativa hanno giurisdizione per la tutela nei confronti della pubblica amministrazione degli interessi legittimi e, in particolari materie indicate dalla legge, anche dei diritti soggettivi» (art. 103, c. 1, Cost.).

Tuttavia, a fronte della lettura di carattere oggettivo che si ritiene corretta, il Consiglio di Stato ha utilizzato la norma dell'art. 7, c. 2, c.p.a. per radicare la giurisdizione del giudice amministrativo in base a un'equiparazione dal punto di vista soggettivo di una società per azioni (in mano pubblica) alla pubblica amministrazione. Infatti, poiché l'art. 18, c. 2, D.L. 25 giugno 2008, n. 112 impone alle società a partecipazione pubblica totale o di controllo di adottare «con propri provvedimenti, criteri e modalità per il reclutamento del personale e per il conferimento degli incarichi nel rispetto dei principi, anche di derivazione comunitaria, di trasparenza, pubblicità e imparzialità», i giudici hanno ritenuto sussistente la giurisdizione amministrativa per una controversia sorta in relazione a una procedura selettiva indetta dalla società in questione⁶⁸. In realtà, così interpretata, la norma dell'art. 7, c. 2, c.p.a., suscita notevoli perplessità, specialmente in relazione alla giurisprudenza della Corte costituzionale in materia di giurisdizione esclusiva⁶⁹: la Corte ha, infatti, stabilito che la giurisdizione amministrativa è «contrassegnata dalla circostanza che la pubblica amministrazione agisce come autorità», quindi esercitando un potere autoritativo⁷⁰.

È, invece, condivisibile l'interpretazione data alla disposizione dalle Sezioni unite della Corte di cassazione in una pronuncia su un regolamento di giurisdizione, presentato in un giudizio analogo a quello in cui si è espresso il Consiglio di Stato. La Cassazione, infatti, ha sostenuto che ciò che è essenziale «è la riconducibilità dell'atto, del provvedimento o del comportamento all'esercizio di un pubblico potere» e che la disposizione dell'art. 18, c. 2, D.L. 112/2008 ha

⁶⁸ Cons. Stato, sez. VI, ord., 23 novembre 2010, n. 5379.

⁶⁹ Il riferimento è, ovviamente, a Corte Cost., 204/2004, cit., da cui è tratta la citazione, nonché a Corte Cost., 3 maggio 2006, n. 191.

⁷⁰ Si veda, in proposito, N. PAOLANTONIO, *Art. 7 Giurisdizione amministrativa*, in *Codice del processo amministrativo (D. Lgs. 2 luglio 2010, n. 104)*, a cura di R. GAROFOLI e G. FERRARI, II ed., Roma, 2012, pp. 95 e ss., che sottolinea criticamente come i soggetti tenuti al rispetto dei principi del procedimento amministrativo restano privati e, soprattutto, «possono nondimeno essere sforniti – e di regola lo sono – di poteri pubblicistici»; nello stesso ordine di idee, D. SATULLO, *Articolo 7 Giurisdizione amministrativa*, in *Codice del nuovo processo amministrativo*, a cura di F. CARINGELLA e M. PROTTO, II ed., Roma, 2012, p. 130, ricorda come l'equiparazione di cui all'art. 7, c. 2, c.p.a. rileva, ai fini del riparto «solo se e nei limiti in cui tali soggetti esercitano poteri pubblicistici riconosciuti loro espressamente dalla legge in quanto tale circostanza costituisce (...) il presupposto necessario per la devoluzione della controversia alla cognizione del giudice amministrativo».

natura sostanziale e l'obbligo da essa previsto «si inserisce pur sempre nell'agire (*jure privatorum*) della società, senza comportare esercizi di pubbliche potestà e senza incidere sulla giurisdizione»⁷¹.

Infine, dato il combinato disposto dell'art. 1, c. 1-*ter*, L. 241/1990 e dell'art. 7, c. 2, c.p.a., interpretato conformemente alle indicazioni della Corte costituzionale, il richiamo ai principi dell'attività amministrativa rileva per un ulteriore profilo. Si può osservare infatti che, nella prospettiva del legislatore, il nucleo di garanzie rappresentate dai principi del procedimento amministrativo si rivela sufficiente ad accompagnare l'esercizio di un potere pubblicistico (indipendentemente dalla natura del soggetto agente).

2.2. *La riemersione dei profili soggettivi. L'art. 29, L. 241/1990 e le differenze tra soggetti formalmente e autenticamente privati.*

Alcune utili indicazioni al nostro lavoro possono trarsi anche dal citato art. 18, c. 2, D.L. 112/2008. È interessante notare come il riferimento ai principi di trasparenza, pubblicità e imparzialità sia utilizzato in un altro settore (reclutamento del personale e conferimento degli incarichi nelle società in mano pubblica) per tentare di contemperare l'efficienza delle strutture privatistiche con alcune garanzie proprie dell'organizzazione e dell'azione delle pubbliche amministrazioni. Inoltre, anche in base alla netta affermazione sopra riportata della Corte di cassazione, l'applicazione di alcuni principi pubblicistici non determina automaticamente l'attrazione nella sfera pubblicistica dell'attività e degli atti di soggetti privati.

Soprattutto, però, il caso delle società pubbliche fa riaffiorare, anche ai fini dell'applicazione della L. 241/1990, una differenza tra i diversi soggetti privati che possono svolgere attività amministrativa, differenza fondata sulla loro natura. L'art. 29, L. 241/1990, più sopra richiamato, prevede infatti, per le società con

⁷¹ Corte Cass., s.u., 8 novembre 2011, n. 28329: si può notare, semmai, che la pronuncia sulla giurisdizione avrebbe potuto essere differente se la procedura selettiva in questione fosse stata considerata un procedimento amministrativo o se fosse stata fatta rientrare in quelle devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo ai sensi dell'art. 63, c. 4, D.Lgs. 30 marzo 2001, n. 165.

totale o prevalente capitale pubblico, nello svolgimento di funzioni pubbliche⁷², il rispetto delle disposizioni della legge stessa, senza dunque il limite del rispetto dei principi⁷³.

Occorre premettere che l'art. 29 ha per oggetto la definizione dell'ambito applicativo della L. 241/1990 e attiene, in particolare, ai rapporti con la legislazione regionale; inoltre, il riferimento in esso contenuto alle società pubbliche non appare omogeneo al comma 1-*ter*, in quanto si riferisce al solo svolgimento di funzioni amministrative e non, in generale, di attività amministrative.

Ciò detto, dall'art. 29, L. 241/1990 si ricava, da un lato, che l'applicazione dell'intera legge sul procedimento è ritenuta compatibile con una struttura organizzativa di tipo privatistico, come quella societaria; dall'altro, che un soggetto formalmente privato, ma nella sostanza equiparabile alla pubblica amministrazione, sembra doversi attenere a una disciplina più completa e rigorosa nell'esercizio di una funzione amministrativa.

3. *La prospettiva delle garanzie degli amministrati e il ruolo della norma del comma 1-ter.*

Definito il quadro legislativo in cui si colloca la norma del comma 1-*ter*, occorre tornare su di essa, per delineare più accuratamente quello che si ritiene esserne il significato, nonché per chiarire il punto di vista della ricerca e il suo oggetto.

Si è già avuto modo di dire che il contesto ordinamentale vede un ricorso sempre più frequente alle attività di rilievo pubblicistico svolte da soggetti privati e il diritto privato ricopre un ruolo crescente nell'organizzazione e nell'attività delle pubbliche amministrazioni: una reazione in senso pubblicistico, come quella del comma 1-*ter*, ha quindi lo scopo di un riequilibrio, legato soprattutto al timore

⁷² Ciò, quindi, non vale quando dette società esercitino attività d'impresa.

⁷³ Si cercherà di chiarire oltre il significato di tale limite.

che l'allontanamento dalla pubblica amministrazione e dal diritto amministrativo determini una diminuzione delle garanzie per gli amministrati.

In tal senso, si ritiene importante l'ultima modifica del comma 1-*ter*, con l'aggiunta della specificazione che i soggetti privati assicurano il rispetto dei principi dell'attività amministrativa «con un livello di garanzia non inferiore a quello cui sono tenute le pubbliche amministrazioni in forza delle disposizioni di cui alla presente legge»: essa, oltre la sua rilevanza applicativa, mostra che il punto di vista da adottare nell'analisi e nella ricostruzione della disciplina dell'esercizio privato di attività pubbliche è quello delle garanzie dei cittadini.

Scegliendo questa prospettiva, si ha il vantaggio di una visione unitaria del fenomeno, che, pur tenendo conto delle differenze tra le diverse ipotesi di esercizio privato, consente di ravvisare quali siano le regole da rispettare da parte dei privati quando siano titolari di poteri pubblicistici. Ne deriva anche una seria considerazione della disposizione del comma 1-*ter*, la quale, piaccia o meno, esiste e richiede di essere applicata: essa può, quindi, avere un significato non meramente ricognitivo di orientamenti giurisprudenziali o discipline speciali, ma piuttosto integrativo di regimi settoriali e può essere idonea a fondare le pretese di un privato verso altri privati che esercitino un'attività amministrativa.

Ancora: il rapporto tra efficienza e garanzie che è proprio di tutta l'attività amministrativa autoritativa, nel caso dell'esercizio privato si presenta diversamente, poiché il buon andamento rileva solo in quanto incida sulle posizioni soggettive degli amministrati, non invece nei riflessi (puramente) organizzativi. Dunque, certi criteri (ad esempio, quelli di efficienza ed economicità) o certe regole (ad esempio, quelle sulla partecipazione al procedimento) acquisiscono un significato sotto l'esclusivo aspetto delle garanzie da rispettare.

Infine, tutto ciò si riflette anche sul versante del controllo giurisdizionale: infatti, dall'insieme e dal tipo di regole che sono applicabili all'attività amministrativa dei soggetti privati, dipende anche l'ampiezza del sindacato giurisdizionale sugli atti che ne costituiscono l'esercizio.

CAPITOLO II

LE REGOLE APPLICABILI ALL'ATTIVITÀ AMMINISTRATIVA DI SOGGETTI PRIVATI

SOMMARIO: 1. Ipotesi di attività amministrativa di soggetti privati. Il rispetto delle garanzie tra forma e sostanza. – 1.1. L'attività di attestazione delle Soa: contratto, esercizio privato di pubblica funzione, prescrizioni organizzative. – 1.2. Limiti statutari e natura dell'attività svolta dalle Soa: l'intervento della Corte costituzionale. – 1.3. L'esercizio di poteri espropriativi da parte di soggetti privati. – 1.4. L'esercizio di poteri discrezionali da parte di privati: ammissibilità, ipotesi e sindacato giurisdizionale. – 2. I principi di imparzialità e buon andamento. – 2.1. Il principio di imparzialità nell'attività amministrativa svolta da privati. – 2.2. (segue) La parzialità del soggetto privato. – 2.3. Il principio di buon andamento nei rapporti tra privati esercenti attività amministrative e amministrati. – 3. Prospettive applicative del comma 1-ter.

1. *Ipotesi di attività amministrativa di soggetti privati. Il rispetto delle garanzie tra forma e sostanza.*

L'analisi che si intende svolgere richiede, prima di tutto, l'individuazione e lo studio di alcune ipotesi di esercizio privato di attività amministrative. Si è già detto che la quantità e l'eterogeneità delle fattispecie riconducibili alla categoria sono le principali ragioni della difficoltà di giungere a una sua teorizzazione unitaria. La scelta delle fattispecie da analizzare è dipesa dall'obiettivo del lavoro, cioè la verifica del regime a cui sono sottoposte le attività amministrative svolte da soggetti privati. Poiché la prospettiva adottata nel perseguimento di simile scopo è, come detto, quella delle garanzie offerte agli amministrati dalle norme della legge sul procedimento, si è guardato a ipotesi nelle quali tali norme potessero trovare applicazione.

In primo luogo, si sono dunque cercati casi di attività per le quali fosse possibile una procedimentalizzazione e che si concludessero con un atto del privato esercente che fosse, almeno a certi fini, equiparabile a un provvedimento

della pubblica amministrazione. Ciò consente, infatti, di verificare l'applicabilità dei principi (e delle regole) della L. 241/1990 e di saggiare l'attitudine del comma 1-ter a integrare le discipline di settore in termini di garanzie. Una simile scelta permette anche di riflettere sui rimedi giurisdizionali verso gli atti dei privati e, in particolare, sui vizi degli stessi.

Inoltre, si è scelto di analizzare casi nei quali vi fossero (o potessero esservi) margini di discrezionalità, che costituisce il più tipico esercizio di potere amministrativo.

Infine, visto che, come detto, i due poli del problema dell'esercizio privato di pubbliche funzioni sono le garanzie pubblicistiche e l'autonomia dei privati, si è cercato di analizzare ipotesi nelle quali il soggetto esercente fosse un autentico privato, così che risultasse più netto il dato dell'autonomia organizzativa e che non si ponessero questioni di (ri)qualificazione (complessiva) sotto il profilo soggettivo.

1.1. *L'attività di attestazione delle Soa: contratto, esercizio privato di pubblica funzione, prescrizioni organizzative.*

Un caso particolare di esercizio di funzioni pubblicistiche da parte di soggetti privati si rinviene nel sistema di qualificazione previsto per l'esecuzione di lavori pubblici. La disciplina dettata dall'art. 40, D.Lgs. 163/2006 stabilisce, infatti, che le imprese debbano possedere una attestazione per partecipare alle gare di affidamento di lavori pubblici di importo superiore a 150.000 euro. La legge prevede che il sistema di qualificazione sia attuato da «organismi di diritto privato di attestazione», le Soa (società organismi di attestazione), alle quali, dietro autorizzazione dell'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici¹, è richiesto di attestare il possesso di determinati requisiti in capo alle imprese che intendono eseguire lavori pubblici.

¹ Secondo quanto previsto dall'art. 68, D.P.R. 207/2010; l'attività di vigilanza dell'Autorità è disciplinata dall'art. 71 dello stesso regolamento.

L'attività di verifica della qualificazione delle imprese, a partire dalla L. 11 febbraio 1994, n. 109 (legge quadro in materia di lavori pubblici) è stata, quindi, rimessa a soggetti privati, sottraendola alla amministrazione diretta statale. Nel nuovo sistema, è l'attestazione rilasciata dalle Soa ad essere «condizione necessaria e sufficiente per la dimostrazione dell'esistenza dei requisiti di capacità tecnica e finanziaria ai fini dell'affidamento di lavori pubblici» (art. 60, c. 3, D.P.R. 207/2010).

Le Soa sono società per azioni private che operano sul mercato ma che vedono notevolmente conformate dalla legge la loro organizzazione e la loro attività: questi sono gli aspetti che qui più interessano. È utile però, prima di interrogarsi sulla possibile qualificazione giuridica dell'attività delle Soa, ripercorre alcune caratteristiche della disciplina prevista dal codice e dal regolamento di esecuzione e attuazione dello stesso.

Per quanto riguarda lo svolgimento dell'attività di attestazione, questa deve essere esercitata «nel rispetto del principio di indipendenza di giudizio, garantendo l'assenza di qualunque interesse commerciale o finanziario che possa determinare comportamenti non imparziali o discriminatori» (art. 40, c. 3, D.Lgs. 163/2006): risulta subito chiaro come il trasferimento di un'attività di rilievo pubblicistico in capo a soggetti privati determini la necessità di regole che rendano compatibile il conseguimento dell'interesse pubblico con lo scopo di lucro delle società di attestazione².

Ciò comporta l'innesto, nella disciplina dell'attività delle Soa, di elementi derivanti dal campo del diritto delle pubbliche amministrazioni: infatti, l'accertamento del possesso dei requisiti è procedimentalizzato (e le Soa hanno

² Peralto, il problema della compatibilità tra perseguimento dell'interesse pubblico e scopo di lucro si è posto nell'ordimento già con riferimento alla capacità degli enti pubblici. Come noto, su tale questione, vi sono due diversi orientamenti: secondo il primo, l'ente pubblico godrebbe di una capacità giuridica di diritto speciale, ossia limitata allo scopo individuato dalla legge istitutiva e che gli impedirebbe di svolgere qualsiasi attività non immediatamente riconducibile al suo fine istituzionale. Per il secondo orientamento, invece, l'ente pubblico avrebbe una capacità giuridica generale, in base alla quale sarebbe legittimato a utilizzare tutti gli strumenti (anche di diritto privato) utili al raggiungimento del suo scopo istituzionale (in generale, su questi aspetti, si veda V. CERULLI IRELLI, *Amministrazione pubblica e diritto privato*, Torino, 2011, pp. 65 e ss.; nonché S. VINTI, *Limiti funzionali all'autonomia negoziale della pubblica amministrazione nell'appalto di opere pubbliche*, Padova, 2008, pp. 20 e ss.).

l'obbligo di comunicare all'Autorità l'avvio del procedimento e l'esito: art. 40, c. 9-ter); inoltre, il regolamento di esecuzione e attuazione del codice, che disciplina dettagliatamente la materia, prevede il rispetto per le Soa dei principi di diligenza, correttezza e trasparenza nello svolgimento dell'attività di attestazione (art. 70, c. 1, lett. a), D.P.R. 207/2010), nonché la garanzia di quelli di imparzialità ed equo trattamento (art. 70, c. 1, lett. c).

L'art. 76, D.P.R. 207/2010, relativo alla domanda di qualificazione, disciplina invece il rapporto intercorrente tra la società da qualificare e la Soa. La prima deve stipulare un contratto con la seconda: in seguito, l'attività della Soa si snoda secondo il procedimento e la scansione temporale definiti dal regolamento. La procedura di rilascio dell'attestazione deve concludersi entro novanta giorni dalla stipulazione del contratto e «può essere sospesa per chiarimenti o integrazioni documentali per un periodo complessivamente non superiore a novanta giorni». Inoltre, la Soa «è tenuta a rilasciare l'attestazione o comunque il diniego di rilascio della stessa».

Per ciò che attiene alle prescrizioni organizzative, ci si può limitare a evidenziare alcuni dati significativi. Anzitutto, le Soa sono costituite nella forma delle società per azioni e debbono possedere determinati requisiti relativi al capitale sociale e al patrimonio (art. 64, c. 1, D.P.R. 207/2010).

Ancor più importante è, però, la previsione di limiti allo statuto delle Soa: lo statuto, infatti, deve avere come oggetto esclusivo lo svolgimento dell'attività di attestazione ed è fatto divieto alle Soa di erogare servizi di qualsiasi natura ad operatori economici, direttamente ovvero a mezzo di società collegate o di società in virtù di rapporti contrattuali (art. 64, c. 3). Del resto, la composizione e la struttura organizzativa delle Soa devono assicurare «il rispetto del principio di indipendenza di giudizio e l'assenza di qualunque interesse commerciale, finanziario che possa determinare comportamenti non imparziali o discriminatori» (art. 64, c. 4).

L'art. 67 prevede, infine, i requisiti tecnici che le Soa devono possedere, in termini di organico minimo (sia come numero che come qualificazione dei

dipendenti) e di requisiti morali del personale³. Sul rispetto delle prescrizioni organizzative esercita il controllo l'Autorità di vigilanza (art. 65).

In definitiva, oltre al richiamo espresso a indipendenza di giudizio, imparzialità, diligenza, correttezza, trasparenza e ai principi dell'art. 2 del codice dei contratti pubblici⁴, esiste per le Soa una dettagliata disciplina legislativa e regolamentare che cerca di dare attuazione a questi criteri, intervenendo tanto sul piano dell'attività, quanto su quello dell'organizzazione delle società.

Il problema più significativo che si pone in questo quadro è relativo alla qualificazione della natura dell'attività svolta dalle Soa, a partire dalle definizioni datene dal legislatore. Come detto, le imprese e le Soa stipulano un contratto e la prestazione della Soa consiste nella valutazione e verifica della qualificazione (quindi, dell'esistenza delle certificazioni di sistema di qualità in conformità alla disciplina europea e nazionale e di requisiti di ordine generale, tecnico-organizzativi e economico-finanziari) a fronte di un corrispettivo (la disciplina interviene anche sulla determinazione delle tariffe: art. 70, D.P.R. 207/2010). Pur essendo in presenza di un contratto, la legge specifica però che, nell'attività di attestazione, le Soa «svolgono funzioni di natura pubblicistica» (art. 40, c. 3, D.Lgs. 163/2006).

Non stupisce, dunque, che la natura dell'attività delle Soa sia stata oggetto di contrasti giurisprudenziali: in alcune decisioni, è stata affermata la natura puramente privatistica e contrattuale del rapporto tra le Soa e le imprese⁵; in altre, è stato invece riconosciuto l'esercizio privato di una pubblica funzione, cosa che non consente la riconducibilità del rapporto a un ordinario vincolo contrattuale⁶.

³ I requisiti morali sono indicati dall'art. 64, c. 6 dello stesso regolamento.

⁴ Il rinvio ai principi dell'art. 2 del codice dei contratti pubblici (che al comma 1 così prevede: «L'affidamento e l'esecuzione di opere e lavori pubblici, servizi e forniture, ai sensi del presente codice, deve garantire la qualità delle prestazioni e svolgersi nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza; l'affidamento deve altresì rispettare i principi di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, nonché quello di pubblicità con le modalità indicate nel presente codice») è effettuato dall'art. 70, c. 1, lett. a), D.P.R. 207/2010.

⁵ In tal senso, si vedano: T.a.r. Lazio, sez. III, 16 ottobre 2002, n. 8722; T.a.r. Lazio, sez. III, 4 febbraio 2003, n. 1868; T.a.r. Lazio, sez. III, 9 aprile 2003, n. 5714.

⁶ Per questa ricostruzione si vedano: Cons. Stato, sez. VI, 24 gennaio 2005, n. 128; Cons. Stato, sez. VI, 14 aprile 2004, n. 2124; Cons. Stato, sez. VI, 14 aprile 2004, n. 2125; Cons. Stato, sez. VI, 2 marzo 2004, in *Foro Amm. - C.d.S.*, 7-8, 2004, pp. 2276 e ss., con nota di S.

La prima tesi si fonda essenzialmente sulla distinzione tra il rapporto, di tipo pubblicistico, tra l'Autorità di vigilanza e le Soa e quello, di tipo privatistico, tra le Soa e le imprese clienti: il secondo rapporto, molto semplicemente e come previsto dalla disciplina, nasce da un contratto di diritto privato⁷.

La seconda ricostruzione va oltre, invece, la mera presenza di un contratto e si basa sul fatto che gli elementi del contratto sono predeterminati dalla legge e, soprattutto, che il contratto «sfocia nell'«attestazione», che è un atto unilaterale della Soa, avente natura pubblicistica»⁸. Pertanto, secondo questa tesi, quella svolta dalle Soa è una funzione pubblica, che non muta natura per il solo fatto di essere esercitata da soggetti privati, ma rimane uguale a quando era svolta dall'amministrazione statale. Di conseguenza, le attestazioni rilasciate dalle Soa hanno «natura sostanzialmente pubblica»⁹.

Le due tesi esposte sono state elaborate dai giudici amministrativi specialmente in giudizi che vertevano sull'esistenza o meno del potere, in capo all'Autorità di vigilanza, di annullare direttamente le attestazioni rilasciate dalle Soa, laddove, in sede di controllo, fosse emersa la mancanza dei requisiti per il rilascio. La previgente disciplina¹⁰ non prevedeva, infatti, espressamente detto potere, al contrario di quanto stabilisce oggi l'art. 71, c. 3, D.P.R. 207/2010.

Si trattava, quindi, di giudizi nei quali erano stati impugnati atti (di annullamento o modifica delle attestazioni) dell'Autorità di vigilanza e non atti di Soa: la qualificazione dell'attività di queste ultime serviva, dunque, a risolvere un particolare problema giuridico¹¹, che a sua volta scaturiva da un'esigenza pratica: la disciplina consentiva, infatti, all'Autorità di dare indicazioni vincolanti alle Soa in merito alle attestazioni rilasciate, quindi anche di imporre la revoca delle

FOÀ, *L'Autorità di vigilanza sui lavori pubblici può annullare le attestazioni SOA: esercizio privato di funzione pubblica e controllo.*

⁷ Si veda, ad esempio, T.a.r. Lazio, n. 5714/2003, cit.

⁸ Cons. Stato, n. 2125/2004, cit.

⁹ Cons. Stato, n. 128/2005, cit.

¹⁰ La disciplina era contenuta negli artt. 8-9, L. 109/1994 e nel D.P.R. 25 gennaio 2000, n. 34 (*Regolamento recante istituzione del sistema di qualificazione per gli esecutori di lavori pubblici, ai sensi dell'articolo 8 della legge 11 febbraio 1994, n. 109, e successive modificazioni*).

¹¹ La qualificazione pubblicistica o privatistica dell'attività delle Soa era parte, infatti, dell'argomentazione a sostegno, rispettivamente, della tesi della sussistenza e dell'insussistenza del potere di annullamento da parte dell'Autorità di vigilanza.

attestazioni viziate. Tuttavia, nel caso in cui le Soa non avessero adempiuto, l'unico rimedio previsto era il ritiro dell'autorizzazione alla Soa, le cui attestazioni viziate rimanevano efficaci¹²: ciò aveva, quindi, conseguenze negative per il sistema di realizzazione dei lavori pubblici e originava la necessità di un intervento diretto dell'Autorità sulle attestazioni.

Tutto ciò per dire che non sempre la qualificazione dell'attività, effettuata dalla giurisprudenza, ha conseguenze immediate sul piano delle garanzie nel rapporto tra l'impresa e la Soa, ciò che a noi invece interessa. Ai nostri fini è, allora, più utile capire quali conseguenze possa avere la qualificazione della natura dell'attività nel caso in cui sia un atto della Soa ad essere lesivo degli interessi dell'impresa cliente.

In questo caso, la natura dell'attività risolve, prima di tutto, un problema di giurisdizione, perché la parte resistente non è l'Autorità di vigilanza: solo se si riconosce che l'attività delle Soa è espressione di una potestà pubblicistica è possibile ammettere la giurisdizione del giudice amministrativo.

Se la qualificazione è pubblicistica, l'atto della Soa, quale ad esempio la revoca dell'attestazione, è impugnato nel termine di decadenza di fronte al giudice amministrativo e il ricorrente ne fa valere eventuali vizi di legittimità. C'è di più: se la revoca dell'attestazione è considerata un provvedimento o, comunque, un atto equiparato a quello di una pubblica amministrazione, si può ritenere che alla procedura di revoca sia applicabile la disciplina della L. 241/1990, inclusi gli obblighi di dare avviso di avvio del procedimento¹³, di valutare le osservazioni dell'impresa, di motivare l'atto.

¹² La giurisprudenza che ha qualificato l'attività delle Soa in senso privatistico, consapevole del problema, riteneva comunque che esso dovesse risolversi con gli strumenti conseguenti a tale qualificazione: dunque, la Soa avrebbe potuto non ottemperare alla diffida dell'Autorità di vigilanza a revocare l'attestazione rilasciata, «sottoponendosi al successivo procedimento di revoca dell'autorizzazione stessa e facendo valere in quella sede l'infondatezza della tesi sostenuta dall'Autorità»; l'impresa, pregiudicata non dalla diffida dell'Autorità (diretta alla Soa) ma dal successivo atto ottemperativo della Soa, avrebbe potuto rivolgersi al giudice ordinario per far valutare «il comportamento adempitivo (...) all'obbligazione sorta in base al contratto» sottoscritto con la Soa, «disapplicando, se del caso, il provvedimento assunto dall'Autorità» (T.a.r. Lazio, n. 8722/2002, cit.).

¹³ Nel senso che, invece, la revoca dell'attestazione – almeno in certe ipotesi – costituisca l'ultimo atto del procedimento di qualificazione e, quindi, non richieda l'avviso di avvio, si esprime T.a.r. Bolzano, 25 settembre 2006, n. 363.

Se, invece, il rapporto tra Soa e impresa è ritenuto esclusivamente contrattuale, restando nell'esempio, la revoca dell'attestazione dovrebbe essere valutata, dal giudice ordinario, quale «comportamento adempitivo (...) all'obbligazione sorta in base al contratto sottoscritto»¹⁴.

Dal punto di vista della qualificazione dell'attività, assume, poi, particolare interesse un aspetto riguardante i requisiti di ordine generale (che sono quelli di cui agli artt. 38 e 39 del codice dei contratti pubblici) che le imprese devono possedere ai fini della qualificazione. L'attestazione, infatti, non può essere rilasciata quando sia emessa «sentenza di condanna passata in giudicato, o emesso decreto penale di condanna divenuto irrevocabile, oppure sentenza di applicazione della pena su richiesta, ai sensi dell'art. 444 del codice di procedura penale, per reati gravi in danno dello Stato o della Comunità che incidono sulla moralità professionale»¹⁵. La giurisprudenza favorevole alla tesi pubblicistica dell'attività di attestazione ha ritenuto che la valutazione dell'incidenza dei reati sulla moralità professionale costituisca un «potere discrezionale, piuttosto ampio (...)» e che tale potere sia «chiaro sintomo di una posizione autoritativa delle Soa nei confronti dei loro "clienti", che determina, da parte di questi ultimi, la sussistenza di mere situazioni di interesse legittimo»¹⁶. Inquadrate in una prospettiva di diritto comune, il margine di apprezzamento attribuito alle Soa dovrebbe, evidentemente, essere diversamente ricostruito.

¹⁴ T.a.r. Lazio, n. 8722/2002, cit.

¹⁵ L'assenza del requisito, per le società di capitali, si ha quando la sentenza o il decreto di condanna siano stati emessi nei confronti degli amministratori muniti di potere di rappresentanza o del direttore tecnico o del socio unico persona fisica, ovvero del socio di maggioranza in caso di società con meno di quattro soci (art. 38, c. 1, lett. c, D.Lgs. 163/2006).

¹⁶ T.a.r. Bolzano, n. 363/2003, cit.

1.2. *Limiti statutarî e natura dell'attività svolta dalle Soa: l'intervento della Corte costituzionale.*

Il caso delle Soa è di grande rilievo anche sul fronte del legame tra organizzazione e attività: in una sentenza assai recente, la Corte costituzionale¹⁷ ha, infatti, affrontato il tema dei limiti statutarî previsti per le Soa.

Il T.a.r. del Lazio¹⁸ aveva sollevato questione di legittimità costituzionale del succitato art. 40, c. 3, D.Lgs. 163/2006, in riferimento agli artt. 3 e 41 cost., nella parte in cui prevede l'esclusività dell'oggetto sociale delle Soa, con i conseguenti divieti per uno stesso soggetto di svolgere contemporaneamente attività di organismo di certificazione e di organismo di attestazione e per un organismo di certificazione di detenere partecipazioni azionarie in una Soa (divieti esplicitati nell'art. 66, D.P.R. 207/2010).

La ragione dei divieti si comprende facilmente, in riferimento all'imparzialità delle Soa, se si considera che il sistema di qualificazione delle imprese per i lavori pubblici si basa, da un lato, sul possesso delle certificazioni di qualità aziendali (conformemente alle norme europee) rilasciate dagli organismi di certificazione e, dall'altro, sull'accertamento del possesso di tali certificazioni da parte delle Soa. In altre parole, la normativa ha voluto evitare che potesse essere lo stesso soggetto (o che potessero essere due soggetti distinti ma legati da partecipazioni azionarie) a rilasciare le certificazioni di qualità e ad accertarne il possesso da parte delle imprese.

La Corte ha ritenuto infondata la questione di costituzionalità. Quello che qui preme sottolineare, oltre la specifica questione e i principi costituzionali coinvolti, è il rilievo che il tipo di attività svolta ha nell'argomentazione della Corte costituzionale, in particolare nel dare fondamento giuridico alle limitazioni strutturali imposte alle Soa. La Corte, infatti, partendo dalla qualificazione di natura pubblicistica delle funzioni svolte dalle Soa e dalla rilevanza degli interessi

¹⁷ Corte Cost., 20 maggio 2013, n. 94.

¹⁸ Il giudizio di costituzionalità è stato promosso con tre ordinanze analoghe dello stesso giorno, tra le quali T.a.r. Lazio, ord., sez. I, 13 dicembre 2011, n. 9718, in *Foro Amm. – T.A.R.*, 2011, pp. 3944 e ss.

pubblici coinvolti, sostiene che l'attività delle Soa sia assoggettata agli stessi vincoli che caratterizzano l'attività della pubblica amministrazione. Tra questi, la Corte richiama sia il dovere di imparzialità che la garanzia del principio costituzionale di buon andamento, entrambi applicabili alle Soa «precisamente perché esse costituiscono soggetti privati che, tuttavia, esercitano una pubblica funzione».

Dunque, l'esternalizzazione della funzione di certificazione comporta l'estensione dell'ambito applicativo dei principi pubblicistici di imparzialità e buon andamento anche ai privati conferitari e ciò, a sua volta, determina e giustifica una limitazione all'autonomia dei privati, che vedono confermata dalla legge la propria struttura organizzativa.

1.3. *L'esercizio di poteri espropriativi da parte di soggetti privati.*

Il testo unico in materia di espropriazione per pubblica utilità, D.P.R. 8 giugno 2001, n. 327, all'art. 3, c. 1, lett. b), include nella definizione di «autorità espropriante», oltre «[al]l' autorità amministrativa titolare del potere di espropriare e che cura il relativo procedimento», anche «il soggetto privato, al quale sia stato attribuito tale potere, in base ad una norma». L'art. 6 dello stesso testo unico, recante le regole generali sulla competenza, prevede che «se l'opera pubblica o di pubblica utilità va realizzata da un concessionario o da un contraente generale, l'amministrazione titolare del potere espropriativo può delegare, in tutto o in parte, l'esercizio dei propri poteri espropriativi, determinando chiaramente l'ambito della delega nella concessione o nell'atto di affidamento, i cui estremi vanno specificati in ogni atto del procedimento espropriativo. A questo scopo i soggetti privati cui sono attribuiti per legge o per delega poteri espropriativi, possono avvalersi di società controllata. I soggetti privati possono altresì avvalersi di società di servizi ai fini delle attività preparatorie» (comma 8).

La disciplina del testo unico non costituisce una novità: già con la L. 20 marzo 1865, n. 2248, all. F, era stato previsto che soggetti privati potessero

svolgere attività nelle procedure espropriative¹⁹. Ciò che interessa è rilevare come, allo stato attuale, i concessionari di lavori pubblici, i contraenti generali e i soggetti privati indicati dalla legge possano esercitare poteri espropriativi e, quindi, possano emanare atti del procedimento espropriativo²⁰.

Circa l'ampiezza dei poteri attribuibili ai soggetti privati, la norma prevede la possibilità di delegare anche «in tutto» l'esercizio dei poteri espropriativi: del resto, la giurisprudenza utilizza proprio la verifica della presenza di una delega di «tutti i poteri e le facoltà concernenti una procedura ablativa» al fine di determinare se il concessionario sia o meno il solo responsabile delle obbligazioni sorte o assunte in dipendenza della vicenda espropriativa²¹.

Per quanto riguarda l'ipotesi della delega al concessionario o al contraente generale, è importante evidenziare, nella disposizione dell'art. 6, c. 8, D.P.R. 327/2001, la previsione della necessaria determinazione dell'ambito della delega e dell'indicazione degli estremi della concessione o dell'atto di affidamento in ogni atto del procedimento: questo, da un lato, conferma la procedimentalizzazione dell'attività del delegato, con la conseguente applicazione ad esso della disciplina prevista per la pubblica amministrazione quale autorità espropriante; dall'altro, apre la strada, ove siano superati i limiti della delega, al vizio di incompetenza dell'atto adottato²² (stante la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in materia di espropriazione per pubblica utilità)²³, perché verrebbe esercitato dal privato un potere che non gli è attribuito.

¹⁹ Per una ricostruzione, anche della legislazione successiva, si veda A. MALTONI, *Il conferimento di potestà pubbliche ai privati*, cit., pp. 163 e ss.

²⁰ Sul punto, ci si può domandare quali siano gli atti del procedimento che possono essere emanati da soggetti privati: l'estensione dei poteri dipende, evidentemente, dalle previsioni legislative o dai limiti della delega, tuttavia non sembra potersi escludere che i soggetti privati possano emanare anche i decreti di espropriazione.

²¹ Tra altre, si veda Cass., sez. I, 16 giugno 2000, n. 8246.

²² In questo senso si veda A. MALTONI, *Il conferimento di potestà pubbliche ai privati*, cit., p. 177. Come si chiarirà nel Cap. III, quando si tratterà della configurabilità dei vizi di legittimità per gli atti amministrativi di soggetti privati, nel caso di specie vi è, ad avviso di chi scrive, un'ipotesi di incompetenza assoluta, sussistendo un difetto di attribuzione in capo al soggetto privato.

²³ La previsione si rinviene oggi nell'art. 133, c. 1, lett. g), D.Lgs. 104/2010, ai sensi del quale sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo «le controversie aventi ad oggetto gli atti, i provvedimenti, gli accordi e i comportamenti, riconducibili, anche mediatamente, all'esercizio di un pubblico potere, delle pubbliche amministrazioni in materia di espropriazione per pubblica utilità, ferma restando la giurisdizione del giudice ordinario per

Per quanto attiene, invece, ai soggetti che sono per legge titolari di poteri espropriativi, si devono segnalare, in particolare, le società per azioni sorte dalla privatizzazione di enti pubblici e le società legalmente costituite per scopi pubblici²⁴. Le prime (nate dalla privatizzazione di enti pubblici) hanno mantenuto, con gli stessi limiti ed effetti, le attribuzioni spettanti agli enti originari in materia di dichiarazione di pubblica utilità, necessità e urgenza.

Proprio in merito al caso di un procedimento espropriativo che coinvolgeva una società derivante dalla trasformazione di un ente pubblico – Società Ferrovie dello Stato²⁵ – è stata emessa dal Consiglio di Stato una sentenza particolarmente significativa per i problemi suscitati dalla norma del comma 1-*ter*, che è già stata citata e sulla quale è utile tornare in modo più approfondito²⁶.

La ricostruzione della vicenda è complessa e, soprattutto, inutile ai nostri fini. Sia sufficiente dire, per quanto qui interessa, che, tra le questioni affrontate dal giudice amministrativo, vi erano l'idoneità di una delibera della società Ferrovie dello Stato, con la quale veniva approvato il progetto di un'opera, ad avere il valore di dichiarazione di pubblica utilità, nonché la legittimità della stessa sotto altri profili. Il Consiglio di Stato ritiene, accogliendo un motivo di ricorso, che l'opera approvata con la deliberazione della società non rientrasse tra quelle alle quali la legge attribuiva l'efficacia di dichiarazione di pubblica utilità. Ciò sarebbe stato sufficiente a integrare l'illegittimità della delibera. Tuttavia, il Consiglio di Stato va oltre, spiegando che la delibera sarebbe stata illegittima anche se avesse avuto per legge il valore di dichiarazione di pubblica utilità:

quelle riguardanti la determinazione e la corresponsione delle indennità in conseguenza dell'adozione di atti di natura espropriativa o ablativa».

²⁴ Per una breve rassegna si vedano A. MALTONI, *Il conferimento di potestà pubbliche ai privati*, cit., pp. 169-170 e N. PECCHIOLI, *Soggetti privati ed esercizio di funzioni amministrative*, cit., pp. 626-627, i quali ricordano Stretto di Messina s.p.a., Società Ferrovie dello Stato s.p.a., Acquedotto Pugliese s.p.a., Anas s.p.a., Società Autostrade s.p.a.

²⁵ La Società Ferrovie dello Stato è sorta dalla privatizzazione dell'ente pubblico economico Ferrovie dello Stato, con delibera 12 agosto 1992 del Cipe, in base a quanto previsto dall'art. 18, D.L. 11 luglio 1992, n. 333; lo stesso decreto disponeva all'art. 14, c. 4-*bis* che «fino alla emanazione di una nuova disciplina, le società per azioni derivate dalla trasformazione di cui agli articoli 15 e 18 esercitano, nei medesimi limiti e con i medesimi effetti, le attribuzioni in materia di dichiarazione di pubblica utilità e di necessità e di urgenza, già spettanti agli enti originari».

²⁶ Il riferimento è a Cons. Stato, n. 1617/2004, cit.

infatti, secondo un orientamento consolidato²⁷, la partecipazione procedimentale degli interessati deve essere garantita anche nel procedimento relativo alla dichiarazione di pubblica utilità (pure se implicita) di un'opera pubblica, mentre nel caso di specie non risultava che Ferrovie dello Stato avesse «valutato le ragioni degli interessati (...) prima, e comunque, in occasione dell'approvazione del progetto» posta in essere con la delibera di cui si parla.

Da questo punto di vista, la sentenza non farebbe che confermare l'estensione delle garanzie partecipative all'adozione della dichiarazione di pubblica utilità, ritenuta l'atto finale, immediatamente incidente sul diritto di proprietà degli interessati, di un procedimento autonomo. La vera novità consiste invece nell'idea, espressa dal Consiglio di Stato, che il principio del giusto procedimento, applicato all'adozione di una delibera di una società per azioni, non comporti la formale procedimentalizzazione, secondo la disciplina pubblicistica, di un'attività che «rimane pur sempre di diritto comune». Piuttosto, si tratta «di fare in modo che quegli obiettivi di garanzia sostanziale, ed in genere quegli effetti che la legge assicura, nel caso della tradizionale attività amministrativa, attraverso una rigida e formale procedimentalizzazione, siano comunque assicurati anche quando gli effetti propri di una dichiarazione di pubblica utilità, indifferibilità e urgenza, siano, per legge, realizzati attraverso strumenti di diritto comune». Per essere ancora più chiari conviene proseguire con la citazione, dal momento che il giudice ribadisce che «non si tratta (...) di applicare la legge sul procedimento amministrativo all'attività di diritto privato (e quindi anche all'adozione di delibere del consiglio di amministrazione o del presidente di una società) ma di verificare se, nel rispetto del principio di libertà delle forme proprio del diritto privato si sia comunque, in concreto ed in punto di fatto, realizzata una ponderazione ed una valutazione delle posizioni dei soggetti destinati ad essere comunque toccati ed incisi dagli effetti di tale attività di diritto privato». Il Consiglio di Stato considera, dunque, compatibile la natura privatistica

²⁷ La decisione che ha inaugurato l'indirizzo è Cons. Stato, Ad. Plen., 15 settembre 1999, n. 14.

dell'attività con le garanzie tipiche del diritto amministrativo, che vanno però rispettate nella sostanza, non anche nella forma.

La sentenza è stata oggetto di letture contrastanti. Da una parte, c'è chi ne ha sottolineato positivamente l'apertura al diritto privato, poiché ritiene, in un'ottica di gradazione delle tutele, che non sia necessaria l'imposizione di tutte le forme e le procedure del diritto pubblico all'esercizio privato di attività amministrative, ma sia possibile salvaguardare altrimenti il rispetto delle garanzie sostanziali²⁸. In senso favorevole alla sentenza si è espresso anche chi ne ha evidenziato l'aspetto garantistico: infatti, nel momento in cui l'azione amministrativa è trasferita in capo ai privati ed è posta in essere con atti di diritto privato, la giurisprudenza connette il rispetto di alcune garanzie agli effetti degli atti (in questo caso, il valore di dichiarazione di pubblica utilità) e non alle forme con i quali sono realizzati²⁹.

Dall'altra parte, c'è chi ha criticato la sentenza per una serie di ragioni, così riassumibili: anzitutto, non è chiara la differenza tra le garanzie sostanziali di cui parla il Consiglio di Stato e quelle che, in forza della L. 241/1990, trovano applicazione all'attività autoritativa delle pubbliche amministrazioni; inoltre, se i privati investiti di poteri espropriativi devono compiere una valutazione degli interessi dei destinatari dell'atto, questi ultimi potranno trarre solo dalla motivazione dell'atto gli elementi necessari a giudicare la correttezza della valutazione effettuata; ancora, non si vede quale sia l'ostacolo a qualificare l'atto del soggetto privato come un atto autoritativo, anziché come semplice atto di diritto privato; infine, la tesi del Consiglio di Stato contrasta con i principi di uguaglianza, differenziando le garanzie a seconda che il potere sia esercitato dalla pubblica amministrazione o da un privato conferitario, e di certezza del diritto, perché l'individuazione delle garanzie da rispettare sarebbe rimessa alla

²⁸ G. NAPOLITANO, *L'esercizio privato di attività amministrative*, in *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, cit., pp. 96-97.

²⁹ R. LEONARDI, *Il principio della partecipazione e la dichiarazione di p.u.*, cit., p. 1023.

valutazione dei privati conferitari e, «in seconda battuta, alla sensibilità del giudice cui siano devolute le relative controversie»³⁰.

La pronuncia in esame consente di trarre alcuni spunti sul piano generale.

Essa viene spesso richiamata in letteratura³¹ perché fornisce una base all'idea che il diritto comune e i principi propri dell'attività amministrativa non siano incompatibili e che vi sia il modo di coniugare la libertà nella forma con il rispetto di garanzie nella sostanza. Tuttavia, non si può fare a meno di notare che, a distanza di tempo, la sentenza del Consiglio di Stato sia rimasta isolata sul punto. Anche la giurisprudenza successiva che vi si rifa, peraltro in casi del tutto simili³², non torna sulla questione del rispetto sostanziale delle garanzie in un'attività di diritto comune ma si limita, sul punto della partecipazione, a estendere in via analogica la disciplina procedimentale prevista per la dichiarazione di pubblica utilità (deposito degli atti – osservazioni degli interessati – decisione sulle stesse)³³ alla delibera di una società per azioni³⁴.

³⁰ A. MALTONI, *Esercizio privato di pubbliche funzioni*, cit., pp. 588-589; in senso critico verso la sentenza, con argomentazioni non dissimili, si esprime anche N. PECCHIOLI, *La delibera di approvazione del progetto di un'opera da parte di Ferrovie S.p.A.*, cit.

³¹ Oltre ai testi indicati nelle note precedenti, si può vedere, ad esempio, S. TORRICELLI, *I contratti tra privati con funzioni di amministrazione pubblica*, cit.

³² Cons. Stato, sez. VI, 7 novembre 2006, n. 6553: la controversia ha ad oggetto, anche in questo caso, una delibera di approvazione di un progetto da parte di Rete Ferroviaria Italiana s.p.a. (nata dalla trasformazione di Ferrovie dello Stato s.p.a.) avente valore di dichiarazione di pubblica utilità.

³³ La disciplina partecipativa per il procedimento di dichiarazione di pubblica utilità era prevista agli artt. 10 e 11 della L. 22 ottobre 1971, n. 865 (oggi all'art. 16, D.P.R. 327/2001), che ne regolavano la forma esplicita secondo il modulo indicato in parentesi: deposito atti – osservazioni – decisione sulle stesse; la giurisprudenza che ha esteso alla dichiarazione implicita il principio del procedimento (Cons. Stato, ad. plen., n. 14/1999 e anche le citate Cons. Stato, n. 1617/2004 e Id., n. 6553/2006), ha ritenuto che, in virtù di tale principio, si potesse fare applicazione analogica di tale disciplina specifica ai casi di dichiarazione implicita.

³⁴ Si veda, ad esempio, Cons. Stato, n. 6553/2006, cit., dove, in riferimento a un motivo di ricorso relativo alla violazione delle regole procedurali della L. 241/1990, si legge: «è sufficiente rimarcare (...) che anteriormente alla dichiarazione di pubblica utilità dell'opera, data con l'impugnata delibera n. 122 del 27 maggio 2002 dell'Amministratore delegato di RFI s.p.a., la stessa società aveva provveduto a dare avviso della procedura con pubblicazione dell'avviso di avvenuto deposito degli atti presso le segreterie dei Comuni interessati, nonché con pubblicazione di un atto di avviso sui quotidiani (...) del giorno 18 gennaio 2001 (...). Più in generale risultano osservate le prescrizioni stabilite dagli artt. 10 e 11 della legge n. 865/1971, con esito in concreto equipollente alle formalità procedurali disciplinate dalla legge generale sulla trasparenza amministrativa»; si noti che l'equipollenza di cui si parla è evidentemente riferita alla censura svolta dal ricorrente (riferita alla L. 241/1990) e che il giudice ritiene sufficiente l'applicazione della disciplina procedimentale speciale.

In realtà, la pronuncia è meno significativa di quanto appaia, soprattutto perché ne restano poco chiare le conseguenze applicative. La qualificazione dell'attività 'amministrativa' di un soggetto privato in termini di diritto comune, anziché di diritto pubblico, dovrebbe, infatti, avere ripercussioni su alcuni piani: quello degli effetti dell'atto; quello della disciplina applicabile a tale attività; quello della giurisdizione e, di conseguenza, quello del tipo di sindacato sull'atto.

Ebbene, nel caso di specie, per quanto riguarda gli effetti dell'atto, è la legge stessa ad attribuire alla delibera della società il valore di dichiarazione di pubblica utilità e, quindi, a equipararla, da questo punto di vista, a un atto della pubblica amministrazione. Per ciò che attiene, poi, alla disciplina il Consiglio di Stato riconosce la necessità del rispetto di garanzie sostanziali: tuttavia, concretamente, questo si risolve nel dare avviso agli interessati del procedimento e nel consentire loro di formulare osservazioni e difficilmente si vede come ciò possa accadere se non nelle forme previste, comunque, dalla legge per la dichiarazione di pubblica utilità³⁵.

Il problema della giurisdizione, poi, non si pone in materia espropriativa, non solo perché c'è la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, ma soprattutto perché è lo stesso Consiglio di Stato a non dubitare che la dichiarazione di pubblica utilità determini «l'affievolimento del diritto di proprietà» e che, quindi, gli interessati siano titolari di interessi legittimi. Ne consegue che l'atto del privato, impugnato di fronte al giudice amministrativo, è sottoposto a un sindacato analogo a quello esercitato sugli atti della pubblica amministrazione: si legge, del resto, nella sentenza che ciò che si deve verificare è se si sia «realizzata una ponderazione ed una valutazione delle posizioni dei soggetti destinati ad essere comunque toccati ed incisi dagli effetti di tale attività di diritto privato». Certamente, rimarrebbe ancora da capire quale «effettivo sistema di validità-invalidità (...) deve essere applicato (ad esempio: se sia utilizzabile l'eccesso di potere, in tutte le sue manifestazioni, o se si debba

³⁵ Questo è ciò che è avvenuto, ad esempio, nel caso di cui a Cons. Stato, n. 6553/2006, cit.

ragionare in termini di violazione di una specifica norma o di uno specifico principio)»³⁶.

Sembrano quindi due le considerazioni che possono, in definitiva, essere fatte sulla questione.

In primo luogo, la sentenza ci mostra la difficoltà, ove si sia di fronte all'esercizio privato di un potere che, oltre a essere analogo a quello esercitato dalla pubblica amministrazione, è anche autoritativo, di sfuggire alla qualificazione dell'attività in senso pubblicistico e all'applicazione della stessa disciplina prevista per la pubblica amministrazione. Del resto, è evidente che la delibera di una società per azioni resta un atto 'privato', emesso da un soggetto privato secondo le regole proprie della sua organizzazione: ciò non impedisce tuttavia la sua equiparazione, per certi aspetti, agli atti amministrativi. Il vero problema sta piuttosto, applicando una disciplina procedimentale di tipo pubblicistico, nel vedere se tutta la disciplina sia trasferibile all'attività (e all'organizzazione) di un privato, come è nel caso dell'avviso di avvio della procedura di dichiarazione di pubblica utilità, e quali siano le conseguenze in punto di invalidità dell'atto.

Inoltre, quanto detto finora, è, in gran parte, conseguenza del tipo di attività esercitata nella procedura espropriativa, senza dubbio qualificabile come espressione di un potere autoritativo: se, però, l'esercizio privato riguardasse attività diverse (non autoritative), anche in forza dell'art. 1, c. 1-*bis*, L. 241/1990, il richiamo del Consiglio di Stato al diritto comune sarebbe tutt'altro che ingiustificato.

1.4. *L'esercizio di poteri discrezionali da parte di privati: ammissibilità, ipotesi e sindacato giurisdizionale.*

Si è avuto modo di dire che l'esercizio di poteri discrezionali da parte di soggetti privati costituisce un campo di particolare interesse, dal momento che vi

³⁶ C. MARZUOLI, *Amministrazione di risultato e responsabilità*, in *Scritti in onore di Giuseppe Palma*, cit., p. 1224.

si può saggiare il ruolo dei principi dell'attività amministrativa quando applicati a soggetti privati, oltre a potersi analizzare le eventuali differenze con la pubblica amministrazione (in senso soggettivo).

La questione del conferimento a soggetti privati di poteri discrezionali viene generalmente affrontata sotto due profili. Il primo è quello della sua stessa ammissibilità: infatti, risulta a prima vista problematico affidare a un soggetto estraneo alla pubblica amministrazione una decisione in qualche misura politica³⁷. La dottrina, quantomeno quella più recente, non nega comunque siffatta possibilità, seppur con alcuni limiti³⁸.

Il secondo profilo non riguarda tale questione in via diretta, bensì il diverso problema della configurabilità dell'eccesso di potere per gli atti di soggetti privati: almeno nei limiti in cui l'eccesso di potere venga considerato l'aspetto patologico dell'agire discrezionale, ritenere che un atto del privato possa esserne viziato significa, infatti, ammettere anche che quest'ultimo abbia esercitato un'attività discrezionale e che l'attività del soggetto privato sia (in tal caso) sottoposta a regole e principi analoghi a quelli previsti per la pubblica amministrazione.

Entrambi i profili si legano in un'osservazione che nasce dall'analisi del diritto positivo e della giurisprudenza. Nel diritto positivo non si rinvergono ipotesi significative di attività discrezionali affidate a soggetti privati (soprattutto, a privati tali anche dal punto di vista sostanziale), vale a dire casi nei quali vi sia una autentica ponderazione di interessi pubblici, ma emergono piuttosto ipotesi caratterizzate dallo svolgimento di attività fortemente connotate sotto il profilo tecnico.

³⁷ E. CASETTA, *Provvedimento e atto amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, XII, Torino, 1997, p. 247: «(...) se la discrezionalità comporta ponderazione di interessi pubblici, è da ritenere essa debba essere riservata ai soggetti istituzionalmente preposti alla tutela degli interessi pubblici, ossia ai soggetti pubblici».

³⁸ In particolare, C. MARZUOLI, *Note in punto di vizi dell'atto "amministrativo" del soggetto privato*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, Vol. I, cit., p. 542, nell'ambito di un più ampio discorso, sottolinea come sia comunque necessario il rispetto del principio di legalità ed esclude comunque il conferimento ai privati «di quelle potestà discrezionali che, per la loro consistenza e rilevanza, siano da attribuire ad apparati politici (perché la legittimazione di tipo politico-rappresentativo non sembra poter avere equipollenti)» (nt. 63).

Tuttavia, la giurisprudenza, forse impropriamente, riconosce in alcune fattispecie l'esistenza di discrezionalità nell'attività dei privati e, soprattutto, sottopone i loro atti a un sindacato che include anche i vizi, secondo una terminologia classica, attinenti alla funzione, e non solo alla violazione di legge. Dunque, nella prassi giurisprudenziale, emerge una sostanziale assimilazione tra l'attività discrezionale esercitata dai privati e dalle pubbliche amministrazioni.

In giudizio, l'esercizio di attività discrezionali da parte di soggetti privati emerge attraverso la lente del vizio dell'eccesso di potere. Gli esempi nei quali gli atti di soggetti privati esercenti pubbliche funzioni sono impugnati per eccesso di potere sono numerosissimi; meno sono quelli nei quali il giudice amministrativo rileva un'illegittimità dell'atto in riferimento al momento della ponderazione degli interessi rilevanti: ciononostante, il richiamo a pochi casi può essere importante per chiarire quanto sostenuto.

In una controversia tra una società concessionaria della gestione di un mercato comunale e un'impresa assegnataria di un posto vendita³⁹, il giudice, dopo aver affermato che la prima agisce, in virtù della concessione, mediante poteri di natura pubblica, sostiene che gli atti funzionali al perseguimento di un interesse pubblico (qualificati come «atti amministrativi») soggiacciono «alle regole del giusto procedimento e richied[ono] un'adeguata motivazione soggetta, come in ogni provvedimento amministrativo discrezionale, al sindacato giurisdizionale amministrativo». Inoltre, nella stessa sentenza e ancor più chiaramente ai nostri fini, il giudice rileva l'illegittimità dell'atto impugnato per la mancata comparazione dell'interesse pubblico con l'interesse privato coinvolto.

Si è, poi, già fatto cenno alla giurisprudenza⁴⁰ che riconosce in capo alle Soa, nella valutazione dell'incidenza dei reati sulla moralità professionale degli amministratori o dei soci delle imprese da qualificare, un ampio potere discrezionale: anche in questo caso, il giudice amministrativo, a fronte di un motivo di ricorso incentrato sull'eccesso di potere (tra altro, per difetto di

³⁹ T.a.r. Lombardia, sez. IV, 27 luglio 2004, n. 3188.

⁴⁰ T.a.r. Bolzano, n. 363/2006, cit.

motivazione, irragionevolezza e illogicità), sottopone l'atto (impugnato) della Soa a un normale scrutinio di legittimità.

In entrambe queste pronunce, in altri termini, emerge un dato rilevante ai nostri fini. L'attività pubblica discrezionale non muta fisionomia, almeno agli occhi del giudice amministrativo, laddove sia svolta da soggetti privati. Questi ultimi, se sono investiti di una funzione pubblica non sono liberi di esercitare «poteri negoziali riconducibili *tout court* alla disciplina di diritto comune»⁴¹: essi debbono viceversa rispettare le garanzie (formali e sostanziali) che tradizionalmente si collegano all'esercizio di un pubblico potere.

2. *I principi di imparzialità e buon andamento.*

Nella ricostruzione della disciplina applicabile all'attività amministrativa di soggetti privati, un ruolo significativo è svolto dai principi di imparzialità e buon andamento. Come noto, tali principi non hanno sempre avuto adeguata valorizzazione nell'ordinamento italiano e il loro significato, soprattutto sul piano pratico, è a lungo sfuggito, anche a causa del loro «abbinamento costituzionale», che ne ha favorito una ricorrente sovrapposizione⁴².

Oggi è, comunque, pacificamente riconosciuto il loro valore normativo. Imparzialità e buon andamento vengono richiamati nell'art. 1, c. 1, L. 241/1990, dove si fa riferimento diretto all'imparzialità e all'economicità ed efficacia dell'attività amministrativa, queste ultime ritenute (insieme all'efficienza) le tipiche espressioni del principio di buon andamento. Tali criteri risultano, quindi, applicabili anche ai soggetti privati esercenti attività amministrative, in forza del comma 1-*ter* dello stesso articolo.

Ebbene, la particolarità dell'applicazione ai privati risiede nel fatto che tali principi, pur attenendo anche all'attività amministrativa⁴³, nascono in ambito

⁴¹ Tar Lombardia, n. 3188/2004, cit..

⁴² U. ALLEGRETTI, *Imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. VIII, Torino, 1993, p. 132.

⁴³ Sull'estensione al piano dell'attività dei principi di imparzialità e buon andamento, si veda E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 48.

organizzativo e sono pensati tipicamente per le pubbliche amministrazioni⁴⁴: ciò è chiaramente dimostrato dalla stessa Costituzione che, all'art. 97, c. 1, prevede che «i pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge, in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione».

È evidente, dunque, che il loro significato non possa essere semplicemente esteso ai soggetti privati esercenti pubbliche funzioni. Infatti, nell'ottica dell'applicazione della disciplina pubblicistica all'esercizio privato di pubbliche funzioni, è da considerare che l'autonomia organizzativa dei privati, da una parte, e la conservazione delle garanzie degli amministrati imposta dal comma 1-*ter*, dall'altra, rendono i due principi applicabili soltanto nella misura in cui esprimono un precetto relazionale invocabile dall'amministrato nei confronti del privato esercente.

Quest'ultima prospettiva non è certo nuova alla riflessione giuridica. Secondo un noto punto di vista⁴⁵, che pure non ha avuto particolare seguito, le norme costituzionali in tema di pubblica amministrazione potrebbero (e dovrebbero) essere lette in una chiave 'paritaria'. In tale ottica, all'imparzialità e al buon andamento vanno riconosciute due valenze: la prima, oggettiva, porta a interpretare tali principi quali norme di comportamento della pubblica amministrazione poste essenzialmente a tutela della stessa autorità pubblica; la seconda, meno evidente ma altrettanto importante, è una valenza soggettiva, in virtù della quale ciò che qualifica l'azione amministrativa come azione volta alla realizzazione di fini pubblici non è tanto il fatto che essa «debba proporsi il perseguimento di interessi obiettivi», quanto «il dovere della adozione di criteri di equità, di buona fede, di parità di trattamento»⁴⁶.

⁴⁴ Si veda sempre U. ALLEGRETTI, *Imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione*, cit., pp. 132 e ss. per una ricostruzione dell'origine e dell'evoluzione dei due principi nell'ordinamento italiano.

⁴⁵ F. BENVENUTI, *Per un diritto amministrativo paritario*, in *Scritti in memoria di Enrico Guicciardi*, Padova, 1975, pp. 816 e ss.

⁴⁶ F. BENVENUTI, *Per un diritto amministrativo paritario*, cit., p. 818.

2.1. *Il principio di imparzialità nell'attività amministrativa svolta da privati.*

Il primo significato dell'imparzialità «si fonde o piuttosto si confonde nell'uguaglianza e nel dovere di uguaglianza»⁴⁷: in questa accezione, dunque, il principio impone il divieto di agire in modo parziale o arbitrario nei confronti di soggetti che si trovino nelle medesime condizioni⁴⁸.

Questo significato del principio di imparzialità si inquadra in un'ottica di tutela degli amministrati, poiché lega l'imparzialità all'esigenza di garanzia dei singoli che vengano in contatto con la pubblica amministrazione. Tuttavia, se inteso esclusivamente in questo modo, il principio di imparzialità dell'amministrazione risulterebbe piuttosto ovvio, risolvendosi nel dovere di agire secondo diritto, vale a dire «agire secondo la previa legge o la previa norma, nel rispetto della pari dignità dei singoli, senza fare cioè arbitrarie distinzioni tra soggetto e soggetto, tra situazione e situazione»⁴⁹. Soprattutto, però, per quanto a noi interessa, non ci sarebbero particolari difficoltà nel trasportare questo significato del principio nell'ambito dell'esercizio privato di pubbliche funzioni. Nel caso sopra richiamato dalle Soa, ad esempio, è la legge stessa a imporre espressamente il divieto di comportamenti discriminatori (art. 40, c. 3, D. Lgs. 163/2006): si può immaginare, quindi, che una Soa non possa, per un proprio interesse commerciale, riservare a due imprese un trattamento diverso, sulla base di criteri arbitrari.

Il problema dell'imparzialità si presenta ben più rilevante nel caso di scelte discrezionali della pubblica amministrazione, nelle quali entri in gioco una

⁴⁷ F. SATTA, *Imparzialità della pubblica amministrazione*, in *Enc. giur., ad vocem*, Roma, 1989, p. 1.

⁴⁸ G. GARDINI, *Imparzialità amministrativa*, in *Dizionario di diritto pubblico*, cit., p. 2938, osserva come tale concezione di imparzialità si caratterizzi per avere un contenuto «negativo», che si racchiude nel divieto di non discriminazione. Per una composita definizione dell'imparzialità, si veda anche V. BACHELET, *L'evoluzione della pubblica amministrazione*, in *L'amministrazione in cammino – Guida agli scritti giuridici di V. Bachelet*, Milano, 1984, pp. 69 e ss.: ad avviso dell'A., l'imparzialità «ha certo molte componenti di equità, di giustizia, di esatta e umana comprensione delle situazioni; ma ha anche come necessario sostegno l'applicazione della legge» e ciò assume un peso rafforzato «in un'amministrazione partecipativa, ove la legge, appunto, deve tutelare l'imparzialità del servizio per chi appartiene alla maggioranza come per chi appartiene alla minoranza degli utenti».

⁴⁹ F. SATTA, *Imparzialità della pubblica amministrazione*, cit., p. 1.

molteplicità di interessi giuridicamente rilevanti. In questo caso, infatti, l'imparzialità si risolve nella «necessità di ponderare tutti gli interessi legislativamente tutelati che possono essere direttamente toccati dall'agire amministrativo e solo essi e di operare le conseguenti scelte in base a criteri previsti dalla legge oppure unitari, ossia conformi ad indirizzi generali, adottati dagli organi competenti alla stregua del sistema democratico»⁵⁰.

La prima conseguenza dell'applicazione dell'imparzialità, in questa accezione, all'attività amministrativa di soggetti privati consiste, quindi, nell'applicazione degli istituti di partecipazione procedimentale, che consentono agli amministrati di rappresentare i propri interessi⁵¹. Su un piano generale, va infatti tenuto conto del ruolo che il procedimento può assumere nell'individuazione degli interessi rilevanti (intendendo con essi gli interessi che il soggetto titolare di funzioni pubbliche deve considerare nell'esercizio del potere discrezionale). In questo lavoro il tema non può essere affrontato come meriterebbe: sia sufficiente dire che, nell'attuale configurazione del nostro diritto amministrativo, è principalmente nella sede procedimentale che la pretesa del cittadino può emergere e differenziarsi dalla generica aspettativa degli altri consociati.

La seconda conseguenza che discende dall'imparzialità intesa come considerazione e ponderazione degli interessi rilevanti è che emerge il rilievo 'in negativo' dell'imparzialità⁵². Con ciò si intende che il rispetto del principio viene sindacato dal giudice nel momento in cui, impugnato un atto, egli deve valutare se

⁵⁰ A. CERRI, *Imparzialità ed indirizzo politico nella pubblica amministrazione*, Padova, 1973, p. 120.

⁵¹ Sul collegamento tra istituti di partecipazione procedimentale e rispetto del principio di imparzialità, si veda S. COGNETTI, *"Qualità" e "quantità" della partecipazione. Tutela procedimentale e legittimazione processuale*, Milano, 2000, pp. 5-6. Sull'evoluzione del ruolo della partecipazione procedimentale, si veda S. CASSESE, *Il diritto amministrativo e i suoi principi*, in ID. (a cura di), *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 2012, p. 15, ove l'A. osserva che «la partecipazione dei privati nella [...] versione [originaria] serve all'amministrazione, per conoscere meglio prima di decidere», poi essa diventa strumento che «serve al privato per far sentire la propria voce prima che l'amministrazione concluda il procedimento»

⁵² Ciò è chiaramente sottolineato in F. SATTA, *Imparzialità della pubblica amministrazione*, cit., pp. 1-2, dove, a partire dal dato costituzionale dell'art. 97, si sottolinea come «l'imparzialità, come tale, non è mai stata sentita in termini positivi e costruttivi – cioè come canone per la singola comparazione e graduazione degli interessi, e quindi più semplicemente per la singola valutazione discrezionale –, ma essenzialmente negativi, nella prospettiva cioè del vizio degli atti della pubblica amministrazione».

quell'atto abbia leso illegittimamente un interesse qualificato, non tenendolo nella corretta considerazione.

L'imparzialità in questa seconda accezione è propria, dunque, del caso di attività discrezionali, attenendo al momento della valutazione degli interessi, e acquista concretezza in sede di sindacato giurisdizionale.

Il tema dell'imparzialità si lega, allora, a quello della ammissibilità dell'esercizio di attività discrezionali da parte di soggetti privati, nonché al tipo di sindacato che, su simili attività, esercita il giudice amministrativo. Abbiamo visto sopra che, di là dalle dispute teoriche, il giudice amministrativo, quando ritiene che vi sia un margine di discrezionalità nell'agire del privato investito di una pubblica funzione, valuta la legittimità dell'atto anche sotto il profilo dell'imparzialità, intesa come corretta ponderazione di interessi.

Entro questi limiti, dunque, l'applicazione del principio di imparzialità ai soggetti privati esercenti pubbliche funzioni non pare porre particolari problemi.

Vi è, però, un altro aspetto da considerare.

Si è detto, infatti, che un'attività può dirsi amministrativa quando sia diretta alla realizzazione di un interesse pubblico: anche i privati esercenti pubbliche funzioni sono tenuti, quindi, a perseguire tale interesse. Da questo punto di vista, essi sono, al pari delle pubbliche amministrazioni, 'parti imparziali'⁵³: debbono ponderare e valutare l'interesse pubblico di cui sono portatori con gli altri interessi, pubblici e privati, rilevanti.

Tuttavia, i soggetti privati, pur dovendo realizzare un interesse pubblico, sono altresì portatori di un proprio interesse privato, come lo scopo di lucro nel caso in cui siano società commerciali. Essi sono, quindi, caratterizzati da una congenita parzialità, che li distingue dalla pubblica amministrazione: infatti, il fine

⁵³ Come noto, l'idea di 'parte imparziale' applicata alla pubblica amministrazione è stata sviluppata da U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, Padova, 1965, spec. pp. 28 e ss. (tuttavia è lo stesso A. a ricordare come la dottrina amministrativistica già avesse fatto riferimento alla pubblica amministrazione in tali termini: ivi, p. 30, nt. 57). Simile definizione consente di conciliare il fatto che la pubblica amministrazione resti una parte, poiché essa persegue un fine proprio (o, meglio, proprio di quel ramo di amministrazione), con la necessaria imparzialità dell'amministrazione, dal momento che, nel perseguimento di tale fine, essa deve comporre «una varietà di interessi e di posizioni diverse»: in tal modo, la pubblica amministrazione concorre alla realizzazione «del fine stesso dell'ordinamento» (cioè l'interesse primario determinato dalla legge).

pubblico di cui sono investiti e le finalità proprie (private) coesistono e la presenza del primo obbliga il privato a comportarsi, nella sua azione, come la pubblica amministrazione.

Non sempre, però, l'interesse pubblico, da perseguire doverosamente, e l'interesse privato, proprio dei soggetti esercenti, sono compatibili. In tali circostanze, il principio di imparzialità, nell'accezione che si sta esaminando, assume un ruolo peculiare.

2.2. *(segue) La parzialità del soggetto privato.*

Si è avuto modo di accennare, nelle pagine che precedono, all'esercizio di attività discrezionali da parte di soggetti privati: in particolare, si è citato un caso nel quale il giudice amministrativo aveva rilevato l'illegittimità dell'atto del privato esercente pubbliche funzioni poiché esso non aveva correttamente comparato gli interessi pubblici e privati coinvolti nella decisione⁵⁴. In tale fattispecie, però, il privato esercente era una società in mano pubblica, appositamente costituita per la gestione di mercatiannonari comunali, e, almeno nel caso in esame, non risulta che gli interessi commerciali della società abbiano avuto qualche peso nella decisione: in gioco erano soltanto l'interesse pubblico e quello, contrapposto, del privato ricorrente.

Non sempre le cose si presentano, però, in questi termini.

Esistono, infatti, ipotesi nelle quali l'interesse del privato, specie se si tratti di un privato autentico, può confliggere in maniera evidente con l'interesse pubblico. È ancora il caso delle Soa, il cui interesse al profitto può porsi in contrasto con l'imparziale svolgimento dell'attività di attestazione delle imprese.

Si tratta di un problema noto e, probabilmente, di uno dei rischi più evidenti che la privatizzazione di funzioni pubbliche porta con sé. La questione è stata recentemente affrontata nel rapporto della Commissione per lo studio e l'elaborazione di proposte in tema di trasparenza e prevenzione della corruzione nella pubblica amministrazione, istituita dal Governo italiano.

⁵⁴ T.a.r. Lombardia, n. 3188/2004, cit. (v. par. 1.4).

Nella relazione si pone l'accento sui contrasti che possono sorgere dalla coesistenza tra interesse pubblico e interesse privato nel caso delle Soa: vi si legge, infatti, che «il punto di maggiore criticità del sistema di attestazione è la sua configurazione privatistica, imperniata su società *profit* che competono fra loro per guadagnare quote di mercato, ma la cui attività resta finalizzata all'esercizio di una pubblica funzione»⁵⁵.

Il problema della difficile compatibilità tra il perseguimento dell'interesse pubblico e l'interesse (di parte) delle Soa si pone in termini molto concreti. È lo stesso rapporto governativo, infatti, a individuare fattispecie di contrasto tra interesse privato della Soa e interesse pubblico⁵⁶. Si pensi, ad esempio, all'ipotesi di soci di una società operante nel settore dei lavori pubblici che siano, al contempo, anche soci di una Soa: appare evidente, indipendentemente dalle circostanze dei casi concreti, che il rispetto del principio di imparzialità è messo a dura prova nella sua valenza strutturale.

Del resto, si è già avuto modo di vedere come la disciplina delle Soa contenga molteplici riferimenti all'imparzialità, in particolare all'art. 40, c. 3, D. Lgs. 163/2006, che prevede che l'attività di attestazione sia svolta nel rispetto del principio di indipendenza di giudizio, «garantendo l'assenza di qualunque interesse commerciale o finanziario che possa determinare comportamenti non imparziali o discriminatori»; e, ancora, all'art. 70, c. 1, lett. c, D.P.R. 207/2010, in cui vi è un richiamo, sempre in tema di azione delle Soa, alle garanzie di imparzialità.

Quanto osservato dimostra che il principio di imparzialità riveste un ruolo centrale nell'attività amministrativa svolta da soggetti privati. In quest'ambito il rispetto del principio di imparzialità non impone soltanto che quei soggetti

⁵⁵ *La corruzione in Italia. Per una politica di prevenzione. Analisi del fenomeno, profili internazionali e proposte di riforma*, Rapporto della Commissione per lo studio e l'elaborazione di proposte in tema di trasparenza e prevenzione della corruzione nella pubblica amministrazione (2012), reperibile all'indirizzo www.funzionepubblica.gov.it/media/1052330/rapporto_corruzione_29_gen.pdf.

⁵⁶ È bene precisare come il rapporto in esame si occupi della questione del contrasto tra il perseguimento dell'interesse pubblico e l'interesse privato delle Soa nell'ottica della lotta alla corruzione. Tuttavia, come si cerca di mostrare nel testo, tale contrasto assume contorni molto più ampi, non rilevando soltanto sul piano della lotta alla corruzione.

considerino e ponderino tutti gli interessi rilevanti che possono essere toccati dalla loro azione, così come avviene per la pubblica amministrazione.

I soggetti privati, infatti, sono ‘parti imparziali’ in un senso molto particolare: essi sono portatori di un interesse pubblico ma, specie laddove siano privati autentici, sono anche, e prima ancora, portatori del proprio interesse privato: l'imparzialità della loro azione, pertanto, deve realizzarsi anche nell'assenza di interferenze illegittime del fine privato nell'attività amministrativa.

Le conseguenze di ciò si riverberano anche sul piano giurisdizionale: il giudice non si limiterà a verificare che la decisione del soggetto privato sia il frutto della ponderazione tra tutti gli interessi rilevanti, ma anche che l'interesse del (privato) decidente non abbia assunto, nella ponderazione, un peso tale da porsi in contrasto con la realizzazione dell'interesse pubblico, cui la l'attività amministrativa è legalmente preposta.

2.3. *Il principio di buon andamento nei rapporti tra privati esercenti attività amministrative e amministrati.*

Un discorso sul principio di buon andamento⁵⁷ nell'attività amministrativa svolta da soggetti privati richiede di esaminare preliminarmente alcuni punti.

Innanzitutto, il buon andamento, espresso sinteticamente nei canoni di efficacia, efficienza e imparzialità, è un concetto originariamente extra-giuridico: esso nasce, infatti, in campo economico⁵⁸. Non è un caso, quindi, che il buon

⁵⁷ Sul quale, in generale, si veda A. ANDREANI, *Il principio costituzionale di buon andamento della pubblica amministrazione*, Padova, 1979.

⁵⁸ I. SIGISMONDI, *Il principio del buon andamento tra politica e amministrazione*, Napoli, 2011, pp. 80 e ss: in particolare, pp. 81-82: «È innegabile che il concetto di buon andamento si presenti problematico per il giurista, soprattutto per la sua componente tecnica extra-giuridica, potendo apparire un vero e proprio “rinvio” del Costituente a concetti appartenenti ad altri domini. [...] Il buon andamento include, in effetti, una serie di parametri, non tutti originati all'interno della sfera giuridica: a volte ne prescindono completamente, traendo la loro ragion d'essere direttamente nell'economia, altre volte sono profondamente legati alla Costituzione ed al diritto oggettivo». Sul punto si veda anche M.R. SPASIANO, *Il principio del buon andamento*, in *Studi sui principi del diritto amministrativo*, cit., p. 118, secondo cui il principio del buon andamento è stato a lungo «relegato [...] nell'alveo del metagiuridico» perché, per un verso, gli studiosi avevano dedicato una scarsa attenzione ai temi dell'organizzazione pubblica; per un altro, vi era la tendenza al «ripudio della rilevanza giuridica di tutti quei concetti non immediatamente

andamento sia stato a lungo relegato nel merito amministrativo⁵⁹. Tuttavia, l'evoluzione dell'ordinamento e le spinte della dottrina hanno condotto a un processo di 'giuridificazione' del buon andamento⁶⁰.

In particolare, ai nostri fini è particolarmente rilevante l'inclusione dei criteri di efficacia ed economicità nell'art. 1, c. 1, L. 241/1990: con tale recepimento legislativo è diventato, infatti, evidente che tali criteri «hanno acquistato "dignità normativa", assumendo rilevanza sul piano della *legittimità* [corsivo nel testo] (e non della mera opportunità) dell'azione amministrativa»⁶¹.

Dunque, come ha chiarito la giurisprudenza, i principi di economicità e di efficacia svolgono un essenziale effetto conformatore sugli spazi discrezionali che l'ordinamento riconosce alla pubblica amministrazione. Può dirsi, quindi, acquisito che il buon andamento rientri nell'ambito della legittimità dell'azione amministrativa e che, in virtù del comma 1-*ter*, esso risulti applicabile anche ai soggetti privati esercenti attività amministrativa.

Occorre osservare, però, in secondo luogo, come non tutti gli aspetti del buon andamento che possono tradursi in profili di legittimità siano estensibili ai soggetti privati. In larga parte, tali profili attengono, infatti, a scelte della pubblica amministrazione riguardanti la sua organizzazione⁶² o l'utilizzo di risorse pubbliche. Non è un caso che la giurisprudenza che ha ribadito con forza il valore normativo dei criteri di efficacia ed economicità si sia formata in giudizi di responsabilità amministrativa: in tali casi era, infatti, in discussione la possibilità

ricompresi nel novero dei più tradizionali canoni di indirizzo dell'attività amministrativa, intesa nella sua accezione legalistico-formale».

⁵⁹ U. ALLEGRETTI, *Imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione*, cit., p. 134.

⁶⁰ U. ALLEGRETTI, *Imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione*, cit., pp. 134 e ss.; I. SIGISMONDI, *Il principio del buon andamento tra politica e amministrazione*, cit., pp. 89 e ss.

⁶¹ Cass., Sez. Un., 29 settembre 2003, n. 14488.

⁶² Tra altre cose, si pensi al dato per cui il rispetto principio del buon andamento è un criterio rilevante ai fini della valutazione del personale dirigenziale: si veda in particolare l'art. 21 (*Responsabilità dirigenziale*), del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165 (*Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*), nella parte in cui prevede che «I risultati negativi dell'attività amministrativa e della gestione o il mancato raggiungimento degli obiettivi, [...] comportano per il dirigente interessato la revoca dell'incarico, adottata con le procedure previste dall'articolo 19, e la destinazione ad altro incarico, anche tra quelli di cui all'articolo 19, comma 10, presso la medesima amministrazione ovvero presso altra amministrazione che vi abbia interesse» (si veda, in proposito, G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2008, p. 48).

per la Corte dei Conti di sindacare le scelte discrezionali dell'amministrazione sotto il profilo del rapporto tra obiettivi conseguiti e costi sostenuti.

Sotto questi profili, è evidente che le scelte del privato esercente pubbliche funzioni, riguardanti il versante organizzativo, non potranno essere sindacate dal giudice: ciò non perché, per sua natura, il privato agisce secondo logiche di efficienza, bensì perché l'organizzazione interna è rimessa alla sua autonomia ed è dunque irrilevante per i terzi.

È, poi, necessaria un'ulteriore osservazione circa il rapporto tra buon andamento e esercizio privato di pubbliche funzioni: nel momento in cui il legislatore o l'amministrazione scelgono di attribuire a soggetti privati il compito di svolgere una pubblica funzione, li dovrebbe, in gran parte, esaurirsi la portata del principio di buon andamento. Con ciò si intende dire che la realizzazione di certi obiettivi attraverso gli strumenti più adeguati e il minor dispendio possibile di risorse è già perseguita con la scelta di esternalizzare alcuni compiti.

Tutto ciò detto, per capire la rilevanza del principio di buon andamento nell'esercizio privato di pubbliche funzioni occorre mettersi nella prospettiva del rapporto tra privato esercente pubbliche funzioni e amministrato: infatti, solo nei limiti in cui l'efficienza e l'economicità costituiscono delle garanzie per il secondo esse possono (e devono) trovare applicazione nel nostro ambito.

Un riscontro di quanto sostenuto si ha con il principio di economicità e i suoi diversi piani di rilevanza. La dottrina ha individuato tre accezioni dell'economicità: una organizzativa, una contabile e una funzionale⁶³.

Le prime attengono, rispettivamente, alla distribuzione infraorganica e interorganica delle competenze e alla copertura finanziaria o al rapporto tra spesa e risultati nelle scelte dell'amministrazione. Non si vede come questi aspetti possano riguardare un privato, seppur incaricato di svolgere una funzione pubblica.

L'economicità funzionale attiene, invece, alle modalità di azione della pubblica amministrazione, in particolar modo procedurali: antieconomica è l'attività svolta «attraverso iter procedurali tortuosi, aggravati da passaggi

⁶³ M.R. SPASIANO, *Il principio di buon andamento*, cit., pp. 126 e ss.

superflui, ripetitivi, finanche inutili»⁶⁴. Sotto questo profilo, riassumibile nel divieto di aggravio del procedimento (art. 1, c. 2, L. 241/1990), l'attività del privato esercente attività amministrativa può essere sindacato dal giudice in termini di legittimità.

Insomma, se la struttura organizzativa interna di un soggetto privato è complessa e antieconomica, ciò non rileva per gli amministrati; se, però, tale complessità si riverbera sugli adempimenti procedurali in danno del cittadino, l'attività amministrativa può risultarne invalida.

3. *Prospettive applicative del comma 1-ter.*

L'analisi fin qui condotta ha permesso di giungere ai seguenti risultati.

Una volta definito il contesto in cui si inserisce la ricerca, si è individuata una prospettiva attraverso cui guardare al regime dell'attività amministrativa dei soggetti privati, cioè quella delle garanzie dei privati nell'attività procedimentale, suggerita anche dall'ultima modifica introdotta al comma 1-ter.

Si è, poi, tentato, nelle pagine che precedono, di ricavare alcuni spunti problematici da fattispecie di esercizio privato di pubbliche funzioni ritenute di particolare interesse, nonché di soppesare la rilevanza, per il tema che a noi interessa e sempre nella prospettiva accennata, di alcuni principi tipici dell'organizzazione e dell'attività amministrativa (imparzialità e buon andamento).

Si cercherà ora, sulla base di questi rilievi, di tornare al problema principale posto dalla norma da cui abbiamo preso le mosse: il tentativo è, quindi, di individuare, più concretamente, quale sia la disciplina che i privati esercenti pubbliche funzioni sono tenuti a rispettare nello svolgimento di tale compito.

Nell'ottica delle garanzie degli interessati, occorre, in particolare, volgere l'attenzione agli istituti che la L. 241/1990 prevede a tutela dei diritti e degli interessi degli amministrati. Guardando al sistema di garanzie dal punto di vista del soggetto passivo, la qualificazione pubblica o privata del soggetto agente

⁶⁴ M.R. SPASIANO, *Il principio di buon andamento*, cit., p. 126.

perde centralità: è, allora, dal punto di vista difensivo (secondo la lettura qui proposta del comma 1-*ter*) che il procedimento deve essere considerato⁶⁵.

Se si muove dall'esigenza di elaborare uno 'statuto dell'amministrato'⁶⁶, gli istituti di garanzia previsti dalla legge sul procedimento devono essere rispettati anche nell'esercizio privato di pubbliche funzioni: divieto di aggravio del procedimento, motivazione, figura del responsabile del procedimento, istituti partecipativi, preavviso di rigetto (alcuni dei quali trovano, peraltro, un ancoraggio nel dettato costituzionale)⁶⁷. Ciò vale, per quanto detto, almeno in riferimento ai casi nei quali l'esercizio di attività amministrativa da parte di un soggetto privato consista nell'esercizio di un potere pubblico: si è cercato di mostrare, infatti, come in siffatte ipotesi sia alquanto problematico ricostruire in termini privatistici l'attività svolta e garantire il rispetto di tutele sostanziali senza dare applicazione agli istituti procedurali sanciti nelle norme della L. 241/1990.

Questa conclusione è coerente, del resto, anche col dato letterale del comma 1-*ter*, che costituisce una base positiva dell'estensione di tali istituti. Questi ultimi, infatti, costituiscono dei principi e, come tali, sono recepiti e espressi nella L. 241/1990: lo stesso comma 1 dell'art. 1 prevede, infatti, che «l'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge ed è retta da criteri di economicità, di efficacia, di imparzialità, di pubblicità e di trasparenza *secondo le modalità previste dalla presente legge (...)* [corsivo nostro]».

In altre parole, i principi della legge sul procedimento sono espressi da (e coincidono con) le sue norme: non a caso, il comma 1-*ter* richiede ai soggetti

⁶⁵ Sulla funzione di «tutela giuridica preventiva» del procedimento amministrativo, si veda, per tutti, M. CLARICH, *Garanzia del contraddittorio nel procedimento*, in *Dir. amm.*, 2004, p. 73.

⁶⁶ Sulla tendenza del nostro ordinamento a «tipicizzare i principi del diritto amministrativo» allo scopo di «creare un vero e proprio "statuto di garanzia" dell'amministrato», si veda A. BARTOLINI, A. PIOGGIA, *Il principio di legalità*, in *Studi sui principi del diritto amministrativo*, cit., 89.

⁶⁷ Si pensi, per esempio, a quanto ha osservato la Corte costituzionale nella sentenza 5 novembre 2010, n. 310, l'obbligo di motivazione è collegato ai «principi di pubblicità e di trasparenza dell'azione amministrativa, ai quali va riconosciuto il valore di principi generali, diretti ad attuare sia i canoni costituzionali di imparzialità e buon andamento dell'amministrazione (art. 97, co. 1, Cost.), sia l'esigenza di conoscibilità dell'azione amministrativa, sia la tutela di altri interessi costituzionalmente protetti come il diritto di difesa nei confronti della stessa amministrazione (artt. 24 e 113 Cost.)».

privati che svolgano attività amministrative il rispetto dei principi del comma 1 «con un livello di garanzia non inferiore a quello cui sono tenute le pubbliche amministrazioni in forza delle disposizioni di cui alla presente legge».

Quanto detto consente, inoltre, il conseguimento di un ragionevole grado di certezza nell'individuazione delle norme da rispettare, così che non si debba rimettere in via esclusiva al giudice il compito di valutare, a posteriori, se tali garanzie siano state rispettate nella sostanza. Non si può ignorare, infatti, l'importanza di una soluzione chiara sulle garanzie da rispettare: una soluzione mediana, che diminuisca le garanzie a favore dell'efficienza, non sembrerebbe particolarmente utile e, soprattutto, dovrebbe valere anche per le pubbliche amministrazioni⁶⁸. All'obiezione per cui l'estensione delle garanzie operate dal comma 1-*ter* è contraddittoria rispetto agli obiettivi di efficienza che si intendono raggiungere con l'attribuzione di funzioni pubbliche a soggetti privati⁶⁹, è quindi agevole rispondere che non è sul terreno della diminuzione delle garanzie che debba ricercarsi l'efficienza, specie se tale esito introduce una differenza nelle attività amministrative a seconda del soggetto (pubblico o privato) che le eserciti.

Le differenze tra l'azione amministrativa della pubblica amministrazione e quella dei privati si troveranno, invece, dove è inevitabile che ci siano: sul piano delle forme e dei modi concreti di agire. Si pensi, per tutti, alla figura del responsabile del procedimento, che non sarà individuato, nell'ambito di un'organizzazione privata, in base alle norme di cui agli artt. 4 e 5, L. 241/1990, ma che dovrà comunque garantire l'espletamento dei compiti previsti dall'art. 6 della stessa legge.

Dunque, per concludere sul punto, se si osserva il tema della disciplina delle attività amministrative svolte da soggetti privati dal punto di vista (suggerito dal comma 1-*ter*) della tutela degli amministrati, la norma in esame contribuisce alla definizione di uno 'statuto dell'amministrato'. Essa, infatti, istituisce un legame diretto tra rispetto dei principi dell'attività amministrativa e garanzie degli

⁶⁸ È, peraltro, lo stesso legislatore a prevedere ipotesi di questo tipo, anche in riferimento alla pubblica amministrazione: basti pensare alla disciplina dell'annullabilità non pronunciabile di cui all'art. 21-*octies*, c. 2, L. 241/1990.

⁶⁹ G. FONDERICO, *Le modifiche alla legge sul procedimento amministrativo*, cit., pp. 155-156.

amministrati. Simile legame (tra principi del diritto amministrativo, da un lato, e diritti e interessi degli amministrati, dall'altro) non è certo nuovo⁷⁰: esso trova, però, nel comma 1-ter, specie dopo l'ultima modifica, un ulteriore terreno di emersione.

In questo senso, il comma 1-ter trova riscontro anche nel diritto europeo. Si pensi all'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, il quale include nel «Diritto ad una buona amministrazione»⁷¹, il diritto del privato di «essere ascoltato prima che nei suoi confronti venga adottato un provvedimento individuale che gli rechi pregiudizio» e di «accedere al fascicolo che lo riguarda, nel rispetto dei legittimi interessi della riservatezza e del segreto professionale», nonché «l'obbligo per l'amministrazione di motivare le proprie decisioni». In tale disposizione, i tradizionali principi dell'azione amministrativa sono ricostruiti dal punto di vista dell'amministrato e costituiscono, anche formalmente, il contenuto di diritti individuali e non criteri relativi all'esercizio del potere pubblico⁷².

⁷⁰ M. D'ALBERTI, *Diritto amministrativo e principi generali*, in *Le nuove mete del diritto amministrativo*, a cura di ID., Bologna, 2011, p. 83: «Quel che può dirsi è che l'uso dei principi (...) è stato finalizzato a rafforzare gradualmente le garanzie dell'amministrato, sia esso cittadino o impresa, nei confronti dell'amministrazione pubblica. Questo è il senso più profondo della storia dei principi generali nel diritto amministrativo dalla metà del Novecento ad oggi: la loro finalizzazione al potenziamento dei diritti e degli interessi degli amministrati».

⁷¹ Su cui, in generale e per tutti, si vedano L.R. PERFETTI, *Diritto ad una buona amministrazione, determinazione dell'interesse pubblico ed equità*, in *Riv. ital. dir. pubbl. comunit.*, 2010, pp. 789 e ss., e A. SERIO, *Il principio di buona amministrazione procedurale. Contributo allo studio del buon andamento nel contesto europeo*, Napoli, 2008.

⁷² Si veda, in proposito, C. MARZUOLI, *Carte europea dei diritti fondamentali, «amministrazione» e soggetti di diritto: dai principi sul potere ai diritti dei soggetti*, in *Carta europea e diritti dei privati*, a cura di G. VETTORI, Padova, 2002, pp. 266-267, ove si sottolinea l'importanza che «i contenuti di cui si è detto [quelli del diritto ad una buona amministrazione di cui all'art. 41] siano assunti in una struttura formale che non è più quella di un principio sull'esercizio del potere, ma quella di un diritto di qualcuno nei confronti e contro (se del caso) il potere. Ciò significa aver (finalmente) compiuto il percorso: la ragionevolezza, l'imparzialità, ecc., non esistono come filiazione del potere ma sono "cosa" dei cittadini, sono attribuiti al cittadino in quanto tale, e dal punto di vista del cittadino vanno interpretati ed applicati».

CAPITOLO III

L'ATTO AMMINISTRATIVO' DEL SOGGETTO PRIVATO

SOMMARIO: 1. Il problema dell'atto amministrativo' del soggetto privato. – 1.1. Un problema risalente. – 1.2. Un problema ancora attuale. – 1.3. Alcune implicazioni: definizioni, disciplina, giurisdizione. – 2. I vizi dell'atto amministrativo del soggetto privato. – 2.1. L'incompetenza e l'organizzazione del soggetto privato. – 2.2. La violazione di legge. – 2.3. L'eccesso di potere (e l'attività discrezionale).

1. *Il problema dell'atto amministrativo' del soggetto privato.*

1.1. *Un problema risalente.*

«Se c'è una costante nella teoria dell'atto e in quella del provvedimento amministrativo, per come si sono formate nel corso del Novecento, è la provenienza da una pubblica amministrazione: il provvedimento è un atto di diritto pubblico, in contrapposizione agli atti privati, in primo luogo perché proviene da un soggetto pubblico»¹. La citazione appare particolarmente significativa per introdurre un tema che costituisce diretta conseguenza dell'esercizio di attività amministrative da parte di soggetti privati: l'applicazione di una disciplina di stampo pubblicistico all'attività di soggetti privati pone, infatti, un problema di qualificazione e di disciplina degli atti da essi adottati.

La questione non è nuova, proprio perché immediatamente collegata al fenomeno dell'esercizio privato di pubbliche funzioni. Non sorprende, dunque, che chi per primo, in dottrina, diede sistemazione alla materia si sia posto il problema della natura di tali atti. Il riferimento è al lavoro di Zanobini, dove può

¹ B.G. MATTARELLA, *Fortuna e decadenza dell'imperatività del provvedimento amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2012, 1, p. 30, che così prosegue: «La natura soggettivamente pubblica dell'autorità emanante, in questa prospettiva, è il presupposto dell'affermazione di una particolare qualità dell'atto: indipendentemente dai suoi caratteri strutturali, esso è definito in base al soggetto, è imperativo perché il suo autore è pubblico».

leggersi con grande chiarezza la posizione della domanda cui occorre dare risposta, cioè «se gli atti amministrativi o, più in generale, se gli atti giuridici di diritto pubblico possano essere compiuti, oltretutto dallo Stato e dagli altri enti pubblici, anche dai privati organi indiretti dell'uno e degli altri»².

La risposta che egli dà è affermativa: del resto, essa è considerata «inevitabile», perché conseguente alla «possibilità dello stesso fenomeno dell'esercizio privato e dell'organizzazione indiretta»³, proposta dallo stesso Autore. Ciò vale però, secondo Zanobini, limitatamente alla natura oggettiva e all'efficacia degli atti posti in essere dai privati esercenti pubbliche funzioni. Infatti, nel momento di trarre, da tale risposta, le conseguenze pratiche in tema di giurisdizione e di limiti ai poteri dell'autorità giudiziaria, riaffiora in Zanobini la «posizione di semplici privati» che tali soggetti hanno nei confronti dei terzi: ciò lo porta a escludere la possibilità di equiparare gli atti dei privati esercenti pubbliche funzioni a quelli compiuti direttamente dagli enti pubblici⁴.

La tesi è sostenuta dall'Autore con riferimento alla legge di abolizione del contenzioso amministrativo (L. 20 marzo 1865, n. 2248, all. E, artt. 3 e 4) e al testo unico sul Consiglio di Stato (R.D. 17 agosto 1907, n. 638, art. 22), ove la giurisdizione del giudice ordinario e del giudice amministrativo erano definite con riferimento agli atti della «pubblica amministrazione» o di «un'autorità amministrativa o di un corpo amministrativo deliberante».

L'argomento di Zanobini non è, però, legato unicamente alla lettera delle norme, bensì al principio di separazione dei poteri: è quest'ultimo, infatti, che giustifica le restrizioni fissate dalla legge circa le competenze dell'autorità giudiziaria nei confronti degli atti della pubblica amministrazione. Secondo Zanobini, quindi, tali limitazioni «non possono avere che una portata meramente subbiettiva, *ratione personae*, non obbiettiva, *ratione materiae*»: in altre parole, «è la

² G. ZANOBINI, *L'esercizio privato delle Funzioni e dei Servizi pubblici*, cit., p. 437: l'A. applica ai soggetti privati la teoria dell'organo indiretto elaborata nello stesso lavoro: in particolare, si vedano pp. 428 e ss.

³ G. ZANOBINI, *L'esercizio privato delle Funzioni e dei Servizi pubblici*, cit., pp. 437-438.

⁴ G. ZANOBINI, *L'esercizio privato delle Funzioni e dei Servizi pubblici*, cit., p. 441.

qualità pubblica del soggetto autore dell'atto, che determina la restrizione, non la natura materiale dell'atto in se stesso considerato»⁵.

Nella dottrina più risalente, pertanto, la posizione di base – corrispondente a quella di Zanobini – può essere così riassunta: da un lato, è presente l'idea che possano esistere atti amministrativi posti in essere da soggetti privati; dall'altro, si individuano comunque delle differenze con gli atti delle pubbliche amministrazioni in punto di giurisdizione, ammettendosi la competenza del giudice ordinario.

Nella dottrina successiva, che ha dominato fino al periodo recente⁶, l'atto amministrativo in senso stretto è ritenuto, al contrario, proprio solo delle pubbliche amministrazioni, perché si considera indispensabile la provenienza da un'«autorità amministrativa»⁷; gli atti dei soggetti privati esercenti pubbliche funzioni o pubblici servizi sono, quindi, qualificati al più come atti «ad effetti equiparati a quelli degli atti amministrativi» e, come tali, «non si impugnano mai dinanzi la giurisdizione amministrativa»⁸.

Le differenze tra le due posizioni appaiono però, in concreto, più sfumate perché, in entrambi i casi, prevalgono due tratti comuni. Il primo è un'equiparazione, a certi fini, degli atti dei soggetti privati esercenti pubbliche funzioni a quelli della pubblica amministrazione. Il secondo è che tale

⁵ G. ZANOBINI, *L'esercizio privato delle Funzioni e dei Servizi pubblici*, cit., p. 443. Vi è da considerare, in proposito, che la questione non era affatto pacifica all'epoca, tanto che la Corte di Cassazione e il Consiglio di Stato si ponevano nell'ottica opposta: la prima sosteneva, infatti, che il giudice ordinario, quando competente a conoscere l'impugnazione di un atto di un soggetto privato esercente una pubblica funzione, fosse soggetto agli stessi limiti che incontrava nei confronti degli atti delle pubbliche amministrazioni (dunque, non potesse modificarlo, né revocarlo); il secondo si dichiarava, invece, competente a conoscere i ricorsi contro gli atti amministrativi di soggetti privati per incompetenza, violazione di legge o eccesso di potere. Si veda, sul punto, sempre la ricostruzione di G. ZANOBINI, *L'esercizio privato delle Funzioni e dei Servizi pubblici*, cit., pp. 441 e ss. e la giurisprudenza ivi citata in nota.

⁶ Sul punto si veda V. CERULLI IRELLI, «Atti amministrativi» di soggetti privati e tutela giurisdizionale: a proposito della legge Merloni, in *Giorn. dir. amm.*, 1999, 11, p. 1063.

⁷ E. CASETTA, *Provvedimento e atto amministrativo*, cit., p. 246.

⁸ M. S. GIANNINI, *Atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, IV, 1959, Milano, p. 172: secondo l'A., con la locuzione «atti amministrativi di soggetti privati» la dottrina fa riferimento ad atti di «soggetti privati per modo di dire», poiché, trattandosi di atti di privati esercenti pubbliche funzioni o pubblici servizi, tali soggetti sono «componenti il complesso dei pubblici poteri»; inoltre, per quanto riguarda la natura giuridica di questi atti, Giannini sottolinea come essi siano «di massima, atti di diritto comune; ma in via di eccezione taluni di essi producono degli effetti parziali identici a quelli prodotti da atti amministrativi».

assimilazione non incide sulla giurisdizione, che – in entrambe le prospettive – resta assegnata al giudice ordinario.

1.2. *Un problema ancora attuale.*

Il problema della giurisdizione e del tipo di sindacato sugli atti dei privati esercenti pubbliche funzioni è tornato di attualità a partire dall'inizio degli anni Novanta. All'origine della riscoperta del problema vi è un duplice dato: in primo luogo, l'applicazione della normativa di origine comunitaria in tema di appalti pubblici a soggetti formalmente privati; in secondo luogo, la (in parte conseguente) espansione delle materie devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo⁹.

Infatti, a fronte della molteplicità di moduli organizzativi esistenti negli Stati membri, la necessità di dare uniforme applicazione alle sue norme ha indotto l'Unione europea a superare il dato formale legato alla natura del soggetto autore dell'atto e ad assegnare rilievo prevalente (o esclusivo) al dato sostanziale, cioè appunto all'oggettiva natura amministrativa dell'attività. Basti considerare la disciplina comunitaria dei contratti pubblici, che prescinde, nel definire il proprio ambito applicativo, dalla natura giuridica formale delle stazioni appaltanti.

Nell'ordinamento italiano, la Corte di Cassazione, in un primo momento, e il Consiglio di Stato, in un secondo, hanno ritenuto che gli atti dei privati concessionari tenuti a svolgere procedure concorsuali per la scelta dei contraenti fossero da sottoporre alla giurisdizione amministrativa.

L'idea che gli atti del concessionario siano impugnabili innanzi al giudice amministrativo è stata fondata sulla riconducibilità del privato all'organizzazione amministrativa: essa, infatti, «deve muovere da una differente concezione dell'organo: non strumento per il perseguimento di fini determinati, ma modus di

⁹ N. PAOLANTONIO, *Il sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo*, Padova, 2000, p. 168. Dal fatto che il problema si sia riproposto in tale ambito è conseguito che la letteratura in materia sia, in gran parte, dedicata agli atti dei soggetti privati tenuti ad applicare la disciplina sui contratti pubblici: comunque, le questioni poste sono, almeno per quanto qui interessa, trasferibili su un piano generale, vale a dire per tutti i casi nei quali vi sia esercizio privato di pubblica funzione.

imputazione degli atti direttamente all'amministrazione. Il concessionario diventa parte integrante dell'apparato organizzativo della pubblica amministrazione, investito di una serie di attribuzioni per la realizzazione di interessi pubblici. La concessione si configura come un atto amministrativo di organizzazione, che determina l'"impianto" di un ufficio, con la preposizione di un determinato soggetto ad un settore di competenza amministrativa. [...] lo schema organizzativo è nel senso di attribuire all'apparato del concessionario la qualificazione giuridica di ufficio proprio della pubblica amministrazione»¹⁰.

Successivamente, però, sulla strada di una maggiore estensione della possibilità che poteri pubblicistici fossero esercitati da soggetti privati, i massimi giudici ordinari e amministrativi hanno adottato la stessa soluzione anche in assenza di rapporto concessorio: sul collegamento soggettivo garantito a tale rapporto prevale, ormai, il dato oggettivo, rappresentato dalla natura amministrativa dell'attività.

Particolarmente indicativa è la giurisprudenza del Consiglio di Stato, che ha posto grande attenzione alla crescente irrilevanza dei profili soggettivi. Il massimo giudice amministrativo ha, infatti, affermato che «gli atti di entrambe le categorie di soggetti [atti del concessionario o di altro soggetto privato tenuto all'applicazione della disciplina pubblicistica] sono sottoposti alla medesima disciplina amministrativa e perciò sottoposti alla giurisdizione del giudice amministrativo. Non è, infatti, la sussistenza del rapporto concessorio che costituisce la causa della sottoposizione degli atti del soggetto privato al diritto amministrativo; ma è la disciplina oggettiva di questi atti e dei relativi procedimenti, nonché la collocazione di questi ultimi nell'ambito di un programma di azione di rilievo pubblico»¹¹. In tal modo, il Consiglio di Stato ha aderito a un ordine concettuale nel quale la possibilità che i poteri pubblicistici siano esercitati da soggetti privati è più ampia, giacché dipende dalla costruzione

¹⁰ P. DE LISE, *Giurisdizione amministrativa e provvedimenti di soggetti privati*, in *Funzione ed oggetto della giurisdizione amministrativa. Nuove e vecchie questioni*, a cura di G. MORBIDELLI, Torino, 2000, p. 67.

¹¹ V. CERULLI IRELLI, *"Atti amministrativi" di soggetti privati e tutela giurisdizionale: a proposito della legge Merloni*, cit., p. 1064.

di moduli atti a garantire lo svolgimento di attività oggettivamente amministrativa e non, invece, dall'esistenza del rapporto concessorio.

Tale spinta nel senso della 'oggettivizzazione' dell'attività amministrativa (alimentata dalle privatizzazioni e dal diritto comunitario) ha portato, sul piano giuridico, a esiti oggi riconosciuti dal legislatore, come descritto nel primo capitolo. Per rendere la scelta compatibile col dettato costituzionale (ci si riferisce, in particolare, all'art. 103, c. 1, Cost., ai sensi del quale «Il Consiglio di Stato e gli altri organi di giustizia amministrativa hanno giurisdizione per la tutela nei confronti della *pubblica amministrazione* degli interessi legittimi e, in particolari materie indicate dalla legge, anche dei diritti soggettivi»), si è operata formalmente un'estensione del concetto di pubblica amministrazione: l'art. 7, c. 2, D. Lgs. 104/2010 (Codice del processo amministrativo) stabilisce che «per pubbliche amministrazioni, ai fini del presente codice, si intendono anche i soggetti ad esse equiparati o comunque tenuti al rispetto dei principi del procedimento amministrativo». Il rispetto dei principi del procedimento, quindi di una particolare disciplina dell'azione, consente di equiparare i soggetti privati alla pubblica amministrazione sul piano della giurisdizione.

L'art. 7, c. 2, D. Lgs. 104/2010, testimonia, dunque, l'esistenza di un processo in virtù del quale l'oggettività dell'azione amministrativa ha finito per imporsi anche in tema di giurisdizione. Di conseguenza, si rafforza anche l'immagine del giudice amministrativo come giudice dell'esercizio del potere, a scapito dell'immagine antagonista di giudice della pubblica amministrazione in senso stretto o soggettivo.

Ai nostri fini, ciò risulta di particolare interesse perché si allontana l'idea della specialità dell'amministrazione come soggetto e viene in primo piano la specialità della disciplina. Di ciò si ha conferma anche nella letteratura più recente, in cui, pur restando una certa ritrosia a parlare di «atti amministrativi di soggetti privati» e preferendosi le definizioni di «atti di amministrazione pubblica di soggetti privati» o di «atti dei privati preposti all'esercizio di attività amministrativa» (secondo la terminologia del comma 1-ter), è ben messo in

evidenza il cuore del problema: di là dalle etichette, ciò che conta è il regime sostanziale di questi atti¹².

1.3. *Alcune implicazioni: definizioni, disciplina, giurisdizione.*

Come si evince dai percorsi sopra sinteticamente tratteggiati, sono, dunque, tre i profili che si intrecciano nel tema in esame: uno definitorio, legato tradizionalmente alla pubblica amministrazione in senso soggettivo; uno sostanziale, cioè di regime degli atti dei soggetti privati esercenti pubbliche funzioni; uno processuale, derivante dall'esistenza di due giurisdizioni. Come detto, però, perché la questione della natura di simili atti non finisca per essere puramente terminologica, il nodo centrale è quello della disciplina a cui essi sono sottoposti.

Prima ancora, però, il dato di partenza consiste nel tener conto che, in definitiva, «in relazione a singoli fatti di esercizio di attività, il soggetto finisce per essere il tipo di capacità giuridica (pubblica, privata) che spende»¹³: dunque, i soggetti che svolgono attività amministrativa esercitano delle potestà pubbliche.

Ciò detto, si può tornare al cuore della presente indagine, cioè la portata del comma 1-ter : occorre, in particolare, valutare il suo rilievo ai fini della definizione di uno statuto dell'atto amministrativo posto in essere da soggetti privati.

In proposito, si deve notare come, sebbene «la regola generale dettata dal comma 1-ter aggiunto nel 2005 all'art. 1 l. n. 241 del 1990 non riguardi direttamente gli atti, giacché impone ai soggetti privati in questione di “assicura[re] il rispetto dei criteri e dei principi di cui al comma 1” che concernono, come si è visto, l'attività amministrativa», è pur vero che «nei modi e nei limiti in cui il rispetto di tale regola ha implicazioni sul regime degli atti

¹² D. SORACE, *Atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, Annali, III, 2010, pp. 62-63 e 94-95.

¹³ C. MARZUOLI, *Note in punto di vizi dell'atto “amministrativo” del soggetto privato*, cit., pp. 533-534.

inerenti all'attività amministrativa, anche gli atti in questione di soggetti privati possono essere riguardati»¹⁴.

Infatti, se, come si ritiene, i privati che esercitano una funzione pubblica sono tenuti al rispetto dei principi dell'attività amministrativa, come espressi dalle norme della L. 241/1990 e nella misura in cui essi fondano una pretesa individuale, anche sui loro atti vi saranno conseguenze, specie in termini di validità nel caso in cui tale disciplina venga violata.

Inoltre, non si può dimenticare che una parte della legge sul procedimento, il capo IV-*bis*, è dedicata proprio allo statuto dei provvedimenti amministrativi ed è innegabile che, ai sensi dell'art. 29, la L. 241/1990 sia interamente applicabile alle società pubbliche: ne consegue che il legislatore non ritiene incompatibile l'applicabilità del regime dei provvedimenti amministrativi ad atti di soggetti che sono (solo formalmente) privati.

Si può, però, andare anche oltre, se solo si considerino alcuni dati. Anzitutto, nelle ipotesi che esaminiamo, il potere che i privati esercitano è pubblico (e la posizione dell'amministrato è analoga a quella che ha nei confronti di un potere esercitato dalla pubblica amministrazione, quindi di interesse legittimo). Inoltre, stante la norma del comma 1-*ter*, la fase precedente l'adozione di un atto è disciplinata dal diritto pubblico e rileva esternamente. Infine, il sindacato sull'atto del privato spetta al giudice amministrativo. Tutto ciò posto, non ci sono, allora, problemi a equiparare l'atto emanato dal soggetto privato a quello emanato dalla pubblica amministrazione. Se questo è vero, ne consegue anche che la qualificazione dell'atto del privato finisce per avere scarso rilievo, poiché l'atto che costituisce espressione di un potere pubblicistico è comunque sottoposto a un regime definito.

Vi è di più. Una volta stabilita la disciplina dell'attività che dev'essere rispettata dai privati esercenti pubbliche funzioni, è facile anche definire i confini del sindacato sui loro atti: la legittimità di questi ultimi si deve, infatti, misurare sul rispetto dei principi applicabili alla loro attività. In tal modo, il dato sostanziale (della disciplina) precede correttamente quello processuale (del sindacato), senza

¹⁴ D. SORACE, *Atto amministrativo*, cit., pp. 94-95.

che sia, invece, il tipo di giurisdizione a determinare o influenzare la disciplina sostanziale.

2. *I vizi dell'atto amministrativo del soggetto privato.*

Si è fin qui sostenuto che gli atti dei soggetti privati che svolgono attività amministrativa (che sia espressione di un potere pubblico) sono assimilabili a quelli delle pubbliche amministrazioni e che essi sono soggetti alla giurisdizione del giudice amministrativo. Ciò chiarito, si può ora affrontare il tema della configurabilità, nel caso di impugnazione, dei vizi di legittimità di cui all'art. 21-*octies*, L. 241/1990: incompetenza, violazione di legge, eccesso di potere.

2.1. *L'incompetenza e l'organizzazione del soggetto privato.*

La possibilità che l'atto amministrativo di un privato sia viziato per incompetenza è generalmente esclusa in dottrina, essenzialmente sulla base del rilievo che l'incompetenza, «tipico vizio di legittimità [...]», ha senso in funzione della specificità della disciplina organizzativa delle pubbliche amministrazioni, costituendone uno dei più significativi caratteri distintivi rispetto alle entità organizzative private»¹⁵.

A sostegno di tale posizione, è agevole osservare che ciò che contraddistingue le forme organizzative private è l'autonomia e, di conseguenza, è

¹⁵ D. SORACE, *Atto amministrativo*, cit., p. 95; si vedano anche V. CERULLI IRELLI, «*Atti amministrativi*» di soggetti privati e tutela giurisdizionale, cit., p. 1064: «Mi parrebbe anzitutto pacifico dover ritenere che il vizio di incompetenza non è predicabile nei confronti di detti atti, adottati da soggetti privati, società per azioni o da altre persone giuridiche private, la cui organizzazione non ha rilievo esterno, e nelle quali le limitazioni di rappresentanza degli organi sociali non sono per regola opponibili a terzi (v. art. 2384 cod.civ.). Se il soggetto agente attraverso un procedimento amministrativo è soggetto privato [...] l'articolazione della sua azione nell'ambito dei suoi organi o uffici, è vicenda non rilevabile all'esterno»; e A. FABRI, *L'ambito della materia dei servizi pubblici nella giurisdizione del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2000, 4, p. 1064: «(...) tra i vizi di legittimità, solo l'incompetenza risulta inconciliabile con la fattispecie in esame [provvedimenti adottati da un soggetto privato che sia tenuto all'osservanza delle regole pubblicistiche], poiché essa riguarda la violazione di una norma di organizzazione, concernente la distribuzione del potere tra i vari organi della p.a. e quindi attiene al soggetto agente soltanto pubblico, non sussistendo per il privato alcun vincolo legislativo in ordine alla ripartizione dei compiti, nell'ambito della propria organizzazione, la quale ha rilevanza esclusivamente interna».

irrilevante per i terzi l'articolazione interna delle società o di altri soggetti di diritto privato: come è stato chiaramente affermato, «un soggetto privato organizza, senza vincoli normativi, i suoi uffici e potrebbe farlo finanche oralmente, mutando addirittura ogni giorno i compiti assegnati a ciascuna unità organizzativa, semplice o complessa, di cui si è dotato»¹⁶. Una conferma di ciò viene dal diritto societario: l'art. 2384 c.c. prevede, infatti, che le limitazioni di rappresentanza degli organi sociali non sono di regola opponibili a terzi e, dunque, fa propria la logica dell'irrilevanza esterna dell'organizzazione privata¹⁷.

D'altra parte, anche se si esclude, in via generale, la possibilità di far valere il vizio di incompetenza nelle ipotesi di mancanza di legittimazione interna (cioè, a fronte di un'attività amministrativa svolta da un soggetto privato, l'interessato non può far valere un vizio che riguardi la distribuzione interna delle competenze), occorre accertare se vi siano altri ambiti o ipotesi nelle quali il difetto di competenza possa adattarsi al modulo privatistico e soddisfare specifiche esigenze di garanzia dei destinatari dell'azione.

È vero, infatti, che la organizzazione dei soggetti privati è rimessa alla loro autonomia ed è tendenzialmente irrilevante all'esterno. Non mancano, però, norme che, nell'ambito dell'esercizio privato di pubbliche funzioni, determinano la competenza del soggetto agente oppure che incidono sull'organizzazione dei privati. A questo riguardo, un utile criterio distintivo sembra essere quello di separare le ipotesi nelle quali la regola di competenza è funzionale solo all'imputazione, dunque ai fini di riparto interno, dalle ipotesi nelle quali alla regola si accompagna la finalità di tutela di un interesse protetto, che, conseguentemente, deve poter essere azionato in sede giudiziale¹⁸.

¹⁶ E. FOLLIERI, *I vizi di legittimità dell'azione amministrativa della stazione appaltante privata*, in *Urb. e app.*, 2007, 3, p. 385.

¹⁷ V. CERULLI IRELLI, *“Atti amministrativi” di soggetti privati e tutela giurisdizionale*, cit., p. 1064.

¹⁸ In questo senso, è utile guardare al lavoro di A. PIOGGIA, *La competenza amministrativa. L'organizzazione fra specialità pubblicistica e diritto privato*, Torino, 2001, nel quale si sostiene, nell'ambito di una rilettura complessiva della competenza amministrativa, che il vizio di competenza possa esser fatto valere solo in caso di violazione di una norma posta a tutela dell'amministrato e ove si rileva l'utilità di una distinzione tra le scelte organizzative «che mirino unicamente alla definizione di centri di imputazione giuridica da quelle in relazione alle quali si possa, invece, rintracciare un collegamento fra decisione sulla distribuzione dei compiti e future

È bene tentare di enucleare alcune ipotesi esemplificative per dare concretezza alla tesi della configurabilità dell'incompetenza nei confronti degli atti di soggetti privati.

Si pensi, in primo luogo, alle ipotesi della delega nelle procedure espropriative (che si sono viste nel capitolo precedente) o dell'attribuzione di poteri a un soggetto ben preciso nell'ambito organizzativo del privato (ad esempio, il presidente e legale rappresentante di una società concessionaria legittimato a emettere un atto sostanzialmente amministrativo). In simili casi, ragioni di tutela degli amministrati inducono a ritenere che la questione della competenza non sia irrilevante ai fini della validità dell'atto amministrativo, pur posto in essere da un soggetto privato.

Conferme di tale impostazione non mancano in dottrina, ove si è rilevato che il vizio di incompetenza possa divenire configurabile «allorché gli atti dei conferitari travalichino i limiti della competenza determinati dall'atto di conferimento dell'amministrazione (come nell'ipotesi della delega di poteri espropriativi), posto che, in tale circostanza, detti atti violano le regole stabilite dal provvedimento della pubblica amministrazione, con cui si è derogato all'assetto stabilito a livello normativo»¹⁹.

Possono, dunque, darsi ipotesi nelle quali il profilo della competenza assume rilievo, ai fini del giudizio di legittimità dell'atto, perché è lo stesso soggetto pubblico che, nell'assegnare una competenza, pone al soggetto privato alcuni vincoli: la natura privata del soggetto, quindi, non determina l'irrilevanza di quei vincoli quando ragioni specifiche di garanzia inducono il legislatore o l'amministrazione a introdurli. Piuttosto, in queste ipotesi sembrerebbe potersi parlare di incompetenza assoluta, poiché vi è, in capo al privato, un difetto di attribuzione e l'atto dovrebbe essere, di conseguenza, nullo alla stregua dell'art. 21-*septies*, L. 241/1990.

modalità di tutela e cura degli interessi ai quali è funzionalizzata l'azione amministrativa» (p. 140).

¹⁹ A. MALTONI, *Esercizio privato di pubbliche funzioni*, cit., p. 593.

In secondo luogo, esistono casi nei quali l'organizzazione dei soggetti privati è conformata da vincoli normativi, che non possono non rilevare come parametro di legittimità dell'atto.

Nella disciplina degli appalti, ad esempio, «vi sono norme che riguardano la ripartizione di funzioni e poteri tra soggetti necessariamente diversificati», quali «la figura del responsabile del procedimento, della Commissione giudicatrice che deve essere formata dagli esperti stabiliti da specifiche disposizioni, del soggetto che deve assegnare l'appalto in via definitiva e così via», e la violazione di queste regole può esporre l'azione del soggetto privato al vizio di incompetenza²⁰.

Del resto, la prassi offre riscontri alla possibile sussistenza del vizio di incompetenza in riferimento ad atti di soggetti privati.

Ad esempio, si dia il caso di un soggetto privato legittimato ad esercitare funzioni di natura pubblicistica ma le cui competenze siano limitate a certi aspetti, mentre per altri il potere di provvedere resta, nello stesso ambito, alla pubblica amministrazione: se il privato, esercita, illegittimamente, anche i poteri spettanti alla pubblica amministrazione, il suo atto può essere considerato viziato sotto il profilo della competenza. È ciò che accade, ad esempio, quando una cooperativa edilizia destinataria di un contributo erariale eserciti, nei confronti di un socio, una competenza che la legge assegna al Ministero dei lavori pubblici²¹.

Analogamente, se a un privato sono attribuiti poteri pubblicistici mediante concessione e quest'ultima determina quale sia l'organo legittimato a esercitarli, l'atto adottato da un organo diverso (interno alla struttura privata) può ritenersi viziato per incompetenza e l'organizzazione del soggetto privato diventa rilevante. In giurisprudenza, ad esempio, si è valutata la competenza sotto questo profilo e si è data rilevanza alla circostanza che, in base al rapporto concessorio,

²⁰ E. FOLLIERI, *I vizi di legittimità dell'azione amministrativa della stazione appaltante privata*, cit., p. 385, ove si riporta l'esempio delle funzioni proprie della Commissione che siano svolte da altro ufficio dello stesso soggetto privato.

²¹ Si veda, con riferimento al potere del Ministero di decretare la decadenza dalla prenotazione o dall'assegnazione di un alloggio nei confronti del socio della cooperativa che abbia compiuto o tentato di compiere speculazione sugli alloggi sociali (art. 105, R.D., 28 aprile 1938, n. 1165), Tar Lazio, sez. III ter, 13 marzo 2008, n. 3641, confermata da Cons. Stato, sez. IV, 17 settembre 2013, n. 4588.

soltanto un organo della struttura organizzativa privata fosse legittimato ad adottare un atto sostanzialmente amministrativo²².

Altre volte, il problema dell'incompetenza per i soggetti privati si pone in termini diversi, più strettamente legati all'organizzazione interna del soggetto privato. Così, nell'ipotesi di impugnazione per incompetenza di un atto di una società pubblica adottato dal titolare di un ufficio interno alla società (atto qualificato peraltro come «provvedimento amministrativo, autoritativo in senso tecnico») il giudice amministrativo ha dato rilievo alla circostanza che la difesa della resistente avesse confermato che quel soggetto fosse «legittimato ad esternare la volontà dell'Ente nei confronti dei terzi, senza che a ciò la ricorrente abbia potuto controdedurre altro se non generiche affermazioni non supportate dalla prova contraria circa l'organizzazione interna» della società²³. Dunque, ad avviso del giudice amministrativo, non pare essere del tutto irrilevante l'organizzazione interna del soggetto privato al fine di stabilire la legittimità di un atto adottato dallo stesso nell'esercizio di prerogative pubblicistiche.

Tuttavia, sembra, a livello generale, che la questione non sia sempre colta in tutta la sua problematicità (quantomeno, quando l'incompetenza venga esclusa dal giudice nel caso concreto). Specie nell'ultimo esempio riportato, permane il dubbio circa la rilevanza del dato organizzativo interno, svincolato da previsioni di rilievo pubblicistico e da finalità specifiche di tutela dei destinatari dell'atto. In simili casi, l'impressione è che, a causa di una scarsa considerazione delle peculiarità dell'organizzazione privata, si finisca per dare rilievo, anche processuale, a elementi che, sul piano contenutistico, non solo sono privi di un apprezzabile contenuto garantistico, ma non hanno neppure attinenza con il versante funzionale.

²² T.a.r. Lombardia, n. 3188/2004, cit.

²³ T.a.r. Lazio, sez. III-ter, 4 maggio 2010, n. 9354: il caso riguardava una nota del responsabile dell'ufficio legale della società Ferrovie dello Stato con la quale veniva comunicato alla società ricorrente la decisione di non proseguire la trattativa privata per l'affidamento di alcuni lavori.

In ogni caso, per quanto detto, né sul piano teorico, né su quello pratico sembra potersi escludere, in assoluto, il vizio di incompetenza per gli atti dei soggetti privati che costituiscano esercizio di un pubblico potere²⁴.

Allo stesso tempo, però, certamente l'incompetenza dimostra come la disciplina prevista per le pubbliche amministrazioni richieda un adattamento alle singole ipotesi di esercizio privato di pubbliche funzioni.

2.2. *La violazione di legge.*

Più semplice è il discorso che riguarda il trattamento degli atti con i quali i privati esercitano funzioni pubbliche quando essi siano adottati in violazione di norme di legge. Sotto questo profilo, infatti, è la stessa previsione legislativa che assegna rilevanza pubblicistica a un aspetto dell'attività privata ed è, dunque, fuori discussione la utilizzabilità di quel dato normativo come parametro del giudizio di legittimità sull'atto.

A questo riguardo, perciò, è sufficiente evidenziare due aspetti.

Il primo è che, se in via generale è possibile affermare che le ipotesi più frequenti di violazione di legge sono quelle riguardanti la L. 241/90²⁵, nei limiti in cui essa si applica ai soggetti privati, la violazione delle sue norme è sicuramente riscontrabile²⁶.

Il secondo aspetto concerne l'ampiezza di tale vizio e le sue implicazioni, per così dire, sistematiche. Come è stato rilevato in proposito, «la vera

²⁴ Anzi, si è pure immaginato, in dottrina, un rilievo più ampio dell'organizzazione del soggetto privato, laddove questo eserciti una pubblica funzione. Si è detto, infatti, che «si potrebbe pensare che il privato, nel momento in cui opera in luogo di una pubblica amministrazione, si espone in veste pubblica e dunque la sua conformazione, struttura, ecc., sono rilevanti e si debbono tradurre nelle corrispondenti entità di carattere pubblicistico. Ad esempio, il fatto che l'organizzazione nel privato non abbia quella funzione di garanzia che ha nel pubblico di per sé non esclude che quella funzione di garanzia sia assunta quando e nei limiti in cui il privato esercita un'attività "amministrativa" o "di pubblico interesse"»: si veda C. MARZUOLI, *Note in punto di vizi dell'atto "amministrativo" del soggetto privato*, cit., p. 537.

²⁵ R. CAVALLO PERIN, *Violazione di legge (atto amministrativo)*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. XV, Torino, 2000, p. 661.

²⁶ Circa l'applicabilità delle norme della L. 241/1990, si rinvia a quanto osservato in conclusione del cap. II.

modificazione sul punto della disciplina della invalidità, derivante dall'applicazione a questi atti di soggetti privati, del diritto amministrativo, risulta essere proprio questa, che il vizio di violazione di norme imperative (art. 1418 cod. civ.), che in diritto civile dà luogo a nullità del negozio, ma è fattispecie del tutto marginale, acquista dimensione molto ampia. E l'annullabilità dei relativi atti, nelle forme del processo amministrativo, a tutela dei diritti e degli interessi dei terzi, diventa vicenda comune e ricorrente»²⁷.

2.3. *L'eccesso di potere (e l'attività discrezionale).*

Veniamo al terzo dei classici vizi di legittimità del provvedimento amministrativo, l'eccesso di potere, che, come noto, presuppone l'esercizio di attività di tipo discrezionale. Si tratta di accertare se ed entro quali margini tale vizio sia configurabile nel caso di attività amministrativa svolta da un soggetto privato.

Si è detto di come l'attività discrezionale sia esercitabile, entro certi limiti, da soggetti privati, non sussistendo un rapporto di necessaria implicazione tra il potere e la natura pubblicistica del soggetto chiamato a esercitarlo. Si è altresì visto come, di conseguenza, l'equiparazione degli atti del soggetto privato a quelli dell'amministrazione, anche in termini di giurisdizione, porti il giudice amministrativo a sindacare i primi, al pari dei secondi, sotto il profilo dell'eccesso di potere.

Tuttavia, le voci in dottrina, sul punto, appaiono discordanti.

La scissione tra il profilo soggettivo privato e quello, in qualche misura, pubblico dell'attività, porta, come detto, alcuni autori ad escludere l'incompetenza. La medesima scissione induce a interrogarsi in ordine all'eccesso di potere e a porre la seguente questione: il vizio della funzione consegue alla violazione di certi principi e regole e, quindi, attiene unicamente al profilo

²⁷ V. CERULLI IRELLI, *“Atti amministrativi” di soggetti privati e tutela giurisdizionale*, cit., p. 1065.

oggettivo dell'attività? Oppure la soggettività pubblica condiziona anche la disciplina dell'attività (e il suo risvolto patologico)?

Parte della dottrina ritiene che l'eccesso di potere sia difficilmente riscontrabile per gli atti dei soggetti privati esercenti un'attività amministrativa, poiché è assente la rilevanza giuridica complessiva dell'attività del soggetto privato. Chi sostiene tale tesi non nega che, in questi casi, il privato agente sia portatore di un'esigenza di cura di interessi pubblici; né, quindi, che la sua attività sia vincolata nel fine; né, infine, nega che tale attività sia soggetta al rispetto dei principi sostanziali propri dell'azione amministrativa. Tuttavia, in questa prospettiva, si sottolinea come l'attività della pubblica amministrazione risulti «dislocata su passaggi procedimentali formalizzati attraverso una distinta imputazione a diversi uffici dell'amministrazione» e assuma «sempre forma scritta nei diversi atti nei quali si articola», così che ne sia consentito il sindacato dall'esterno: ebbene, tutto ciò, in virtù dell'autonomia organizzativa dei privati, renderebbe ardua la rilevabilità, in concreto, dell'eccesso di potere²⁸.

La tesi opposta, della configurabilità dell'eccesso di potere, si fonda, invece, proprio sul rilievo che, sotto il profilo dell'attività, il privato esercente un'attività amministrativa non sia «solo privato» o «privato in senso proprio». Lo svolgimento di un'attività di cura di interessi pubblici obbliga, infatti, il privato a osservare una disciplina pubblicistica: la sua attività risulta, quindi, «procedimentalizzata» e «funzionalizzata», ovvero soggetta alle regole sostanziali che sovrintendono all'esercizio del potere e rilevante nella sua globalità. Ne

²⁸ V. CERULLI IRELLI, *“Atti amministrativi” di soggetti privati e tutela giurisdizionale*, cit., pp. 1064-1065, secondo il quale «l'eccesso di potere, quale successivamente si è venuto configurando nell'elaborazione scientifica e giurisprudenziale come vizio della discrezionalità o della funzione, presuppone la rilevanza giuridica complessiva dell'attività del soggetto intesa alla produzione dell'atto finale e perciò dell'effetto, la quale non è configurabile in diritto privato, dove ciò che rileva, com'è noto, è esclusivamente l'atto finale, il negozio, salva la limitata rilevanza delle “trattative” (art. 1337 c.c.)». Pertanto, per un verso si ammette «che l'azione sia soggetta al rispetto dei principi sostanziali che reggono l'azione amministrativa, e così la completezza dell'istruttoria, l'imparzialità, la giustizia sostanziale» e che, «in conseguenza, questa azione dovrebbe risultare viziata laddove i principi risultassero violati nelle corrispondenti forme di eccesso di potere». Per altro verso, però, dal momento che «l'applicazione di questa complessa disciplina, presuppone (...) la rilevanza globale esterna dell'attività del soggetto», si giunge a ritenere «molto difficile» che «il vizio di eccesso di potere, pur in astratto predicabile anche nei confronti di atti amministrativi di soggetti privati, sia utilizzabile in concreto, ai fini dello scrutinio della legittimità di questi».

conseguenze che anche il sindacato del giudice (amministrativo) sarà, da questo punto di vista, analogo a quello svolto sugli atti della pubblica amministrazione e, cioè, esteso a «un'indagine complessiva dell'attività, che va dal procedimento sino al provvedimento»²⁹.

Ad avviso di chi scrive, la tesi secondo cui il vizio di eccesso di potere non può essere configurato in relazione all'esercizio privato di funzioni pubbliche deve essere disattesa, anche in base a quanto rilevato nel precedente capitolo sull'estensione degli istituti della legge sul procedimento all'esercizio privato di pubbliche funzioni.

Come è stato accuratamente messo in rilievo, se «anche soggetti privati, al pari delle amministrazioni pubbliche, possono esercitare attività amministrative procedimentalizzate», ne consegue che «ciò che rileva, ai fini del sindacato giurisdizionale, non è la qualificazione giuridica del soggetto agente, bensì l'obbligo di osservare quei principi che, in quanto attinenti al corretto esercizio del potere, delimitano l'ambito al di fuori del quale si realizza la deviazione dell'atto dalla funzione»³⁰.

L'eccesso di potere riguarda l'attività nel suo farsi³¹, e tale attività deve, quindi, acquisire rilievo, attraverso la formalizzazione in regole o la soggezione a principi che ne consentano il controllo a fini di tutela dei destinatari dell'attività

²⁹ A. FABRI, *L'ambito della materia dei servizi pubblici nella giurisdizione del giudice amministrativo*, cit., pp. 1064-1065; si veda anche M. FILIPPI, *La giurisdizione amministrativa sugli atti di soggetti privati alla luce del d.lgs. 80/98*, in *Dir. amm.*, 1998, 3-4, pp. 611-612: «L'istituzione di una giurisdizione esclusiva – che significa giurisdizione estesa alla tutela tanto dei diritti soggettivi, quanto degli interessi legittimi – comporta che il giudice amministrativo sarà chiamato a sindacare non solo il rispetto delle norme formali di procedura, ma anche il processo formativo della volontà del soggetto appaltante. Questo sindacato si esplicherà sugli atti di soggetti privati con la stessa incisività con cui abitualmente si esplica sugli atti della pubblica amministrazione. Nelle controversie portate davanti al giudice ordinario la fase che precede la stipulazione del contratto è considerata, di regola, ai soli fini dell'accertamento di una responsabilità precontrattuale ex art. 1337 c.c. La stessa fase, invece, verrà considerata dal giudice amministrativo secondo i parametri propri del giudizio amministrativo di impugnazione; parametri che includono, oltre alle regole procedurali (il cui mancato rispetto, nel linguaggio della giustizia amministrativa, configura il vizio di “violazione di legge”), anche quei principi fondamentali elaborati dalla giurisprudenza amministrativa (ragionevolezza, congruità e adeguatezza della motivazione, conformazione al parere tecnico salvo espressa motivazione, ecc.) la cui violazione configura il vizio di “eccesso di potere”».

³⁰ A. MALTONI, *Esercizio privato di pubbliche funzioni*, cit., p. 593.

³¹ F. MODUGNO, M. MANETTI, *Eccesso di potere II) Eccesso di potere amministrativo*, in *Enc. giur.*, 1989, Roma, p. 5.

stessa. Se si ritiene che il comma 1-*ter* imponga la soggezione a regole e principi, seppur modellata sulla specificità dei soggetti agenti e nell'ottica delle garanzie degli amministrati, occorre respingere soluzioni che tendano a una generalizzata esenzione dell'attività in questione rispetto al sindacato proprio dell'azione amministrativa. Si deve, piuttosto, compiere una valutazione puntuale delle varie figure sintomatiche, per accertare quali di esse siano utili, e quali meno, alla realizzazione di un sindacato effettivo e completo.

In proposito, si può, allora, concludere che anche l'eccesso di potere, al pari degli altri vizi del provvedimento, non solo è astrattamente ammissibile anche quando l'attività amministrativa sia svolta da soggetti privati, ma deve, in concreto, adattarsi alla specificità del caso, nel senso che sarà invocabile nei limiti del rispetto dei principi (e delle regole) applicabili all'attività svolta da soggetti privati. In tal modo, si rende evidente come il sindacato del giudice amministrativo sia, anche in questo ambito, innanzitutto un sindacato sul rispetto di principi e regole.

CAPITOLO IV

CONCLUSIONI

SOMMARIO: 1. Dalla pubblica amministrazione ai soggetti privati: elementi di continuità. – 2. (segue) Le specificità dei soggetti privati e dei soggetti (sostanzialmente) pubblici.

1. *Dalla pubblica amministrazione ai soggetti privati: elementi di continuità.*

L'indagine ha preso le mosse da una disposizione che ha inteso disciplinare l'attività amministrativa svolta da soggetti privati e, in particolare, le attività procedimentalizzate destinate a concludersi con l'adozione di atti equiparabili a provvedimenti amministrativi. La principale questione interpretativa posta dalla disposizione è stata individuata nella portata normativa del comma 1-ter: l'analisi aspirava, quindi, ad attribuire un significato al rinvio in esso contenuto ai principi dell'attività amministrativa. La soluzione di tale questione era (ed è) legata all'idea di attività oggettivamente amministrativa, cioè un'attività rivolta alla cura di un interesse pubblico, indipendentemente dalla natura del soggetto agente.

Le tendenze evolutive dell'ordinamento hanno, infatti, prodotto la perdita di centralità della natura del soggetto agente, portando in primo piano il tipo di attività svolta e la relativa disciplina.

Si pensi, da un lato, alle sempre più frequenti ipotesi in cui i soggetti pubblici possono ricorrere agli strumenti di diritto privato (come desumibile, in primo luogo, dal comma 1-bis dell'art. 1, L. 241/1990)¹; dall'altro, all'estensione di

¹ Si vedano, oltre i lavori indicati nel cap. I, anche V. DOMENICHELLI, *Diritto amministrativo e diritto privato: verso un diritto amministrativo «meno speciale» o un «diritto privato speciale»?*, in *Dir. amm.*, 1999, 2, pp. 193 e ss.; P. CARPENTIERI, *La razionalità complessa dell'azione amministrativa come ragione della sua irriducibilità al diritto privato*, in *Foro Amm. – T.A.R.*, 2005, 7-8, pp. 2652 e ss.; V. CERULLI IRELLI, *Amministrazione pubblica e diritto privato*, cit.

discipline pubblicistiche all'azione di soggetti privati, come dimostra in modo evidente il comma 1-*ter*².

Proprio in considerazione dell'attività svolta, e del potere esercitato, nelle ipotesi analizzate nel lavoro, è emerso come sia preferibile ritenere che anche nell'esercizio privato di pubbliche funzioni trovino applicazione gli istituti di garanzia della legge sul procedimento.

Ciò corrisponde, in primo luogo, a un'esigenza di uguaglianza espressamente considerata dalla legge (il riferimento è all'ultima versione del comma 1-*ter*) tra l'ipotesi di attività amministrativa svolta da soggetti pubblici e da soggetti privati; nonché a un'esigenza di certezza, che impone la previa conoscibilità delle tutele riconosciute dall'ordinamento e delle modalità di azione di chi esercita un potere di tipo pubblicistico. Il valore dell'efficienza non è contraddetto da simile impostazione o, quantomeno, non sembra poter prevalere di fronte alle tutele individuali, se non nella misura in cui ciò sia disposto dalla legge (e lo sia anche per la pubblica amministrazione): del resto, il buon andamento, come si è detto, può (anzi, dovrebbe) realizzarsi principalmente nella scelta organizzativa di attribuire una funzione pubblica a un soggetto privato.

A una simile ricostruzione non ostano, poi, la natura privata del soggetto agente, né le caratteristiche tipiche dell'agire amministrativo. Si è avuto modo di osservare, infatti, come neppure l'esercizio di attività discrezionali e l'emanazione di provvedimenti amministrativi incontrino un ostacolo insormontabile³ alla loro configurabilità nella natura soggettiva del privato. Ciò vale tanto per il diritto positivo, quanto, soprattutto, per la prassi applicativa: i giudici amministrativi non hanno invero difficoltà a sottoporre a uno scrutinio pieno di legittimità gli atti di soggetti privati (anche per quanto attiene all'esercizio di poteri discrezionali e, quindi, all'eccesso di potere) e a equiparare tali atti a quelli della pubblica amministrazione.

² In generale, per questi fenomeni si veda G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, cit., pp. 155 e ss.

³ Salvi, ovviamente, i limiti di cui si è detto nel cap. II in riferimento ad alcune ipotesi di attività discrezionali che si ritiene siano riservate alla pubblica amministrazione.

Tutto ciò ha comportato la prospettazione di una corrispondenza tra principi dell'attività e regole della legge sul procedimento: i principi dell'attività amministrativa, infatti, guardati nella prospettiva della tutela degli amministrati, assumono una rilevanza in quanto da essi possa ricavarsi un obbligo di comportamento in capo alla pubblica amministrazione e, dunque, da essi possa trarsi una regola (come accade, appunto, nella disciplina delle garanzie procedurali). Il principio, quindi, per quanto a noi interessa, disciplina l'attività nella misura in cui imponga il rispetto di una condotta individuabile e codificata.

Ulteriore conseguenza di quanto sostenuto in merito all'esistenza di un'attività oggettivamente amministrativa riguarda la possibile configurazione in senso privatistico delle attività amministrative svolte da soggetti privati. Simile possibilità non dovrebbe porsi in termini diversi rispetto a quanto avviene per l'attività amministrativa di diritto privato della pubblica amministrazione: di là dalle difficoltà applicative di discipline ibride (come si è visto nel caso dei poteri espropriativi), non è infatti la natura del soggetto a determinare la natura privatistica o pubblicistica della disciplina dell'attività. È per questo motivo, oltre che per la complessità del tema, che si è scelto di non occuparsi dell'attività 'funzionalizzata' di diritto privato: come detto, del resto, le ipotesi trattate (attività di attestazione delle Soa e poteri espropriativi) sono qualificate dalla legge in senso pubblicistico e sono difficilmente ricostruibili in termini puramente privatistici.

2. *(segue) Le specificità dei soggetti privati e dei soggetti (sostanzialmente) pubblici.*

A fronte degli elementi di continuità individuati nel precedente paragrafo (elementi, cioè, che sembrano poter appartenere all'attività amministrativa da chiunque svolta), si sono rilevate, nel corso del lavoro, alcune specificità dei soggetti autenticamente privati.

I principi di imparzialità e buon andamento, tipici dell'organizzazione e dell'attività della pubblica amministrazione, hanno richiesto una rilettura ai fini dell'applicazione a soggetti privati. In particolare, il prisma delle garanzie degli

amministrati ha consentito, nell'ambito di tale rilettura, di identificare le applicazioni rilevanti della imparzialità e del buon andamento, poiché anche qui ciò che conta è che su di essi possa fondarsi la pretesa di un privato a un comportamento del soggetto agente.

La medesima prospettiva ha permesso, inoltre, di giungere a due ulteriori risultati. Da un lato, infatti, essa consente di stabilire un confine tra l'autonomia dei soggetti privati e la necessaria conformazione della loro organizzazione nel caso in cui svolgano attività amministrative. Si è visto, infatti, come la disciplina di casi specifici di esercizio privato di pubbliche funzioni imponga ai soggetti privati il rispetto di prescrizioni organizzative: ciò avviene in ragione del tipo di attività svolta (come sostenuto dalla stessa Corte costituzionale), che richiede il rispetto del principio di imparzialità e dell'indipendenza di giudizio, e ciò conferma il nesso inscindibile tra l'organizzazione e l'attività.

Dall'altro lato, l'esigenza di garantire gli interessi degli amministrati dà rilievo al fatto che la duplicità di fini perseguiti dal soggetto privato esercente una pubblica funzione – il fine pubblico imposto dalla legge e il fine privato proprio di tale soggetto – produca una differenza con la pubblica amministrazione: la classica nozione di 'parte imparziale', con ciò che essa comporta per l'attività di considerazione e ponderazione degli interessi tipica della discrezionalità amministrativa, non si adatta, infatti, ai privati, che sono piuttosto 'parti parziali' e per i quali, dunque, il principio di imparzialità deve applicarsi in termini peculiari.

Considerazioni diverse si impongono, invece, per i soggetti solo formalmente privati. Si è visto, infatti, come per essi il legislatore predisponga apposite discipline (si pensi all'art. 29, L. 241/1990), tendenti a una consistente ri-pubblicizzazione. Del resto, per un verso, è facile osservare come tali soggetti rientrino in senso lato nel concetto di pubblica amministrazione in senso soggettivo, dunque la rilevanza per i terzi dei loro profili organizzativi va oltre il semplice rispetto delle garanzie procedurali degli amministrati (investendo, ad esempio, anche il reclutamento del personale e la necessaria osservanza anche in tale ambito dei principi di imparzialità e buon andamento). Per altro verso, l'utilizzo di denaro pubblico e il rischio che l'uso di strumenti di tipo privatistico

nasconda una 'fuga' dai controlli pubblicistici comportano, per i soggetti formalmente privati, la sottoposizione a discipline speciali, che non ne consentono una piena equiparazione ai soggetti realmente privati investiti di una pubblica funzione.

BIBLIOGRAFIA

- ALLEGRETTI U., *L'imparzialità amministrativa*, Padova, 1965.
- ALLEGRETTI U., *Imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. VIII, Torino, 1993, 131.
- ANDREANI A., *Il principio costituzionale di buon andamento della pubblica amministrazione*, Padova, 1979.
- AZZENA A., *Esercizio privato di pubbliche funzioni e di pubblici servizi*, in *Dig. disc. pubbl.*, VI, Torino, 1991, 165.
- BACHELET V., *L'evoluzione della pubblica amministrazione*, in *L'amministrazione in cammino – Guida agli scritti giuridici di V. Bachelet*, Milano, 1984, 69.
- BARTOLINI A., PIOGGIA A., *Il principio di legalità*, in *Studi sui principi del diritto amministrativo*, a cura di M. RENNA e F. SAITTA, Milano, 2012, 79.
- BENVENUTI F., *Per un diritto amministrativo paritario*, in *Scritti in memoria di Enrico Guicciardi*, Padova, 1975, 807.
- CAMMELLI M., *Società pubbliche (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir., Annali*, V, Milano, 2012, 1190.
- CARINGELLA F., *Compendio di diritto amministrativo*, Roma, 2012.
- CARPENTIERI P., *La razionalità complessa dell'azione amministrativa come ragione della sua irriducibilità al diritto privato*, in *Foro Amm. – T.A.R.*, 2005, 7-8, 2652.
- CASSETTA E., *Provvedimento e atto amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, XII, Torino, 1997, 243.
- CASSETTA E., *Manuale di diritto amministrativo*, X ed., Milano, 2009.
- CASSESE S., *Il diritto amministrativo e i suoi principi*, in *Istituzioni di diritto amministrativo*, a cura di ID., Milano, 2012, 1.

- CAVALLO PERIN R., *I principi come disciplina giuridica del pubblico servizio tra ordinamento interno ed ordinamento europeo*, in *Dir. Amm.*, 2000, 1, 41.
- CAVALLO PERIN R., *Violazione di legge (atto amministrativo)*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. XV, Torino, 2000, 657.
- CERRI A., *Imparzialità ed indirizzo politico nella pubblica amministrazione*, Padova, 1973.
- CERULLI IRELLI V., “*Atti amministrativi*” di soggetti privati e tutela giurisdizionale: a proposito della legge Merloni, in *Giorn. dir. amm.*, 1999, 11, 1062.
- CERULLI IRELLI V., *Amministrazione pubblica e diritto privato*, Torino, 2011.
- CIVITARESE MATTEUCCI S., *Regime giuridico dell'attività amministrativa e diritto privato*, in *Dir. Pubbl.*, 2, 2003, 405.
- CLARICH M., *Garanzia del contraddittorio nel procedimento*, in *Dir. amm.*, 2004, 59.
- COGNETTI S., “*Qualità*” e “*quantità*” della partecipazione. *Tutela procedimentale e legittimazione processuale*, Milano, 2000.
- G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, IV ed., Torino, 2008.
- D'ALBERTI M., *Diritto amministrativo e principi generali*, in *Le nuove mete del diritto amministrativo*, a cura di ID., Bologna, 2011, 73.
- DE LEONARDIS F., *Soggettività privata e azione amministrativa: cura dell'interesse generale e autonomia privata nei nuovi modelli di amministrazione*, Padova, 2000.
- DE LEONARDIS F., *Esercizio privato di pubbliche funzioni e pubblici servizi*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. CASSESE, Milano, 2006, 2296.
- DE LEONARDIS F., *Atti (e regole) dei soggetti concessionari*, in *Dir. Amm.*, 3, 2008, 557.
- DE LEONARDIS F., *Tra attività amministrativa indiretta e esternalizzazione dei servizi: i soggetti privati preposti all'esercizio di attività amministrativa*, in *Istituzioni e dinamiche del diritto. I confini mobili della separazione dei poteri*, a cura di A. VIGNUDELLI, Milano, 2009, 261.
- DE LISE P., *Giurisdizione amministrativa e provvedimenti di soggetti privati*, in *Funzione ed oggetto della giurisdizione amministrativa. Nuove e vecchie questioni*, a cura di G. MORBIDELLI, Torino, 2000, 61.
- DELLA SCALA M.G., *Diritto di accesso agli atti di un soggetto privato. Profili sostanziali e processuali. Osservazioni a margine dell'adunanza plenaria n. 5 del 2005*, in *Foro Amm. - C.d.S.*, 2006, 3, 769.

- DIPACE R., *I privati e il procedimento amministrativo*, in *Codice dell'azione amministrativa*, a cura di M.A. SANDULLI, Milano, 2011, 176.
- DOMENICHELLI V., *Diritto amministrativo e diritto privato: verso un diritto amministrativo «meno speciale» o un «diritto privato speciale»?* , in *Dir. amm.*, 1999, 2, 193.
- FABRI A., *L'ambito della materia dei servizi pubblici nella giurisdizione del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2000, 4, 1007.
- FILIPPI M., *La giurisdizione amministrativa sugli atti di soggetti privati alla luce del d.lgs. 80/98*, in *Dir. amm.*, 1998, 3-4, 581.
- FOÀ S., *L'Autorità di vigilanza sui lavori pubblici può annullare le attestazioni SOA: esercizio privato di funzione pubblica e controllo*, in *Foro Amm. – C.d.S.*, 7-8, 2004, 2276.
- FOLLIERI E., *I vizi di legittimità dell'azione amministrativa della stazione appaltante privata*, in *Urb. e app.*, 2007, 3, 384.
- FONDERICO G., *Le modifiche alla legge sul procedimento amministrativo (art. 1, commi 37-38, 41 e 47)*, in *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, a cura di B.G. MATTARELLA e M. PELISSERO, Torino, 2013, 153.
- FRANCHINI C., *L'organizzazione amministrativa*, in *Diritto amministrativo generale*, I, del *Trattato di diritto amministrativo*, diretto da S. CASSESE, , Milano, 2003, 251.
- GARDINI G., *Imparzialità amministrativa*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. CASSESE, Milano, 2006, 2934.
- GIANNINI M.S., *Atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, IV, 1959, Milano, 157.
- GIANNINI M.S., *Esercizio privato di pubbliche attività*, in *Enc. dir.*, XV, Milano, 1966, 685.
- GOISIS F., *I concetti di «public authority» e di «function of a public nature» nell'applicazione dello Human Rights Act 1998 in Gran Bretagna. Alcuni spunti per un'interpretazione della nozione di attività (oggettivamente) amministrativa, di cui all'art. 1, comma 1-ter, della l. n. 241 del 1990*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2, 2006, 521.
- GOLA M., *L'applicazione delle norme di diritto privato*, in *Codice dell'azione amministrativa*, a cura di M.A. SANDULLI, Milano, 2011, 162.
- GRECO G., *L'azione amministrativa secondo il diritto privato: i principi*, in *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, a cura di V. CERULLI IRELLI, Napoli, 2006, 69.

- LEONARDI R., *Il principio della partecipazione e la dichiarazione di p.u., indifferibilità ed urgenza mediante atto di diritto privato di una S.p.A.: il Consiglio di Stato riafferma il primato delle garanzie sostanziali previste dalla l. n. 241 del 1990*, in *Riv. giur. edil.*, 2004, I, 1009.
- MALTONI A., *Il conferimento di potestà pubbliche ai privati*, Torino, 2005.
- MALTONI A., *Esercizio privato di pubbliche funzioni*, in *Enc. dir.*, Annali, I, Milano, 2007, 570.
- MALTONI A., *Le attività di interesse pubblico dei soggetti privati nella legge sul procedimento amministrativo*, in *Scritti in onore di Giuseppe Palma*, Torino, 2012, 2541.
- MARCHETTI B., *Il principio di motivazione*, in *Studi sui principi del diritto amministrativo*, a cura di M. RENNA e F. SAIITA, Milano, 2012, 521.
- MARCHETTI B., *Diritto privato e amministrazione pubblica: problemi e spunti di diritto comparato*, in *Pubblico e privato nell'organizzazione e nell'azione amministrativa. Problemi e prospettive*, a cura di G. FALCON e B. MARCHETTI, Padova, 2013, 143.
- MARCHETTI B. (a cura di), *Pubblico e privato oltre i confini dell'amministrazione tradizionale*, Padova, 2013.
- MARRAMA D., *Articolo 1, comma 1 ter*, in *La pubblica amministrazione e la sua azione. Saggi critici sulla legge n. 241/1990 riformata dalle leggi n. 15/2005 e n. 80/2005*, a cura di N. PAOLANTONIO, A. POLICE e A. ZITO, Torino, 2006, 117.
- MARZUOLI C., *Le privatizzazioni fra pubblico come soggetto e pubblico come regola*, in *Dir. Pubbl.*, 1995, 393.
- MARZUOLI C., *Carte europea dei diritti fondamentali, «amministrazione» e soggetti di diritto: dai principi sul potere ai diritti dei soggetti*, in *Carta europea e diritti dei privati*, a cura di G. VETTORI, Padova, 2002, 255.
- MARZUOLI C., *Ancora su accesso e forme privatistiche (di soggetti e di attività): anche l'accesso ha dei limiti*, in *www.giustamm.it*, 2004.
- MARZUOLI C., *Note in punto di vizi dell'atto "amministrativo" del soggetto privato*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, Napoli, 2011, 527.
- MARZUOLI C., *Amministrazione di risultato e responsabilità*, in *Scritti in onore di Giuseppe Palma*, Torino, 2012, 1209.

- MASSERA A., *I principi generali dell'azione amministrativa tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario*, in *Dir. Amm.*, 2005, 4, 707.
- MATTARELLA B.G., *Fortuna e decadenza dell'imperatività del provvedimento amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2012, 1, 1.
- MATTARELLA B.G., *La prevenzione della corruzione in Italia*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, 2, 123.
- MAZZAMUTO M., *I principi costitutivi del diritto amministrativo come autonoma branca del diritto*, in, *Studi sui principi del diritto amministrativo*, a cura di M. RENNA e F. SAITTA, Milano, 2012, 3.
- MERLONI F., *Istituzioni di diritto amministrativo*, Torino, 2012.
- MODUGNO F., MANETTI M., *Eccesso di potere II) Eccesso di potere amministrativo*, in *Enc. giur., ad vocem*, Roma, 1989.
- MORBIDELLI G., *In tema di art. 29 l. 241/1990 e di principi generali del diritto amministrativo*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, Napoli, 2011, 587.
- NAPOLITANO G., *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003.
- NAPOLITANO G., *L'attività amministrativa e il diritto privato*, in *Giorn. dir. amm.*, 2005, 5, 481.
- NAPOLITANO G., *L'esercizio privato di attività amministrative*, in *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, a cura di V. CERULLI IRELLI, Napoli, 2006, 89.
- PAOLANTONIO N., *Il sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo*, Padova, 2000.
- PAOLANTONIO N., *Articolo 1, comma 1 bis*, in *La pubblica amministrazione e la sua azione. Saggi critici sulla legge n. 241/1990 riformata dalle leggi n. 15/2005 e n. 80/2005*, a cura di N. PAOLANTONIO, A. POLICE e A. ZITO, Torino, 2006, 78.
- PAOLANTONIO N., *Art. 7 Giurisdizione amministrativa*, in *Codice del processo amministrativo (D. Lgs. 2 luglio 2010, n. 104)*, a cura di R. GAROFOLI e G. FERRARI, II ed., Roma, 2012, 95.
- PECCHIOLI N., *La delibera di approvazione del progetto di un'opera da parte di Ferrovie S.p.A.: effetti preordinati all'esproprio e soggezione alle garanzie di partecipazione procedimentale*, in *www.giustamm.it*, 2004.

- PECCHIOLO N., *Soggetti privati ed esercizio di funzioni amministrative*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, Napoli, 2011, 611.
- PERFETTI L.R., *Diritto ad una buona amministrazione, determinazione dell'interesse pubblico ed equità*, in *Riv. ital. dir. pubbl. comunit.*, 2010, 789.
- PIOGGIA A., *La competenza amministrativa. L'organizzazione fra specialità pubblicistica e diritto privato*, Torino, 2001.
- PONTI B. (a cura di), *La trasparenza amministrativa dopo il d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33. Analisi della normativa, impatti organizzativi ed indicazioni operative*, Santarcangelo di Romagna, 2013.
- ROSSI G., *Diritto pubblico e diritto privato nell'attività della pubblica amministrazione: alla ricerca della tutela degli interessi*, in *Dir. Pubbl.*, 1998, 661.
- SANDULLI A., *Costruire lo stato. La scienza del diritto amministrativo in Italia (1800-1945)*, Milano, 2009.
- SATTA F., *Imparzialità della pubblica amministrazione*, in *Enc. giur., ad vocem*, Roma, 1989.
- SATULLO D., *Articolo 7 Giurisdizione amministrativa*, in *Codice del nuovo processo amministrativo*, a cura di F. CARINGELLA e M. PROTTO, II ed., Roma, 2012, 130.
- SCOCA F.G., *Attività amministrativa*, in *Enc. Dir.*, Aggiornamento, VI, Milano, 2002, 75.
- SERIO A., *Il principio di buona amministrazione procedurale. Contributo allo studio del buon andamento nel contesto europeo*, Napoli, 2008.
- SIGISMONDI I., *Il principio del buon andamento tra politica e amministrazione*, Napoli, 2011.
- SORACE D., *Atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, Annali, III, 2010, 46.
- SORACE D., *Diritto delle amministrazioni pubbliche. Una introduzione*, VI ed., Bologna, 2012.
- SPASIANO M.R., *Il principio di buon andamento*, in *Studi sui principi del diritto amministrativo*, a cura di M. RENNA e F. SAIITA, Milano, 2012, 117.
- TORRICELLI S., *I contratti tra privati come strumenti di regolazione pubblica*, in *Pubblico e privato nell'organizzazione e nell'azione amministrativa*, a cura di G. FALCON e B. MARCHETTI, Padova, 2013, 213.

TORRICELLI S., *I contratti tra privati con funzioni di amministrazione pubblica*, in *Amministrazione pubblica dei contratti*, a cura di D. SORACE, in corso di pubblicazione.

VINTI S., *Limiti funzionali all'autonomia negoziale della pubblica amministrazione nell'appalto di opere pubbliche*, Padova, 2008.

ZANOBINI G., *L'esercizio privato delle Funzioni e dei Servizi pubblici*, estratto dal *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, a cura di V.E. ORLANDO, vol. II, pt. III, Milano, 1920.

ZANOBINI G., *L'esercizio privato delle pubbliche funzioni e l'organizzazione degli enti pubblici*, in *Annali delle Università Toscane*, V, 1920, 3.

ZANOBINI G., *Scritti vari di diritto pubblico*, Milano, 1955.