

LORIANO MACCARI

Professore a contratto di Governo del territorio presso il Dipartimento di Giurisprudenza
Università di Urbino Carlo Bo
loriano.maccari@uniurb.it

**LE FORME ORGANIZZATIVE
DELL'AMMINISTRAZIONE PUBBLICAE LA TUTELA
DELLE POSIZIONI GIURIDICHE SOGGETTIVE**

**THE ORGANIZATIONAL FORMS OF THE PUBLIC
ADMINISTRATION AND THE PROTECTION
OF INDIVIDUAL RIGHTS**

SINTESI

Il proliferarsi di soggetti privati ai quali l'ordinamento giuridico ha attribuito lo svolgimento delle funzioni pubbliche (Consorzio, Società partecipate) ha sollecitato una riflessione sulla adeguatezza del sistema processuale per garantire livelli di tutela non inferiori a quelli riconosciuti nei confronti degli atti e dei comportamenti della pubblica amministrazione in senso tradizionale. Il tema dell'indagine è rivolto alla valutazione se nella impugnazione o nella censura dei comportamenti di un soggetto privato, che svolge funzioni pubbliche, siano deducibili in giudizio gli stessi vizi di legittimità in modo da garantire, quantomeno, un livello di tutela equivalente. Il dubbio più consistente si concentra sul vizio di incompetenza dell'organo che ha adottato o istruito il provvedimento finale, considerando che nei soggetti costituiti da un ordinamento privato potrebbe non ritenersi soddisfatto il dettato costituzionale di cui all'art. 97 Cost. "I pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge". Lo scopo dell'indagine è quello di pervenire, all'esito di una ricostruzione del percorso evolutivo della l. n. 241/90 all'affermazione secondo la quale il punto dirimente risiede, ai fini del riconoscimento di una tutela piena con livelli di garanzia non inferiori a quelli generali, non nelle caratteristiche costitutive del soggetto, bensì nella funzione ad esso attribuita.

ABSTRACT

The private subject's proliferation engaged in public duties (Consortium, Associated companies) called for a thought on the adequacy of procedural law compared to traditional administration. The point of that question is the possibility to challenge an administrative action with classic instruments, in order to ensure an equivalent legal protection. It is for this reason that art. 97

of Italian Constitution will be analyzed reconstructing the evolution of Italian law on administrative procedure (l. n. 241/90).

PAROLE CHIAVE: Legittimità, soggetto privato, amministrazione pubblica, tutela piena, tutela effettiva.

KEYWORDS: Legitimacy, private subject, public administration, full jurisdiction, effective protection.

INDICE: 1. L'evoluzione della forma dei soggetti – 2. La giustificazione costituzionale del fenomeno (artt. 5 e 118 Cost.) – 3. La tendenza dell'ordinamento ad adeguarsi all'evoluzione del fenomeno, da una soggettività individuata ad una soggettività diffusa.

1. L'evoluzione della forma dei soggetti

La disciplina sull'azione amministrativa ha affrancato con l'introduzione del comma 1 *ter* dell'art. 1 della l. 7 agosto 1990, n. 241 e del comma 1 dell'art. 29 della l. n. 241/90, definitivamente un fenomeno ormai diffuso, l'ingresso dei soggetti a struttura privata, per lo svolgimento di funzioni amministrative. La collocazione della norma, aggiunta nel contesto dei «*Principi generali dell'attività amministrativa*», anche a non voler valorizzare la sua felice formulazione, fa chiaramente intendere che siamo di fronte all'affermazione di portata generale rivolta ai «*I soggetti privati preposti all'esercizio di attività amministrative*». La seconda parte del testo impone perentoriamente anche ai soggetti privati «*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*».

Il richiamo espresso dei criteri e dei principi di cui al comma 1 comprende «*le modalità previste dalla presente legge e dalle altre disposizioni che disciplinano singoli procedimenti*», con la conseguenza che tutti i soggetti, a prescindere dalle loro forme organizzative e statutarie, devono osservare il principio di legalità nello svolgimento della funzione amministrativa.

L'art. 29 comma 1 della l. n. 241/90 stabilisce che «*Le disposizioni della presente legge si applicano, altresì, alle società con totale o prevalente capitale pubblico, limitatamente all'esercizio delle funzioni amministrative*».

Si può dunque subito concludere che le norme sull'azione amministrativa trovano applicazione nei confronti dei soggetti ai quali l'ordinamento giuridico ha attribuito lo svolgimento di funzioni amministrative, stante la dirimente collocazione del punto discriminante nella manifestazione dinamica del potere, a prescindere dalla forma costitutiva di chi lo esercita. Volge in questo senso anche l'impiego della congiunzione “altresì” a testimonianza della piena estensio-

ne di una disciplina a carattere generale. La giurisprudenza ha adeguatamente chiarito e ben interpretato la portata delle norme pervenendo a conclusioni perfettamente coerenti con il loro testo letterale e con la tendenza a individuare lo spartiacque del riparto di giurisdizione sulla natura della funzione svolta, anziché sulle caratteristiche costitutive dei soggetti protagonisti.

Il richiamo alla giurisdizione potrebbe apparire fuori tema, in realtà la pienezza della tutela viene concretamente in rilievo proprio nel processo e lo scopo di queste riflessioni è quello di offrire un'affidabile ricostruzione del sistema collegata fortemente all'assetto normativo, così come evolutosi con la riforma costituzionale del 2001, con la l. 11 febbraio 2005, n. 15 e con il d. lgs n. 2 luglio 2010, n. 104¹.

Correlativamente l'art. 7 del d. lgs. n. 104/2010 individua la giurisdizione del Giudice amministrativo muovendo dall'esercizio o mancato esercizio del potere amministrativo, valorizzando la funzione amministrativa nel suo momento dinamico.

Il comma 2 puntualizza 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*». L'avverbio “comunque” rafforza l'omnicomprensività del sistema verso tutti i soggetti ai quali l'ordinamento attribuisce lo svolgimento di pubbliche funzioni e si presta per essere applicato anche a nuove e sopravvenute figure di pubblica amministrazione in senso soggettivo, definibili a geometria diversificata.

2. La giustificazione costituzionale del fenomeno (artt. 5 e 118 Cost.)

L'ultimo comma dell'art. 118 Cost. prevede che «*Stato, regioni, città metropolitane, province e comuni favoriscono l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale sulla base del principio di sussidiarietà*», contiene una norma programmatica destinata nel tempo ad aprire il sistema della pubblica amministrazione a nuovi soggetti.

Il loro moltiplicarsi è riconducibile ad un ampio concetto di autonomia, ormai riconosciuta a tutti i beneficiari di un'affrancazione pubblica, che hanno acquistato la capacità di dettare le regole per la propria organizzazione e per in-

¹ La riforma costituzionale ha accentuato il pluralismo amministrativo e la sussidiarietà orizzontale, la l. n. 15/2005 ha istituito l'art. 3 comma 1 *ter* e il Capo IV *bis* della l. n. 241/1990. Il d. lgs. n. 104/2010 ha delimitato l'ambito della giurisdizione ispirandola al momento dinamico dell'esercizio della funzione amministrativa (art. 7).

staurare dei rapporti con altri soggetti. Si tratta della concretizzazione di una idea ampiamente rappresentata anche in passato da autorevole dottrina.

Nei primi anni settanta Giannini aveva sostenuto che la locuzione «*esercizio privato di pubbliche funzioni o di pubblici servizi*» non rappresenta una nozione giuridica propria, ma piuttosto un'espressione verbale per raccogliere un insieme di figure, moduli, formule, attinenti all'organizzazione amministrativa espressa non direttamente dall'ente pubblico titolare della funzione o del servizio².

Benvenuti ha descritto la pubblica amministrazione in senso soggettivo un sistema composto di un numero non definito di componenti, non identificabili, se non in ragione della funzione che svolgono in un dato momento storico, taluni di essi sconosciuti e suscettibili di incremento³.

Oggi sarebbe particolarmente difficile immaginare un elenco di soggetti di pubblica amministrazione, in un preciso riferimento temporale, in ragione dell'apertura del sistema in senso dinamico alla moltiplicazione dei medesimi in funzione di quello che concretamente svolgono con pubblico riconoscimento.

Possiamo ragionevolmente limitarci ad alcuni esempi idonei ad introdurre i temi trattati, quali: i Consorzi di Bonifica, le SOA (Società Organismi di Attestazione), le cooperative edilizie per la realizzazione degli alloggi di edilizia residenziale, la soc. RFI, Fincantieri, le aziende speciali.

3. La tendenza dell'ordinamento ad adeguarsi all'evoluzione del fenomeno, da una soggettività individuata ad una soggettività diffusa

La tendenza muove dalla oggettivizzazione della funzione amministrativa, nel senso che le regole applicabili al suo svolgimento dipendono dalla sua qualificazione, a prescindere dalle forme costitutive del soggetto che la svolge.

Dopo queste riflessioni all'interprete è attribuito il compito di disegnare il percorso del ragionamento che dovrebbe condurre ad assicurare, quantomeno i medesimi livelli di tutela, nei confronti dell'azione amministrativa svolta da soggetti a cuore privato. In altre parole occorre affermare in via definitiva la piena sindacabilità dei provvedimenti adottati da tali soggetti, con lo stesso corredo di strumenti che l'ordinamento ha tradizionalmente offerto nella storia della Giustizia amministrativa, per la tutela delle posizioni soggettive incise dall'esercizio o dal mancato esercizio del potere.

² M. S. GIANNINI, *Scienza dell'Amministrazione Pubblica*, 11 Vol., Vicenza 1967/1969.

³ «*La Pubblica amministrazione e ciò che essa appare in base a ciò che essa fa*», v. F. BENVENUTI, *Disegno della amministrazione italiana. Linee positive e prospettive*, Padova, Cedam, 1996, p. 100.

La riforma introdotta con la l. n. 15/2005, che prevede la codificazione dei vizi di legittimità del provvedimento amministrativo, contenuta nel Capo IV *bis* della l. n. 241/90, comprende, evidentemente non a caso, l'art. 1 comma 1 *ter* e l'art. 29 comma 1.

Il legislatore, con la norma di cui al comma 1 *ter*, ha inteso dotare il sistema di uno strumento idoneo a creare le regole nel procedimento, che gioco-forza si riverberano nella definizione orizzontale del sindacato del Giudice amministrativo, esercitato nell'ambito dei vizi definiti nell'art. 21 *octies* della l. n. 241/90, nei confronti dei provvedimenti a chiunque riconducibili, a prescindere dall'anima del soggetto che li ha adottati.

La definizione delle regole del corretto svolgimento della funzione amministrativa consente, nel processo, il rilievo della loro violazione, nell'ambito dei vizi di legittimità.

Questa conclusione sembra rappresentare l'effetto conseguente del sottolineato obbligo contenuto nel comma 1 *ter* a carico de «*I soggetti privati preposti dall'esercizio di attività amministrative*».

La felice locuzione “preposti” usata come sostantivo, lascia chiaramente intendere che la norma si rivolge ai soggetti comunque investiti dall'ordinamento di una funzione amministrativa.

Essa si adatta anche ad una interpretazione in senso dinamico, perché consente di riferirsi ad una entità titolare di compiti collocati fra le finalità per il raggiungimento dell'interesse generale fissato dalla legge.

Questa saldatura dovrebbe collegare l'ordinamento procedimentale con quello processuale, consentendo la deducibilità nel processo, anche nei confronti dei provvedimenti adottati da soggetti privati, delle medesime censure storicamente previste verso i tradizionali enti di diritto pubblico.

L'ordinamento si è preoccupato di offrire una garanzia di livello non inferiore a quello cui sono tenute le pubbliche amministrazioni tradizionali. Tale conclusione è autorizzata anche dalla portata dell'art. 21 *octies* intestato «*Annulabilità del provvedimento*» laddove consente una valutazione postuma in sede processuale, circa il contenuto del provvedimento finale adottato in violazione delle garanzie procedimentali.

Questa possibilità costituisce l'anello di congiunzione fra la fase procedimentale e quella processuale e all'interprete non sembra ragionevolmente consentito di immaginare una forma di tutela depotenziata, limitata ai vizi di eccesso di potere e violazione di legge.

Una certa riluttanza è pienamente giustificabile dalla riserva di legge contenuta nell'art. 97 comma 2 Cost. relativamente alla organizzazione dei pubblici

uffici. Gli atti costitutivi e gli statuti degli assetti societari o consortili sono solo ispirati alla disciplina del codice civile, che peraltro consente un'ampia autonomia contrattuale, con la conseguenza che le attribuzioni dei singoli organi, assemblea, consiglio od altri, non è attribuita per legge, ma in base alla legge⁴.

Questa è la ragione che sollecita la più importante riflessione che non ha consentito la piana affermazione della deducibilità in via giurisdizionale anche del vizio di incompetenza. Tuttavia in questo senso si può affermare che l'ordinamento con la riforma del Titolo V della Costituzione ha introdotto significative aperture verso le autonomie locali, come si ricava dall'art. 4 della l. Cost. 5 giugno 2003, n. 131 (c.d. Legge La Loggia)⁵.

Un ragionamento approfondito, che dovrebbe condurre alla affermazione di una legalità diffusa rilevante anche nel contesto delle attribuzioni dei singoli organi a contesti privati, sarebbe afflitto da dubbi interpretativi che lo renderebbero scarsamente affidabile. Invece, l'estensione in blocco della disciplina contenuta nell'art. 1 comma 1 *ter* non autorizza una conclusione incerta, anche se autorevole dottrina ha legittimamente manifestato dei dubbi in tal senso⁶.

In questo contesto la legalità si estende anche all'osservanza delle norme che regolano lo svolgimento interno dell'attività dei soggetti privati contenute nei rispettivi statuti e regolamenti quando conduce all'adozione dei provvedimenti amministrativi⁷.

Le regole del funzionamento interno della persona giuridica possono incidere anche sul corretto svolgimento della funzione e la loro violazione po-

⁴ I. PIAZZA, *La disciplina dell'attività amministrativa di soggetti privati tra autonomia organizzativa e garanzie degli amministrati*, in *Diritto Amministrativo*, 2-3/2015, p. 541. L'autore si è preoccupato di chiarire che la rilevanza del dato organizzativo interno non può essere svincolata da previsioni di rilievo pubblicistico ed ha finalità specifiche di tutela dei destinatari dell'atto segnalando il rischio di dare rilievo, anche processuale, a elementi che sul piano contenutistico non sono privi di un apprezzabile contenuto garantistico, ma non ha neppure attinenza con il versante funzionale. Perviene alla conclusione che né sul piano teorico, né su quello pratico, si può escludere in assoluto il vizio di incompetenza degli atti dei soggetti privati che costituiscono esercizio di un pubblico potere.

⁵ Porta il nome del Ministro proponente. Il disegno di legge è intitolato «*Adeguamento dell'ordinamento della Repubblica alla Legge costituzionale 18/10/2001 n. 3*». Il disegno di legge è stato convertito con l. 5 giugno 2003, n. 131.

⁶ Cfr. ID., op. cit. In particolare, si è posto il problema se le norme contenute negli atti costitutivi dei soggetti privati che svolgono funzioni pubbliche siano opponibili ai terzi ed efficaci *erga omnes* onde consentire il sindacato di legittimità sotto il profilo dell'incompetenza. Riflessione enunciata anche da E. FOLLIERI, *Gli atti soggettivamente privati e oggettivamente amministrativi, con particolare riferimento al sindacato giurisdizionale*, in S. PERONGINI (a cura di), *Al di là del nesso autorità/libertà: tra legge ed amministrazione*, Torino, Giappichelli, 2017, pp. 327-336.

⁷ Al soggetto privato viene chiesto di rendersi protagonista dell'imparzialità contro la sua naturale indole. Sul punto si richiamano le riflessioni di B. GILIBERTI, *Il Merito amministrativo*, Padova, Cedam, 2013, p. 44.

trebbe collocarsi nella figura dell'eccesso di potere. In questo caso l'attenzione si sposterebbe semplicemente dalla violazione di legge a quella di eccesso di potere sotto il profilo della funzione, con analoghi effetti dal punto di vista pratico.

Del resto l'art. 111 Cost. garantisce «*La tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi dinanzi all'ordine di giustizia ordinaria e amministrativa*», stabilendo il divieto di esclusioni o limitazioni «*a particolari mezzi di impugnazione o per determinate categorie di atti*».

La pienezza della tutela deve dunque comprendere, senza limitazione alcuna, anche i provvedimenti adottati da soggetto privato nell'esercizio della funzione pubblica⁸.

La giurisprudenza, sia del Giudice ordinario, che di quello amministrativo hanno, come il legislatore del codice del processo, sottolineato ai fini della individuazione della giurisdizione, la riconducibilità del provvedimento o del comportamento all'esercizio del pubblico potere⁹.

Le conclusioni alle quali si perviene sono coerenti con la lettura delle norme sopra descritte, nel senso che il richiamo dell'intero corpo normativo della legge, che disciplina, in generale l'azione amministrativa, ad opera della

⁸ E. FOLLIERI, *Gli atti soggettivamente privati e oggettivamente amministrativi*, op. cit. In particolare, l'autore ha affermato che «*E comunque l'organizzazione del soggetto privato, per effetto della funzionalizzazione amministrativa (di parte) della sua attività, diviene rilevante verso i terzi, anche al fine della deduzione del vizio di incompetenza. Non solo, ma il soggetto privato deve seguire i passaggi procedurali della legge n. 241/1990 e documentali per iscritto perché la mancanza di questi atti endoprocedimentali rende illegittima l'attività svolta, ciò in conseguenza, rende ostensibile e sindacabile l'attività del privato*». Nel senso dell'obbligo di rispettare tutte le scansioni procedurali A. MALTONI, *Il Conferimento di potestà pubbliche ai privati*, Torino, Giappichelli, 2005, p. 502, nota 27.

⁹ Corte Costituzionale n° 35 del 2010 e n° 191 del 2006; Consiglio di Stato, Sez. VI, 30 settembre 2015, n. 4545: «*La legge sul procedimento amministrativo ha portata ed applicazione universale, onde gli istituti giuridici dalla stessa introdotti devono trovare indistinta applicazione in relazione a tutti i procedimenti amministrativi previsti da leggi pregresse, siano esse di fonte statale o regionale. Anche nei procedimenti amministrativi previsti da leggi regionali, i principi della legge generale sul procedimento amministrativo trovano applicazione; a fortiori, pertanto quel modello procedimentale deve trovare applicazione in relazione ad un procedimento previsto da una fonte normativa statale di rango secondario che, nella specifica materia dell'approvazione dei progetti riguardanti la nautica da diporto in cui sono coinvolti una pluralità di soggetti portatori di interessi pubblici differenziati, ha richiamato l'istituto della conferenza di servizi proprio per assicurare agibilità, concertazione e speditezza all'azione amministrativa. Nessun dubbio pertanto sulla applicabilità alla fattispecie di causa del disposto di cui all'art. 14-quater, comma 3 della legge n. 241 del 1990*»; cfr. Corte di Cassazione, SS.UU., 22 dicembre 2011, n. 28330: «*In definitiva ciò che è comunque essenziale è la riconducibilità dell'atto, del provvedimento o del comportamento all'esercizio di un pubblico potere...*»; TAR Lazio - Roma, Sez. II, 7 luglio 2006, n. 5540: «*gli atti delle procedure ad evidenza pubblica sono oggettivamente amministrativi ancorchè poste in essere da stazioni appaltanti formalmente private, di talchè tali soggetti assurgono, limitatamente agli atti di gara, ad amministrazioni pubbliche in senso oggettivo*», cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 30 settembre 2015, n. 4545; Cons. Stato, Sez. VI, 5 giugno 2003, n. 3124; Cons. Stato, Sez. VI, 17 febbraio 2003, n. 843; Cons. Stato, Sez. VI, 28 ottobre 1998, n. 1478.

modifica del 2005, comporta nei confronti dei provvedimenti adottati da soggetti privati nell'esercizio di funzioni pubbliche la medesima pienezza della tutela giurisdizionale.