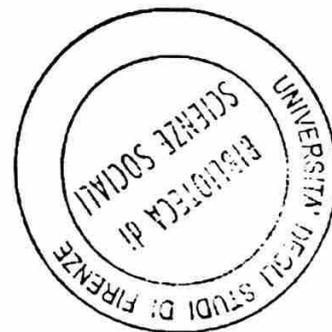
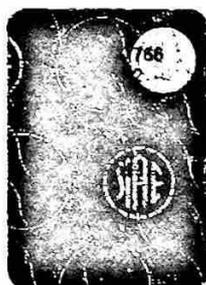


KE002002504

DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PALERMO

COLLANA DI DIRITTO AMMINISTRATIVO
DIRETTA DA M. IMMORDINO, S. RAIMONDI, F. SALVIA

FONDAZIONI E ATTIVITÀ AMMINISTRATIVA
ATTI DEL CONVEGNO - PALERMO, 13 MAGGIO 2005
A CURA DI S. RAIMONDI E R. URSI



683187-10

G. Giappichelli Editore - Torino



683187-10

Prof. Alberto Romano

Relazione di sintesi

SOMMARIO: 1. Considerazioni generali – 2 La nozione di soggetto e la distinzione pubblico-privato – 3 Le difficoltà della qualificazione pubblico-privato – 4. Quale è il carattere specifico del “pubblico”? – 5. La nozione di organismo di diritto pubblico e il suo rapporto con quella di ente pubblico – 6 L’attività sostanzialmente amministrativa. 7. L’attività sostanzialmente amministrativa di soggetti privati: limiti, e disciplina sostanziale e processuale

1. Considerazioni generali

Il convegno è riuscito molto bene. Le relazioni sono state di grande interesse: tanto quelle più generali di stamani, che quelle di questo pomeriggio – che soltanto riduttivamente, peraltro, possono essere definite unicamente settoriali. Il tema prescelto, poi, e i sotto-temi nei quali è stato articolato, oggi sono sicuramente di vivissima attualità e di altrettanta problematicità: come tutti i profili della disciplina dell’attività dell’amministrazione sotto i quali, in questi anni, emerge la contrapposizione tra diritto pubblico e diritto privato; tra quel diritto pubblico che ne costituiva la matrice e la connotazione pressoché esclusiva, e quel diritto privato verso il quale sembra che ormai si avvii – sembra, anche se non a tutti, e, comunque, non per tutti nel medesimo modo e con la medesima pervasività. Quindi, moltissime congratulazioni agli organizzatori: a cominciare da Riccardo Ursi, che ha messo l’anima per la realizzazione dell’iniziativa, e, naturalmente, a Salvatore Raimondi e a Maria Immordino. E moltissimi ringraziamenti: da noi tutti, certo; ma anche, in particolare, miei personali: perché mi hanno chiamato a sintetizzare gli esiti di questo incontro di studio così proficuo; compito sicuramente onorifico, ma anche non facile: proprio per la loro ricchezza.

2. *La nozione di soggetto e la distinzione pubblico-privato*

Credo che il titolo del convegno, «Fondazioni e attività amministrativa», abbia un sottinteso: che la loro soggettività sia di diritto privato. In realtà, poi, le relazioni hanno valutato assai criticamente e problematicamente questo assunto. E, perciò, la questione di tale soggettività è emerso per tutta la giornata di oggi come centrale.

Antonio Romano Tassone ne è stato pienamente consapevole; tanto che questa sua esatta percezione lo ha spinto a fissare una precisazione molto incisiva, ma anche discutibile: l'ammonizione che la nozione di soggettività attualmente è in crisi, è in declino: se ne potrebbe prevedere addirittura la morte, anche se la constatazione del decesso sarebbe ancora prematura. Direi, al riguardo, che questa affermazione sarebbe sicuramente esatta, se venisse intesa nel senso che non vale più la rigida correlazione tra natura pubblica o privata del soggetto che agisce, e carattere e disciplina pubblica o privata dell'attività che realizza. È sotto gli occhi di tutti quanta parte dei comportamenti dell'amministrazione siano ormai espressione della sua capacità di diritto comune, e, per contro, quanto ampi siano i compiti amministrativi – sia detto così, malgrado le difficoltà di precisazione della valenza di questo aggettivo –, affidati a persone ed enti privati. Ma sarei meno sicuro che, al di là della indubitabile crisi di quella correlazione, si possa fare a meno della nozione di soggetto per una ricostruzione sistematica dei fenomeni giuridici; anzi, del fenomeno giuridico in quanto tale: per gli insuperabili fondamenti già addirittura filosofici della sua rappresentazione. Si può partire dalla norma – preferirei: dall'ordinamento – in senso oggettivo, senza arrivare a definire i vantaggi o in vincoli individuali che direttamente o indirettamente ne derivano e, quindi, alla figura soggettiva cui pertengono?

Pure, questo pare il significato più profondo di quanto ci ha detto Antonio Romano, dal momento che collega la crisi del soggetto alla (per lui) già consumata “morte del negozio”. E, su questo ultimo punto, credo che si possa e si debba dissentire: ampiamente e vivamente. Almeno, se l'affermazione è intesa a negare l'individuazione e la definizione di determinate dichiarazioni di soggetti privati come “precetti” – direbbe Betti – la cui rilevanza giuridica va delineata secondo tratti radicalmente diversi da quelli di altre loro dichiarazioni, cui spetta la qualificazione di meri atti

giuridici: come "precetti" produttivi di effetti propri, non prestabiliti dall'ordinamento, che si limita a garantire loro solo efficacia, perché e in quanto stabiliti da chi li formula – secondo la ricostruzione del massimo teorico dell'autonomia privata, da Antonio citato a diverso anche se non lontano proposito. È evidente che affiora qui una profonda diversità di prospettiva generale: a cominciare dalla considerazione dell'ordinamento secondo linee opposte dalla visione di esso come, in primo luogo, fattore di riconoscimento e di derivazione di autonomie. E basti questo accenno, e l'evidenza della vastità e della complessità delle sue implicazioni, per rendere chiaro che l'assunto che mi è sembrato opportuno ribadire, in questa sede non può essere sviluppato oltre.

3. *Le difficoltà della qualificazione pubblico-privato*

Il postulato da cui è partito chi ha così intelligentemente ideato e così felicemente organizzato questo convegno su «Fondazioni e attività amministrativa», dunque, è che esse siano soggetti di diritto privato; se non altro, perché sono in questo senso le qualificazioni legislative esplicite di esse, naturalmente quando ci sono. Specie quando la loro istituzione, riconoscimento o disciplina normativa di questi anni si iscrivono in quel processo che, pur variegato e multiforme, viene genericamente definito come di privatizzazione: a questo proposito, va ricordata la precisa e sistematica descrizione del fenomeno che ci ha dato stamani Cerulli Irelli.

Peraltro, un po' in tutte le relazioni di oggi è emersa una impostazione che ci pare quanto mai metodologicamente corretta: non basta che il legislatore qualifichi esplicitamente un ente come pubblico oppure come privato, perché l'interprete sia vincolato a questa sua definizione. Al contrario: quel che conta è la disciplina che il legislatore detta, della sua struttura e della sua organizzazione, nonché della sua attività. E sono questi fattori legislativi, questi sì assolutamente vincolanti per l'interprete stesso, che lo conducono alla ricostruzione realmente come pubblica o privata, dell'ente stesso. A questo proposito, pare esemplare la vicenda della Croce Rossa Italiana: tradizionalmente considerata ente pubblico, e confermata come tale anche nella tabella annessa alla l. 20/03/1975, n. 70, è stata viceversa qualificata come ente privato di interesse pubblico dall'art. 1 del d.p.r.

31/07/1980 n. 613. Ma il Consiglio di Stato aveva rilevato, dando il parere sullo schema di d.p.r. di approvazione del suo nuovo statuto (ad. gen., 7/02/1991, n. 10, *FI*, 1993, III, 588), l'esistenza di indubbi indici rivelatori di una natura sostanzialmente pubblica dell'ente, in contrasto con la suddetta qualificazione legislativa, che tuttavia aveva ritenuto non superabile. Ed è anche a causa di questa presa di posizione che l'art. 7 del d.l. 20/09/1995, n. 390 (conv. nella l. 20 novembre 1995, n. 490), ha capovolto la sua precedente qualificazione, riconoscendo esplicitamente che «l'associazione italiana della Croce Rossa ha ad ogni effetto di legge qualificazione e natura di ente dotato di personalità giuridica di diritto pubblico, e, in quanto tale, è soggetta alla disciplina normativa e giuridica degli enti pubblici».

In questa giornata, la possibilità di una discordanza tra qualificazioni adottate esplicitamente dal legislatore, e quelle che sono ricostruibili sostanzialmente, e più pertinentemente dalla disciplina da esso stesso dettata, è emersa in una direzione unica e univoca: come la possibilità che alla prima, in senso privatistico, si contrapponga la seconda, in senso viceversa pubblicistico. E, in questa impostazione, si possono ipotizzare due diverse soluzioni. La prima: che una simile qualificazione pubblicistica possa riguardare solo l'attività che l'ente realizza; pur, sia chiaro, attraverso l'esplicazione di una capacità che formalmente è solo privatistica, e non comprendente, come sua espressione, anche l'attribuzione di poteri di adozione di provvedimenti. La seconda: che, viceversa, investa addirittura la sua soggettività. Su questa seconda strada, mi pare che chi si sia inoltrato più profondamente sia stato Occhiena, nella sua analisi degli Istituti di Ricovero e Cura a Carattere Scientifico, e della parabola che la loro disciplina ha compiuto, da una impostazione più privatistica della disposizione di delegazione costituita dall'art. 42 della l. 16/01/2003, n. 3, *Disposizioni ordinamentali* (ulteriore esempio da ascrivere al florilegio di espressioni di buona lingua italiana di cui dobbiamo essere grati al legislatore), *in materia di pubblica amministrazione*, a quella, più marcatamente pubblicistica, risultante dal conseguente d.lg. 288/2003.

Se questo cammino fosse percorso fino in fondo – ma non mi pare che oggi lo sia stato –, i problemi oggi affrontati andrebbero ricondotti al tema della capacità solo di diritto privato di enti pur di per sé pubblici. Con un'ulteriore limitazione: che agli atti formalmente privatistici che questi

pongono in essere, dovrebbe essere riconosciuta la natura di attività sostanzialmente amministrativa. Sembra che si potrebbe richiamare, così, la distinzione tra attività amministrativa di diritto privato e attività privata della pubblica amministrazione, che Amorth delineò – con tratti che non importa qui analizzare in dettaglio quanto sovrapponibili –, nel suo lavoro – notissimo, ma non altrettanto letto e utilizzato –, «Osservazioni sui limiti all'attività amministrativa di diritto privato» (*ADP*, vol. III, 1936, p. 455 e ss.), scritto già in anni ormai lontani, quando la correlazione almeno tendenziale tra natura del soggetto e carattere della sua attività era ancora ben salda. Ma non sembra che sia particolarmente proficuo soffermarsi ora su queste questioni: perché non sono poi troppo dissimili da quelle che si incontrano secondo l'altra soluzione che si era prima prospettata. Ossia, quella del carattere sostanzialmente amministrativo dell'attività esercitata da enti ai quali, tuttavia, di per sé dovrebbe essere riconosciuta una soggettività soltanto privatistica.

4. *Quale è il carattere specifico del "pubblico"?*

Si può ritornare, così, a considerare quel che avevo già accennato sembrare essere il presupposto del titolo del convegno: che le «le fondazioni...» che merita di studiare «...come modello di gestione della pubblica amministrazione», siano soggetti di diritto privato; e che l'attributo di "amministrativo" pertenga solo alla loro attività; del resto, di solito, non *in toto*, ma *pro parte*. Per di più, con una ulteriore delimitazione: quella che deriva dall'avverbio "sostanzialmente". In realtà, una doppia delimitazione: nei confronti di un'attività che anche sostanzialmente sia solo privata; ma pure nei confronti di quella che sia amministrativa anche formalmente. In questa prospettiva, infatti, rimane fuori la diversa ipotesi dell'attribuzione a soggetti privati, di solito su base concessoria – ma il punto sarà poi ripreso –, di poteri autoritativi comunque non espressione di capacità propria, il cui esercizio si concreti in veri e propri provvedimenti; ipotesi, del resto, tradizionalmente ben più conosciuta, e, tutto sommato, ben meno problematica. Ma a cavallo delle due soluzioni diversamente pubblicistiche prima accennate – quella che concerne solo l'attività realizzata da determinati enti, e quella che investe addirittura la loro soggettività –, vi sono due questioni non eludibili.

La prima è: che cosa si deve intendere per “pubblico”, se si vuole per “amministrativo”? Ed è addirittura fondamentale. Ma, malgrado ciò, oggi la sua soluzione è stata più presupposta che enunciata, e ancor meno analizzata; tranne, ovviamente, che nella relazione di Pagliari.

Devo prescindere da una bibliografia e da una elaborazione dottrinale immense. Mi sento solo di dire sobriamente – molto, troppo sobriamente –, che non riesco a immaginare che una sola risposta: la funzionalizzazione – di determinate attività, se non anche addirittura di determinati soggetti –, a determinati fini pubblicistici, che l’ordinamento imprime loro intrinsecamente.

In fin dei conti, erano indici di questa funzionalizzazione, quelli, classici che venivano utilizzati in altri tempi: soprattutto da una giurisprudenza fluviale, che doveva risolvere il problema della qualificazione pubblica o privata del rapporto di impiego con un ente, sul presupposto della almeno tendenzialmente necessaria corrispondenza dalla natura pubblica o privata di questo rapporto, con quella del soggetto che aveva disposto l’assunzione – *rectius*: la nomina; da una giurisprudenza, come tutti sanno, oggi superata, se non altro per la ormai altrettanto tendenzialmente completa privatizzazione dei rapporti che oggi si dicono più prosaicamente di lavoro con le amministrazioni pur pubbliche. Una funzionalizzazione, ben s’intende, che è molto lontana dalla mera grezza coincidenza di attività realizzate da soggetti pubblici e privati; al riguardo, è addirittura scolastico l’esempio degli istituti che sono e rimangono privati, i quali, peraltro, forniscono un’attività di istruzione che ugualmente è e rimane privata: pur se è apparentemente analoga a quella, viceversa pubblica, prestata da istituti di istruzione che, appunto, sono pubblici. Qui alludo ad una funzionalizzazione che deriva da precisi vincoli cui l’ordinamento astringe la realizzazione dell’attività da definire pubblica, anche se materialmente identica a altre viceversa private: dall’obbligatorietà dell’esplicazione, all’impossibilità di rinunciare. E da limiti finalistici che le sono addirittura intrinseci, e non solo estrinseci: per cui, in alcun caso si potrà aggettivarla come libera, secondo i caratteri che almeno tendenzialmente sono propri dell’autonomia privata, entro i limiti, questi sì solo esterni, che le pone l’ordinamento; ma potrà essere valutata al massimo solo come discrezionale, sia pure nei soli ambiti che a questa aggettivazione si possano appropriatamente riconoscere nell’esercizio di poteri non autoritativi: di poteri, cioè, che non si risol-

vono dell'adozione di provvedimenti. Quindi, le due soluzioni adombrate in precedenza possono risolversi in queste altre. Se la funzionalizzazione così intesa incide solo sull'attività non costituente provvedimenti – di solito, quando sia così intrinsecamente condizionata, costituente solo una parte dell'attività complessiva –, di enti di cui rimane privata la soggettività; oppure se, per la sua pervasività, arriva a investire anche questa soggettività: o perché l'ordinamento costituisce l'ente appositamente per la realizzazione di tale attività, o perché lo riconosce nella sua stessa esistenza come così finalizzata – questo, probabilmente, è il caso dei Comuni, esistenti ed operanti da ben prima che si costituisse l'ordinamento dal quale è derivato con una continuità almeno relativa quello nostro attualmente vigente, ossia da ben prima che si formasse il nostro Stato nazionale.

5. *La nozione di organismo di diritto pubblico e il suo rapporto con quella di ente pubblico*

E la seconda questione, in un certo senso preliminare alla prosecuzione di questa sintesi, che si è prima detta ineludibile, è quella del come si debba delineare il rapporto tra l'ente pubblico così inteso secondo il tradizionale nostro diritto nazionale, e quell'organismo di diritto pubblico che ci viene dal diritto comunitario. Sono ben note le autorevoli prese di posizione nel senso che questo rapporto va visto come di pura e semplice identità. Una citazione per tutti, qui quanto mai appropriata: quella di Merusi, e delle sue vibrante frasi con le quali, da ultimo ne «La privatizzazione per fondazioni tra pubblico e privato» (*Dir. amm.*, 2004, p. 447 e ss.), ha sostenuto che dalla qualificazione di un ente come organismo di diritto pubblico, e dagli indici che ne rivelano questa natura, si debba derivare anche la sua definizione come ente pubblico (si veda anche la presa di posizione di G. Greco, «Organismo di diritto pubblico, atto secondo: le attese deluse», nota a C.G.C.E. 10 novembre 1998, in causa C-360/96, in *Riv. it. dir. pubbl. comm.*, 1999, p.184). Ma, come si sa, e come riconosce lo stesso Merusi (*op. loc. cit.*), è maggioritario l'indirizzo che, pur non negando la stretta connessione tra le due figure, preferisce tenerle distinte: oggi, qui, abbiamo sentito le caute parole di Romano Tassone, e si può notare anche l'orientamento parimenti contrario di M. Chiti (*L'organismo di diritto pubblico e la*

nozione comunitaria di pubblica amministrazione, Bologna, 2000, p. 111). Le citazioni potrebbero moltiplicarsi; ma, per non appesantire il discorso, limiterò i richiami alle più recenti edizioni dei più diffusi manuali che hanno preso posizione al riguardo. Si ricorderanno i distinguo di Sorace (*Diritto delle pubbliche amministrazioni*, ristampa 2005, p. 243); e di Cerulli (*Principi di diritto amministrativo*, vol. I, 2005, p. 124), il quale, dopo aver rilevato che i tratti organizzativi e funzionali degli organismi di diritto pubblico sono assimilabili a quelli utilizzati per stabilire la natura pubblica di un ente, ciò nonostante li definisce come soggetti privati che, però, nascondono una sostanza pubblicistica. Il richiamo di queste parole di Cerulli mi pare qui particolarmente pertinente, perché riassume tanti rilievi che sono stati detti in questa giornata; e anche se si deve rinviare alle varie relazioni, per l'analisi dei limiti nei quali possano o debbano essere considerate tali le fondazioni che esercitino attività sostanzialmente amministrativa.

Per concludere brevemente, comunque, a proposito del problema qui talvolta evocato e ancor più spesso presupposto, del rapporto tra enti pubblici di casa nostra e organismi di diritto pubblico comunitari, direi anch'io che questo non può essere di identità: tali organismi sono figure solo di rilevanza settoriale, che il diritto comunitario ha delineato, per assicurare effettività ai vincoli di contrattazione che impone per gli appalti i quali solo genericamente possono dirsi pubblici.

Vi è una prima osservazione da fare, quanto mai banale, ma non per questo meno significativa: le direttive comunitarie sugli appalti pubblici, elencando i soggetti ai quali si applicano, collocano al primo posto gli enti pubblici (da questo punto di vista, lascia perplessa la sentenza del T.A.R. Lazio, Sez. III, 18/01/2005, n. 351, che sottrae all'applicazione di tali direttive la L.U.M.S.A., pur riconoscendo la natura di ente pubblico di tale università); e, allora, se esse sentono il bisogno di annoverare inoltre esplicitamente tali organismi, per completare la cerchia di tali soggetti, è ovvio che presuppongono che questa figura non sia totalmente assorbibile in quella precedente. È evidente la pochezza di questa argomentazione: l'esigenza che l'assunto sia sostenuto da altre, più solide e approfondite. Si dirà, allora, nell'estrema sintesi che l'occasione nella quale parlo impone, che la funzionalizzazione che è parsa tratto essenziale e caratterizzante la nostra nozione di ente pubblico, non coincide con i tre noti requisiti del-

l'organismo di diritto pubblico: di sicuro, si apparenta col fine di una entità avente personalità giuridica propria, consistente nella soddisfazione di bisogni di interesse generale non aventi carattere industriale e commerciale; ma più difficilmente può essere fatta coincidere con gli altri ugualmente prescritti. Sta di fatto che la logica della funzionalizzazione, che fonda la nostra nozione di ente pubblico, non è identica a quella delle ragioni che spingono tali direttive a sottoporre a se stesse anche enti che definisce diversamente: che paiono definibili solo per l'assenza nella loro scelte aventi rilevanza economica, di un sufficiente condizionamento da parte del mercato; non avrebbe senso, infatti, vincolarli a determinate procedure di contrattazione per la selezione del contraente e la determinazione delle condizioni di contratto, se la necessità del ricorso da parte loro al mercato e alla concorrenza fosse già imposto loro dall'esigenza che esse avessero, di perseguire comunque la loro convenienza imprenditoriale.

In conclusione, anche questa quanto mai sintetica: è indubbio che la maggior parte degli organismi di diritto pubblico, pur tenuti distinti dagli enti pubblici nelle direttive comunitarie, e definiti secondo determinati parametri ivi fissati, sono da riconoscersi come enti pubblici anche secondo le categorie del nostro diritto interno – e che, perciò, il dato normativo costituito dal richiamo ulteriore di tali organismi, aggiunge quantitativamente assai poco alla cerchia dei soggetti-enti pubblici già tenuti *in primis* ad applicare le direttive suddette; ma, ciò nonostante, è concettualmente più appropriato tenere separate le due nozioni: perché esse, al di là di ogni coincidenza dei risultati della loro applicazione, comunque sono definibili secondo criteri assai eterogenei.

6. *L'attività sostanzialmente amministrativa*

Dunque, le fondazioni come soggetti di per sé di diritto privato, siano o no da definirsi come organismi di diritto pubblico, ma che esplicano comunque attività sostanzialmente amministrativa. Però, non mediante provvedimenti. Perché, come si è detto, se poteri pubblicistici ineriscono già alla loro capacità giuridica, sia pure per così dire a geometria variabile, questa è già di per sé di diritto pubblico: pur se ne costituisse esplicitazione solo una parte della attività di tali enti; che, dunque, già solo per que-

sto, sono da qualificarsi pubblici, e pubblici *in toto*. Se, viceversa, poteri del genere fossero qualcosa di aggiunto ad una loro capacità che rimane privatistica, la loro attribuzione consisterebbe in una qualche investitura di tipo concessorio; anche se fosse disposta *ex lege*, come oggi accade di frequente: sembra esempio da questo punto di vista assai significativo, l'art. 14, comma 1, del d.l. 11/07/1992, n. 333 (convertito, con modificazioni, nella l. 8/08/1992, n. 359), il quale, disponendo la trasformazione in società per azioni di una serie di enti pubblici economici – i più importanti dei quali venivano indicati *nominatim* – ha consentito loro di proseguire le attività che precedentemente inerivano alla loro soggettività, ma solo «a titolo di concessione» (l'orientamento è stato confermato, un sede di riordino del sistema degli enti pubblici nazionali, dall'art. 3, comma 1, del d.l. 29/10/1999, n. 419, che, peraltro, inoltre prevede anche la possibilità di un titolo convenzionale).

Emerge così con grande evidenza la nozione di «attività sostanzialmente amministrativa», connotata comunque ed interamente da quella funzionalizzazione che si è visto essere necessaria caratterizzazione del “pubblico”: che ovviamente comprende quella che si estrinseca in provvedimenti (e, in questi limiti, è amministrativa anche formalmente), ma che è più ampia, perché vi va ascritta anche quella, parimenti funzionalizzata, che è realizzata con atti e negozi di diritto comune (e che, quindi, non lo è anche formalmente). Ed emerge parimenti la forte e crescente sua rilevanza giuridica, per effetto dei processi di privatizzazione, per quanto siano variamente aggettivati e diversamente intesi: ormai deve essere messa al centro di ogni ricostruzione del diritto amministrativo. L'evoluzione è marcata: in questo diritto, il fattore che campeggiava era quello soggettivo; sul presupposto che l'attività amministrativa era quella posta in essere pressoché esclusivamente da amministrazioni statali e da enti pubblici, per di più con una pressoché connotazione anche formale degli atti nei quali si estrinsecava. Ora si deve dire che è la nozione di attività oggettivamente amministrativa, quella dominante, e sulla quale va organizzata la materia: anche se priva di tale connotazione formale, e, soprattutto, pure se esplicita da soggetti privati.

Che si possa delineare una siffatta attività sostanzialmente amministrativa, ma in forma privatistica, ci è noto fin dallo scritto di Amorth già citato. Però l'attenzione di questo autore era focalizzata sul fenomeno per il

quale sono soggetti pubblici quelli che la pongono in essere: ugualmente per il perseguimento dei loro fini istituzionali: ossia che fini amministrativi possano essere perseguiti con strumenti privatistici. Viceversa, quel che l'evoluzione del diritto amministrativo rende evidente, è un diverso fenomeno, da descriversi piuttosto in termini capovolti, quello per il quale pure soggetti privati la esplicano: ossia, che dall'attività di soggetti genuinamente privati che, secondo i principi, è altrettanto genuinamente privatistica, va distinta e perimetrata una sua parte – rilevabile di solito soprattutto in soggetti da dirsi piuttosto privatizzati – che, almeno sostanzialmente, è amministrativa; perché tali soggetti, in limiti corrispondenti, sono investiti in un certo senso altrettanto istituzionalmente di ruoli pubblici: con una connotazione di questi per la quale sembrano inerire alla stessa capacità giuridica di tali enti, più che avere una derivazione estrinseca.

Nella legislazione di questi anni vi sono degli elementi che sostengono l'assunto. Ma alcuni sono ingannevoli.

Non mi baserei, infatti, per esempio, sugli accordi delineati dall'art. 11 della l. 241/90, sui quali C. Cost. 204/04 ha fatto salva la giurisdizione amministrativa esclusiva: perché, come la Corte stessa ha sottolineato per mantenerla, essi sono alternativi a provvedimenti. E, perciò, sono accordi aventi natura pubblicistica. Altro sono gli accordi di diritto pubblico, e altro sono gli accordi e i contratti di diritto comune. Bisogna rompere la correlazione tra "consensualità" e diritto privato: vi è, eccome, e sempre più ampia, una "consensualità" di diritto pubblico; e ciò sia detto senza che valga ammissione della configurabilità di un vero e proprio contratto di diritto pubblico.

Più pregnante sarebbe il richiamo del tanto discusso comma 1-*bis* del novellato art. 1, sempre della l. 241/90. Quale sia il campo della sua applicazione è quanto mai incerto; e non è sicuro neppure che esista (v., infatti, l'aspra critica di Merusi, «Il diritto privato della pubblica amministrazione alla luce degli studi di Salvatore Romano», in *Dir. amm.*, 2004, p. 649 e ss., specialmente p. 652 e ss.). E, invero, l'espressione secondo la quale «la pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privati» appare equivoca per chiari difetti di formulazione. O, quanto meno, polivalente. Dalla pluralità dei significati che se ne possono ricavare, qui è importante soprattutto questo, basato sulla possibilità, peraltro da dimostrare (il richiamo ai «principi del codice

civile in materia di obbligazioni e contratti» è operato, dal citato art. 11 della l. 241/90, a proposito di accordi di cui si è prima sostenuta la natura pubblicistica), che la locuzione “norme” (di diritto privato») posa risolversi in quella di “atti” (parimenti di diritto privato): che l’amministrazione può perseguire propri fini istituzionali anche con strumenti privatistici.

Tuttavia, assai più significativo di questo assunto è il dato positivo, fortunatamente non inciso dalla citata sentenza della Corte Costituzionale, secondo il quale sono soggetti alla giurisdizione amministrativa (esclusiva), gli atti delle procedure di contrattazione delle amministrazioni. Sembra interessante porci la domanda: qual è il fondamento sostanziale di questa soluzione sul piano delle tutele giurisdizionali? E la risposta che è stata data in dottrina, peraltro in atti ormai lontani, è quella della natura formalmente amministrativa di tali atti. Non ci sembra convincente. Piuttosto, questa spiegazione appare un espediente adottato per giustificare il raggiungimento di un risultato che, di per sé, era ed è quanto mai auspicabile: appunto, che sia il giudice amministrativo a sindacarli. Spiegazione che costituiva una strada obbligata a tal fine, nell’epoca in cui tale tesi fu costruita: quando sembrava salda la correlazione tra giurisdizione amministrativa e carattere formalmente amministrativo degli atti che vi sono sottoposti. Ma ora questa correlazione – anche questa correlazione – è in crisi. E, dunque, non è più un ostacolo solo aggirabile, e non anche francamente superabile all’accoglimento di una impostazione più rispettosa della natura delle cose: secondo la quale tali atti di contrattazione hanno sì carattere amministrativo, ma solo sostanzialmente, e non pure formalmente. Del resto, si ammetterà che è piuttosto ardito e azzardato definire come amministrativi anche formalmente, atti preordinati alla stipulazione di un contratto di diritto privato vero e proprio. E, d’altra parte, se si consolidasse la tesi della persistenza della giurisdizione amministrativa esclusiva sugli atti contrattazione degli ipotetici organismi di diritto pubblico non enti pubblici – dalla cui capacità giuridica esula, si direbbe per definizione, l’adozione di atti anche formalmente amministrativi – si svilupperebbe un argomento a favore del carattere amministrativo solo sostanzialmente di quegli atti medesimi.

Questi esempi di attività amministrativa solo sostanziale hanno un limite: riguardano casi nei quali il soggetto agente è pur sempre un’amministrazione (tranne l’ultimo accennato). Ma una volta confermata la configu-

rabilità della nozione, è facile la sua trasposizione anche alle ipotesi nelle quali tale soggetto abbia natura privatistica: tutta la vicenda del sempre più ampio trasferimento a questi di ruoli amministrativi addirittura lo impone (da questo punto di vista, è molto interessante, ma da analizzare con una attenzione che non le può essere qui dedicata, la decisione 18/05/2005, n. 1770, con la quale la Sez. VI del Consiglio di Stato ha affermato l'applicabilità delle regole dell'evidenza pubblica alle procedure di contrattazione sviluppate dalla Rai s.p.a. con contraenti diversi da soggetti che prestino servizi di telecomunicazione).

E, a questo proposito, le conferme nella recente legislazione sono assai significativi. Il più importante e incisivo è costituito dal comma 1-ter del già citato art. 1 novellato della l. 241/90: «I soggetti privati preposti all'esercizio di attività amministrativa assicurano il rispetto dei principi di cui al comma 1». Da questa norma, per il momento se ne trarrà una prima proposizione, che in un certo senso costituisce addirittura il presupposto di essa nella sua interezza: ci sono casi nei quali anche soggetti privati possono esplicare attività amministrativa. Del resto, è risaputo: il caso *Mededil* insegna. Ma solo quando questa attività è tale anche formalmente. Però, il ragionamento che si è sviluppato sembra consentire di estenderla anche all'attività che lo è solo sostanzialmente. Ed elementi di sostegno a questo ampliamento sembrano evidentemente ricavabili anche dalla lettera e del comma 1 del parimenti novellato art. 22 della l. 241/90: si intende «per "pubblica amministrazione", tutti i soggetti di diritto pubblico e i soggetti di diritto privato limitatamente alla loro attività di pubblico interesse».

7. L'attività sostanzialmente amministrativa di soggetti privati: limiti, e disciplina sostanziale e processuale

L'aver identificato una attività amministrativa, un'attività solo sostanzialmente amministrativa realizzata anche da soggetti privatistici – come le fondazioni oggi all'ordine del giorno –, anche se potesse risolvere un problema di teoria generale, di sicuro ne pone molti altri, assai concreti, e di pregnante quotidianità. Se ne accennerà a tre: crediamo i più importanti, che comunque oggi sono emersi e che, in ogni modo, sono quelli che sembrano venire prima alla mente.

Anzitutto, i limiti nei quali l'attività dei soggetti che sono e rimangono di diritto privato, sia pure di una particolare categoria, ossia di quelli investiti in un certo senso istituzionalmente di compiti amministrativi – l'attività e i soggetti che la pongono in essere studiati da De Leonardis in *Soggettività privata e azione amministrativa* (Cedam, Padova, 2000) –, può essere così qualificata. Un esempio per tutti: gli enti di gestione di forme obbligatorie di previdenza e di assistenza che il d.lg. 509/94 qualifica come ormai privati; anzi, la cui privatizzazione è l'oggetto e lo scopo dichiarato di questo intervento legislativo, perché un punto è certo: non può avere questa natura l'intera loro attività. Questi non possono non connotarsi come soggetti che, anzitutto, realizzano attività di diritto comune: altrimenti, dovrebbero essere francamente definiti come enti pubblici, e sia pure come enti pubblici aventi capacità solo privatistica; ciò che va assolutamente escluso: Napolitano oggi ci ha ammonito che il legislatore va preso sul serio; ossia, che non si può non tentare neppure di ricostruire in senso tendenzialmente privatistico enti e attività che esso così qualifica. E, allora, quale è la linea di demarcazione tra le due diverse nature della loro attività globale? In estrema sintesi, ma anche con minimo approfondimento, si vorrebbe dire: è sostanzialmente amministrativa l'attività con la quale essi perseguono i ruoli pubblici insiti nella loro soggettività, ed è anche sostanzialmente privatistica l'altra, a cominciare da quella con la quale essi si procurano i mezzi per la prima; per l'essenziale, quindi, costituzione e gestione dei rapporti di impiego (che sono da definirsi realmente e genuinamente privati, e non solo privatizzati), nonché provvista di mezzi e gestione del patrimonio (quando non abbiano una derivazione pubblicistica). Grosso modo, quel che diceva De Leonardis, molto meglio e con ben maggiore precisione.

Poi, la disciplina sostanziale di siffatta attività. E, qui, il dato di diritto positivo ormai saliente, è costituito dal già riportato comma 1-ter del novellato art.1 della l. 241/90: che la sottopone anche quando è realizzata da soggetti privati, agli stessi principi che, secondo il comma 1 del medesimo articolo, regolano «l'attività amministrativa» in quanto tale: s'intende, in quanto esplicita anzitutto da amministrazioni pubbliche. E, constatata questa identità di disciplina, il discorso si potrebbe arrestare qui. Senonché il solo richiamo alla disciplina dell'attività delle amministrazioni in generale appare insoddisfacente: perché è insoddisfacente la disciplina che la

disposizione richiamata pone al riguardo. Quel che mi lascia perplesso è l'imperfetta definizione del principio di legittimità nel quale, in fondo, si risolve l'intero diritto amministrativo. Mi colpisce che l'unico accenno esplicito alla legge riguarda la fissazione da parte sua dei fini che l'amministrazione deve perseguire. E, poi, vi è solo un riferimento alle "modalità" procedurali: rinvio che parrebbe alle regole giuridiche dei procedimenti, generali o specifiche di qualcuno di questi; che, peraltro, mi sembra troppo attenuato, perché soltanto estensivamente può essere così inteso. Non è neppure menzionato quel che del principio di legittimità è l'essenza: che l'amministrazione ha i poteri, e solo i poteri, che la legge e l'ordinamento nel suo complesso le attribuisce; e i li ha solo nei limiti nei quali la legge e l'ordinamento pone ad essi, contestualmente alla loro attribuzione all'amministrazione medesima. Inoltre, è apprezzabile il richiamo che il comma 1 in esame fa *nominatim* dei nuovi principi, tra l'altro, di pubblicità e di trasparenza, cui è sottoposta l'azione amministrativa: che devono dirsi nuovi, perché la nostra cultura giuridica li acquisito di recente. Ma mi pare che lo sia molto meno l'omissione dei richiami di altri principi: di quelli più risalenti nel tempo, che si vorrebbe ritenere tuttora non superati e, anzi, sempre basilari; non perché questa loro datazione più remota conferisca loro particolari patenti di nobiltà, ma perché sono quelli sui quali pur oggi si fonda il diritto amministrativo. Perché, ad esempio, non è ricordata l'imparzialità, altra regola cardine dell'attività amministrativa, per di più costituzionalizzata? Comunque, si vorrebbe precisare un aspetto essenziale della disciplina dell'attività (solo) sostanzialmente amministrativa: a proposito delle regole alla quale è sottoposta, sono più quelle dell'attività anche formalmente tale, che quelle proprie dei rapporti privatistici. Più le regole funzionali la cui violazione comporta l'eccesso di potere dell'atto, che quelle che disciplinano rapporti intersoggettivi, la cui violazione viene percepita dall'angolazione della buona fede e della correttezza. E, analogamente, devono essere più pubblicistiche che privatistiche le qualificazioni degli atti invalidi: illegittimità e annullabilità, più che illiceità e nullità.

Quale sia, infine, la terza delle più importanti questioni qui considerate, poste dalla configurazione di una attività amministrativa solo sostanzialmente e non anche formalmente, scaturisce evidente da queste ultime notazioni: quale debba essere il suo giudice. E, da esse, deriva con chiarezza

pure quale debba essere la sua soluzione: deve essere il giudice amministrativo. Sicuramente, la giurisdizione amministrativa, nella sua impostazione classica, aveva per oggetto provvedimenti, atti autoritativi in genere, e, quindi, attività amministrativa anzitutto in senso formale. Ma questo dato, percepito come dominante, assorbiva, anzi schiacciava, e, comunque, rendeva solo latente, un altro fattore: la funzionalizzazione pubblicistica dell'attività amministrativa così definita. Però, una volta che è emersa, e che ha anzi acquisito l'importanza e l'estensione che ha oggi l'attività amministrativa percepibile come tale (solo) in senso sostanziale, sembra intuibile che anche la giurisdizione amministrativa debba essere definitiva con una simmetrica e pari estensione: il giudice amministrativo come il giudice del rispetto da parte dell'amministrazione della funzionalizzazione intrinseca a tutta la sua attività sostanzialmente amministrativa, sia obiettivata in disposizioni (fondamentalmente, sull'organizzazione e sul procedimento), oppure rilevabile solo attraverso il vizio di eccesso di potere; fino al limite dei limiti stessi delle autonomie pubbliche e private degli enti pubblici, la garanzia del cui rispetto deve rimanere alla giurisdizione civile.

Conclusivamente, ci sia consentito di osservare solo questo: nell'epoca della privatizzazione dei soggetti e delle attività amministrative, quel che appare vitale perché una simile evoluzione possa svilupparsi con continuità col i caratteri del nostro ordinamento giuridico, inserendovisi armonicamente – ciò che, almeno a me, parrebbe essenziale –, è che il giudice amministrativo mantenga ben saldo il sindacato su una attività che solo in apparenza non è più amministrativa: ma che dal diritto amministrativo mantiene la sua vera e profonda natura, e ripete le regole e le qualificazioni essenziali. Questo risultato mi parrebbe di grandissima importanza: di importanza molto maggiore dalla posta in palio nelle battaglie di attrito che il giudice amministrativo attualmente conduce per ampliare al massimo la perimetrazione della sua giurisdizione *post* C. Cost. 204/04, aventi per oggetto principale il mantenimento, o il recupero di questa sui comportamenti amministrativi di fatto.

