

ENRICO ZAMPETTI

Ricercatore di tipo B presso l'Università di Siena

enzampetti@gmail.com

**RIFLESSIONI IN TEMA DI SOGGETTIVITÀ E
ATTIVITÀ AMMINISTRATIVA DI DIRITTO PRIVATO E
PRINCIPIO DI SUSSIDIARIETÀ ORIZZONTALE**

**REFLECTIONS ON SUBJECTIVITY AND ADMINISTRATIVE
ACTIVITY OF PRIVATE LAW AND PRINCIPLE OF “HORIZONTAL”
SUBSIDIARITY**

SINTESI

Il contributo si propone di esaminare gli ambiti nei quali l'azione amministrativa è interessata dal diritto privato, con particolare riferimento all'attività amministrativa di diritto privato, all'esercizio di pubbliche funzioni da parte di soggetti privati e alle attività d'interesse generale svolte da privati in applicazione del principio di sussidiarietà. Più esattamente, l'articolo sottolinea come l'applicazione del diritto privato debba necessariamente confrontarsi con il nucleo essenziale dei principi costituzionali d'imparzialità e buon andamento, al quale l'attività amministrativa resta comunque assoggettata in ragione del vincolo funzionale. Ciò segna l'urgenza di nuovi inquadramenti teorici che, al di là della rigida contrapposizione diritto pubblico e diritto privato, possano dare adeguatamente conto della complessità e varietà di un fenomeno amministrativo caratterizzato dagli aspetti funzionali dell'azione.

ABSTRACT

The paper aims to examine the areas in which administrative procedure is affected by private law, with particular reference to the administrative activity of private law, to the exercise of public functions by private subjects and to activities of general interest carried out by private individuals in application of the principle of subsidiarity. More precisely, the paper underlines how the application of private law must necessarily be compared with the essential core of the constitutional principles of impartiality and good progress, to which the administrative activity is subjected anyway due to the functional constraint. This marks the urgency of new theoretical frameworks which, beyond the rigid opposition of public law and private law, can adequately take into account the complexity and variety of an administrative phenomenon that is characterized by the functional aspects of the action.

PAROLE CHIAVE: attività amministrativa – diritto privato – principio di sussidiarietà – soggettività privata – vincolo funzionale.

KEYWORDS: administrative activity – private law – principle of subsidiarity – private subjectivity functional aspect.

INDICE: 1. Premessa. – 2. Attività amministrativa e diritto privato. – 3. Attività amministrativa esercitata da soggetti privati. – 4. Attività d'interesse generale e principio di sussidiarietà orizzontale. – 5. Considerazioni conclusive.

1. Premessa.

È noto che il ricorso alle forme del diritto privato caratterizza ormai diversi ambiti dell'attività amministrativa. Un primo ambito è quello dell'attività di diritto privato della pubblica amministrazione, nelle sue varie e diverse declinazioni. Un secondo è rappresentato dallo svolgimento di attività amministrative da parte di soggetti privati, secondo il modello tradizionale dell'esercizio privato di pubbliche funzioni. Un terzo è segnato dall'operatività del principio di sussidiarietà orizzontale, che vede soggetti privati svolgere attività d'interesse generale variamente intese. In tutti questi ambiti, l'impiego del diritto privato si giustifica per il carattere non autoritativo dell'attività o per la natura del soggetto agente. Non è, tuttavia, escluso che, talvolta, il diritto privato possa sostituire il diritto pubblico anche nelle funzioni amministrative autoritative, quando ciò sia previsto dalla legge e si riveli funzionale al perseguimento dell'interesse generale.

Senonché, proprio i tre ambiti delineati evidenziano come l'applicazione del diritto privato debba necessariamente confrontarsi con il nucleo essenziale dei principi costituzionali d'imparzialità e buon andamento, al quale l'attività amministrativa resta pur sempre assoggettata in ragione del vincolo funzionale che la contraddistingue. Si potrà obiettare che si tratta di considerazione ormai scontata sulla quale non è necessario indugiare. Così, però, non è per varie ragioni. Anzitutto perché, anche di recente, vengono offerte ricostruzioni volte a preservare, all'interno dell'ordinamento amministrativo, “*il senso stesso della distinzione tra diritto pubblico e diritto privato*”¹, o comunque a valorizzare l'applicazione all'attività amministrativa dei principi di diritto comune². In secondo luogo, perché la questione generale del regime giuridico dell'azione amministrativa deve ancora compiutamente misurarsi con le attività d'interesse generale espletate in applicazione del principio di sussidiarietà. In terzo luogo, perché si avverte l'urgenza di nuovi inquadramenti teorici che, al di là della ri-

¹ A. MOLITERNI, *Amministrazione consensuale e diritto privato*, Napoli, Jovene, 2016.

² L. LORENZONI, *I principi di diritto comune nell'attività amministrativa*, Napoli, Jovene, 2018.

gida contrapposizione diritto pubblico e diritto privato, diano adeguatamente conto della complessità e varietà di un fenomeno amministrativo pur sempre caratterizzato dagli aspetti funzionali dell'azione. Queste ragioni sembrano, dunque, sufficienti per giustificare un'ulteriore riflessione sul tema, a partire dai tre ambiti indicati che, ciascuno nella sua specificità, destano tuttora i maggiori e controversi aspetti di criticità.

2. Attività amministrativa e diritto privato.

Che l'attività amministrativa possa esplicitarsi attraverso il diritto privato è attualmente codificato nella legge generale sul procedimento amministrativo, la quale, all'articolo 1, co. 1 *bis*, dispone espressamente che “*la pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente*”. Sull'esatta portata della previsione si è già più volte, e ripetutamente, confrontata la dottrina e non è certo questa la sede per esaminare compiutamente gli aspetti di perplessità rivelati dalla norma³.

È, però, utile svolgere alcune osservazioni per coglierne l'impatto sulla disciplina generale dell'azione amministrativa.

Una prima considerazione è che il co. 1 *bis* abbia una scarsa portata innovativa, dal momento che, anche in sua assenza, non sarebbe dubitabile che le amministrazioni pubbliche siano dotate di una capacità d'agire di diritto comu-

³ F. DE LEONARDIS, *I principi generali dell'attività amministrativa*, in *L'azione amministrativa*, a cura di A. Romano, Torino, Giappichelli, 2016, 95 ss.; M. GOLA, *L'applicazione delle norme del diritto privato*, in *Il codice dell'azione amministrativa*, a cura di M.A. Sandulli, Milano, Giuffrè, 2017, 209 ss.; V. CERULLI IRELLI, *L'amministrazione "costituzionalizzata" e il diritto pubblico della proprietà e dell'impresa*, Torino, Giappichelli, 2019, 108 ss.; ID., *Amministrazione pubblica e diritto privato*, Torino, Giappichelli, 2011; A. MOLITERNI, *Amministrazione consensuale e diritto privato*, cit.; F. FRANCIOSI, *Dalla legge sul procedimento amministrativo alla legge sul provvedimento amministrativo (sulle recenti modifiche ed integrazioni recate dalla legge n. 15/2005 alla l. n. 241/1990)*, in *Giustamm.it*, 1/2015; G. NAPOLITANO, *L'attività amministrativa e il diritto privato*, in *Giorn. dir. amm.*, 5/2005, 481 ss.; ID., *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2003; G. GRECO, *L'azione amministrativa secondo il diritto privato*, in *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, a cura di V. Cerulli Irelli, Jovene, Napoli, 2006, 69 ss.; con riferimento al tema prima della legge n. 15 del 2015, si veda F. TRIMARCHI BANFI, *Il diritto privato dell'amministrazione pubblica*, in *Dir. amm.*, 2004, 661 ss.; F. MERUSI, *Il diritto privato della pubblica amministrazione alla luce degli studi di Salvatore Romano*, in *Dir. amm.*, 2004, 649 ss.; ID., *sentieri interrotti della legalità*, Bologna, Il Mulino, 2007; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Regime giuridico dell'attività amministrativa e diritto privato*, in *Dir. pubbl.*, 2003, 405 ss.; ID., *Contributo allo studio del principio contrattuale nell'attività amministrativa*, Torino, Giappichelli, 1997; F.G. COCA, *Attività amministrativa*, in *Enc. Dir.*, agg. VI, Milano, Giuffrè, 2000, 75 ss.; per la dottrina più risalente, A. AMORTH, *Osservazioni sui limiti all'attività amministrativa di diritto privato*, Padova, Cedam, 1938; per l'inquadramento storico, B. SORDI, *Pubblica amministrazione, negozio, contratto: universi e categorie ottocentesche a confronto*, in *Dir. amm.*, 1995, 483 ss.

ne che consenta loro di utilizzare i moduli privatistici nell'esercizio delle rispettive attività⁴. Altrettanto indubbio è che l'attività amministrativa secondo il diritto privato sia anch'essa, al pari di quella autoritativa, vincolata al perseguimento degli interessi pubblici previsti dalla legge e che, nell'esercizio di tale attività, l'amministrazione sia chiamata a rispettare, nelle diverse declinazioni che possano assumere, i principi generali di buon andamento e imparzialità sanciti a livello costituzionale⁵. Ciò è confermato dal primo comma dell'articolo 1, secondo il quale «*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 e dalle altre disposizioni che disciplinano singoli procedimenti, nonché dai principi dell'ordinamento comunitario*», laddove per «attività amministrativa» deve intendersi sia l'attività autoritativa, sia l'attività che si concretizza nell'espletamento di un servizio pubblico, sia l'attività c.d. *iure privatorum*, quantomeno quella tradizionalmente definita come attività amministrativa di diritto privato⁶. In questa prospettiva, il co. 1 *bis* avrebbe soltanto ribadito che l'attività volta al perseguimento dell'interesse pubblico può svolgersi anche nelle forme del diritto privato, nei limiti in cui la legge non preveda che una determinata attività debba essere esercitata autoritativamente. Verrebbe così san-

⁴ F. FRANCIOSI, *Dalla legge sul procedimento amministrativo alla legge sul provvedimento amministrativo (sulle recenti modifiche ed integrazioni recate dalla legge n. 15/2005 alla L. n. 241/1990, cit., secondo cui il co. 1-bis potrebbe volere soltanto chiarire che «l'amministrazione gode della generale capacità di diritto privato riconosciuta alle persone giuridiche, e non richiede l'attribuzione di un potere nominativo per poter agire iure privatorum (cosa che si escludeva nei primi del secolo scorso); fermo restando che, tanto se agisca iure privatorum, quanto se agisca iure imperii, l'azione rimane sempre "amministrativa", finalizzata cioè alla cura concreta dell'interesse pubblico».*

⁵ Si veda, in particolare, C. MARZUOLI, *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Giuffrè, Milano, 1982; F. MERUSI, *Il diritto privato della pubblica amministrazione alla luce degli studi di Salvatore Romano*, cit., 649 ss., che si occupa di verificare l'adattabilità al diritto amministrativo della teoria istituzionale del diritto, con particolare riferimento all'opera di Salvatore Romano e all'elaborazione della categoria dell'atto esecutivo. Più precisamente, nel rilevare l'operatività del principio di legalità, l'A. evidenzia che, a fronte della legge che predetermina l'agire della pubblica amministrazione, «gli atti della pubblica amministrazione, anche se espressi in forme di diritto privato, non potrebbero essere negozi, cioè atti normativi, bensì atti esecutivi, cioè atti del tutto simili agli atti amministrativi, con le caratteristiche e le problematiche proprie degli atti amministrativi». Da qui, l'A. sottolinea l'inutilità di un'eventuale norma che preveda l'applicazione generale del diritto privato per gli atti non autoritativi, rilevando che «se rimane il principio di legalità (e la legge generale sul procedimento amministrativo pare che sia stata scritta apposta) l'atto, ancorché non autoritativo, di diritto privato di una pubblica amministrazione non può che essere un atto esecutivo, il quale, ancorché di diritto privato, essendo esecutivo, è del tutto simile ad un tradizionale atto amministrativo. Forse ci sarà qualche cambiamento solo nella modulistica...».

⁶ Si veda, per questa classificazione, A. AMORTH, *Osservazioni sui limiti all'attività amministrativa di diritto privato*, cit., 489, nonché C. MARZUOLI, *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, cit., 57 ss.

cita, sul piano generale, la riduzione del conflitto autorità – libertà progressivamente emersa nella concreta esperienza storica, sociale e giuridica, già ben colta dalle teoriche sull'amministrazione "paritaria" e, in qualche misura, dalle concezioni oggettive del potere amministrativo (su questi aspetti si tornerà più avanti)⁷.

Resterebbe il problema d'individuare esattamente cosa debba intendersi per atto non autoritativo, dal momento che il co. 1 *bis* circoscrive l'utilizzabilità del diritto privato all'adozione di "atti non autoritativi". La questione non è di agevole soluzione poiché resta ancora perplesso il concetto stesso di autoritatività, ora intesa come esercizio di potere amministrativo, ora come unilateralità, ora come esercizio di potere discrezionale⁸. Ad ogni modo, significative indicazioni possono trarsi dalla legislazione positiva, nella misura in cui determinati atti sono assoggettati al regime del diritto privato o del diritto pubblico, anche a prescindere dalla loro naturale appartenenza all'uno o all'altro dei due rami del diritto⁹.

Rimarrebbe aperta anche la questione della sostituzione dell'attività autoritativa con l'attività di diritto privato¹⁰, ma, anche in tal caso, la soluzione si può in parte desumere dal diritto positivo, laddove sia prevista la possibilità di utilizzare alternativamente il modulo pubblicistico e il modulo privatistico¹¹. Non sembra che in tal senso sia di particolare ausilio l'articolo 11 della legge n.

⁷ Il riferimento è, in particolare, agli studi di F. BENEVENUTI sull'amministrazione "paritaria", *Per un diritto amministrativo paritario*, in *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, Padova, Cedam, 1975, 807 ss.; ID., *L'amministrazione oggettiva: un nuovo modello*, in *Riv. trim. di Scienza dell'amm.*, 1978, 6 ss.; ID., *Il nuovo cittadino*, Venezia, Marsilio, 1994.

⁸ F. DE LEONARDIS, *I principi generali dell'attività amministrativa*, in *L'azione amministrativa*, cit., 97, il quale sottolinea che l'ambito di applicazione della norma potrebbe riguardare «quella zona grigia rappresentata dai provvedimenti favorevoli (concessioni, sovvenzioni, ecc.), dagli accordi ex art. 11 legge n. 241/1990, dai bandi di gara, dai bandi di concorso, dagli atti di esclusione da una gara o da un concorso, dai provvedimenti di conferimento dell'incarico dirigenziale, dalle certificazioni e dichiarazioni di scienza, dai contratti relativi a rapporti di godimento e di suo di beni demaniali al di fuori della loro specifica destinazione (quali esercizi commerciali, ristorazione, ecc.) nella quale l'inclusione nell'una o nell'altra delle categorie dipende dalla concessione di autoritarietà che si sposa»; V. CERULLI IRELLI, *L'amministrazione "costituzionalizzata" e il diritto pubblico della proprietà e dell'impresa*, cit., 125 ss.; G. NAPOLITANO, *L'attività amministrativa e il diritto privato*, cit., 485.

⁹ Si pensi, ad esempio, agli atti delle procedure di gara per l'aggiudicazione degli appalti pubblici che, sebbene privi di carattere autoritativo, sono sottoposti alla disciplina sull'evidenza pubblica; viceversa, gli atti di gestione del rapporto di lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione, tradizionalmente attratti nell'orbita del diritto pubblico, sono stati successivamente "privatizzati", come attualmente confermato dal d.lgs. n. 165 del 2001.

¹⁰ Sulla quale, si veda per tutti A. AMORTH, *Osservazioni sui limiti all'attività amministrativa di diritto privato*, cit., 455 ss.

¹¹ Si veda, ad esempio, l'articolo 20, co. 9, d.P.R. 8 giugno 2001 n. 327 che prevede la cessione volontaria del bene in luogo del provvedimento espropriativo.

241 del 1990 in materia di accordi “integrativi o sostitutivi del provvedimento”, che, pur nella sua attuale portata di norma generale, riguarderebbe comunque una modalità di esercizio del potere attratta nel diritto pubblico, quantomeno in relazione alla scelta a monte di addivenire alla stipula dell’accordo¹². Va da sé che, in assenza di un’ autorizzazione legislativa a utilizzare alternativamente il diritto privato, la questione dovrebbe misurarsi con il principio di legalità e tipicità degli atti amministrativi, involgendo aspetti di ben più alta complessità e portata.

Una seconda considerazione riguarda gli effettivi spazi applicativi del diritto privato in relazione ad un’attività funzionalizzata al perseguimento d’interessi generali. In taluni casi è la legge a risolvere il problema quando conforma in senso pubblicistico attività di per sé non autoritative, che restano così sottratte alla piena applicazione del diritto privato. Si pensi, solo per alcuni esempi, alla disciplina sulla formazione della volontà negoziale nell’ambito dei contratti pubblici, ad alcuni poteri unilaterali riconosciuti all’amministrazione nella fase di esecuzione del contratto o degli accordi ex articolo 11 l. n. 241 del 1990, o ancora, con riferimento a discipline più attuali, alle previsioni del d.lgs. n. 175 del 2016, Testo unico sulle società pubbliche, che pongono specifici limiti alla capacità d’agire dell’amministrazione¹³. Nei casi in cui la legge non disponga in tal senso, il vincolo funzionale rende l’attività *iure privatorum* comunque soggetta ai principi costituzionali di buon andamento e imparzialità¹⁴, nelle rispettive e diversificate declinazioni, imponendo all’amministrazione il perseguimento di scelte trasparenti, conoscibili, adeguatamente ponderate nella considerazione dei fatti e degli interessi in gioco, efficienti ed economiche rispetto al risultato da conseguire. Non è del resto un caso che, proprio al fine di garan-

¹² V. CERULLI IRELLI, *L’amministrazione “costituzionalizzata” e il diritto pubblico della proprietà e dell’impresa*, cit., 130, il quale evidenzia che «il modulo negoziale nell’azione amministrativa resta differenziato dall’accordo di diritto pubblico, e salve le deroghe poste dalla normazione pubblicistica, resta nell’ambito del diritto comune»; si veda al riguardo anche Corte cost., 6 luglio 2004 n. 204, in www.cortecostituzionale.it.

¹³ Si consideri l’articolo 4, co.1, del d.lgs. n. 175 del 2016, secondo cui «le amministrazioni pubbliche non possono, direttamente o indirettamente, costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, né acquisire o mantenere partecipazioni, anche di minoranza, in tali società» e il successivo co. 2 che ammette la possibilità per le amministrazioni pubbliche di costituire società e acquisire o mantenere partecipazioni esclusivamente per lo svolgimento di determinate attività puntualmente previste dalla stessa norma. Per approfondimenti sulle previsioni di cui al d.lgs. n. 175 del 2016, G. MORBIDELLI, a cura di, *Codice delle società a partecipazione pubblica*, Milano, Giuffrè, 2018; F. CERIONI, a cura di, *Le società pubbliche nel Teso Unico*, Milano, Giuffrè, 2017.

¹⁴ V. CERULLI IRELLI, *L’amministrazione “costituzionalizzata” e il diritto pubblico della proprietà e dell’impresa*, cit., 130.

tire l'attuazione e il rispetto di tali principi, le attività amministrative che possono ritenersi non autoritative vengano variamente assoggettate a meccanismi di pianificazione, controllo e vigilanza che contribuiscono ulteriormente a differenziare l'attività amministrativa in questione dalle dinamiche proprie dell'autonomia privata¹⁵.

È così che, nella più recente voce *Attività amministrativa* dell'Enciclopedia del Diritto, può trovarsi chiaramente affermato che «*si va decisamente verso uno statuto unitario applicabile all'attività amministrativa come tale, e solo in quanto amministrativa, quale che sia il regime giuridico degli atti nei quali essa rifluisce (provvedimenti, accordi, convenzioni, contratti)*», con la precisazione che «*l'attività posta in essere dall'amministrazione per la cura di interessi pubblici (ossia tutta l'attività che essa può porre in essere) è comunque attività amministrativa in senso proprio soggetta a tutti ed esclusivamente i principi che reggono l'attività amministrativa; e ciò tanto se gli atti che alla fine vengono adottati siano retti dal diritto pubblico (provvedimento) tanto se siano retti dal diritto privato (contratti, accordi)*»¹⁶. In altri termini, se l'applicazione del diritto privato può dar luogo ad un diverso regime giuridico dell'atto, resta impregiudicata la soggezione dell'attività a “quello statuto unitario” che vede il suo nucleo essenziale nei principi costituzionali di buon andamento e imparzialità. Il che significa che, anche quando è svolta secondo il diritto privato, l'attività amministrativa non può mai essere declinata alla stregua dell'autonomia privata propriamente intesa, in ragione del suo necessario confrontarsi con un vincolo funzionale che, giuridicamente, si riflette nel principio di legalità anche nella più ampia accezione della legalità indirizzo.

3. Attività amministrativa esercitata da soggetti privati.

L'altro ambito da considerare è quello relativo all'“esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici”¹⁷. Come noto, anch'esso trova attualmente una codificazione generale nell'articolo 1, co. 1 *ter* della legge n. 241 del 1990, se-

¹⁵ G. NAPOLITANO, *L'attività amministrativa e il diritto privato*, cit., 484, il quale, nel rilevare le prospettive volte alla conciliazione tra diritto privato e regime funzionale dell'attività amministrativa, sottolinea che una di tali prospettive “confida, da un lato, nella costruzione di sistemi alternativi di regolazione e vigilanza nei vari campi dell'agire amministrativo e, dall'altro, nell'efficacia delle tecniche generali di funzionalizzazione dell'attività complessivamente intesa: la pianificazione strategica, i controlli di gestione e di risultato, i vincoli economici e finanziari”.

¹⁶ F.G. COCA, *Attività amministrativa*, cit., 93; per la più risalente voce attività amministrativa, M.S. GIANNINI, *Attività amministrativa*, in *Enc. dir.*, Milano, Giuffrè, 1958, 988 ss.

¹⁷ G. ZANOBINI, *L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici*, in *Primo Trattato completo di diritto amministrativo italiano*, a cura di V.E. Orlando, Società Editrice Libreria, Milano, 1935, vol. 2, parte III, 235ss.; ID., *L'esercizio privato delle pubbliche funzioni e l'organizzazione degli enti pubblici*, in *Scritti vari di diritto pubblico*, Giuffrè, Milano, 1955, 87 ss.

condo cui “*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*”¹⁸.

Le ragioni che hanno determinato la progressiva rilevanza dell’esercizio di attività amministrative da parte di soggetti privati sono ben note e non vale la pena indugiarsi. Basti qui ribadire che sono in parte individuabili nella trasformazione ed evoluzione dei compiti dello Stato, in parte nelle privatizzazioni degli enti pubblici avvenute per motivi di contenimento della spesa, di razionalizzazione dell’organizzazione e apertura di nuovi mercati al settore privato, in parte nell’incidenza del diritto europeo e della sua concezione sostanziale di amministrazione¹⁹.

Sul piano teorico, l’idea che i privati possano svolgere funzioni pubbliche è sostenuta dalle concezioni oggettive del potere amministrativo che, come meglio sarà precisato nelle conclusioni, tendono a legittimare l’azione dei pubblici poteri (anche) in base alle peculiari modalità del suo esercizio e non soltanto in ragione della sua riferibilità al soggetto pubblico. Del resto, come è stato più volte evidenziato, un’interpretazione evolutiva della Costituzione non appare affatto incompatibile con la descritta evoluzione, potendo ormai ritenersi che “*i soggetti menzionati nell’articolo 97 possano essere soggetti di natura diversa rispetto alle tradizionali organizzazioni pubbliche*”²⁰.

¹⁸ F. DE LEONARDIS, *I principi generali dell’attività amministrativa*, cit., 103 ss.; R. DIPACE, *I privati e il procedimento amministrativo*, in *Il Codice dell’Azione amministrativa*, a cura di M.A. Sandulli, Milano, Giuffrè, 2017, 226 ss.; in generale, sul tema dell’esercizio di attività amministrativa da parte di privati, M.S. GIANNINI, *Esercizio privato di pubbliche attività*, in *Enc. dir.*, Milano, Giuffrè, 1966, 685 ss.; F. SATTA, *Esercizio privato di funzioni e servizi pubblici*, in *Enc. giur.*, Roma, Treccani, 1989; F. DE LEONARDIS, *Soggettività privata e azione amministrativa*, Padova, Cedam, 2000; A. MALTONI, *Il conferimento di potestà pubbliche ai privati*, Torino, Giappichelli, 2005; ID., *Considerazioni in tema di attività procedurali a regime privatistico delle amministrazioni pubbliche*, in *Dir. amm.*, 2011, 97 ss.; ID., *Esercizio privato di pubbliche funzioni*, in *Enc. dir.*, Annali, I, Milano, Giuffrè, 2007, 570 ss.; G. NAPOLITANO, *Soggetti privati “enti pubblici”*, in *Dir. amm.*, 2003, 801 ss.; ID., *L’esercizio privato di attività amministrative*, in *La disciplina generale dell’azione amministrativa*, a cura di V. Cerulli Irelli, Napoli, Jovene, 2006, 89 ss.; N. PECCHIOLI, *Soggetti privati ed esercizio di funzioni amministrative*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2012, 611 ss.; S. PELLIZZARI, *Soggetti privati che esercitano funzioni procedurali: i rapporti con l’organizzazione amministrativa tra pubblico e privato*, in *Pubblico e privato. Oltre i confini dell’amministrazione tradizionale*, Atti del Seminario di Trento, 17 dicembre 2012, a cura di B. Marchetti, Padova, Cedam, 2013, 151 ss.; V. CERULLI IRELLI, *L’amministrazione “costituzionalizzata” e il diritto pubblico della proprietà e dell’impresa*, cit., 147 ss.

¹⁹ Per questi aspetti, si veda per tutti M.S. GIANNINI, *Il pubblico potere. Stati e amministrazioni pubbliche*, Bologna, Il Mulino, 1986; S. CASSESE, a cura di, *La nuova costituzione economica*, Bari, Laterza, terza ristampa, 2010; F. MERUSI, *La natura delle cose come criterio di armonizzazione comunitaria nella disciplina sugli appalti*, in *Riv. ital. dir. pubbl. comun.*, 1997, 39 ss.

²⁰ V. CERULLI IRELLI, *L’amministrazione “costituzionalizzata” e il diritto pubblico della proprietà e dell’impresa*, cit., 150; Cons. St., Sez. VI, 30 ottobre 2019 n. 3043, in www.giustizia-amministrativa.it, secondo cui l’attuale assetto ordinamentale risulta “caratterizzato da una cre-

In questo quadro, un primo aspetto problematico riguarda l'esatta individuazione delle attività amministrative esercitabili dai privati ai sensi dell'articolo 1, co. 1 *ter* l. n. 241 del 1990. Secondo la prevalente ricostruzione, rientrerebbero nell'ambito della previsione l'esercizio di poteri amministrativi “*destinati a concludersi con l'adozione di provvedimenti amministrativi*”²¹, le attività svolte dai privati nel rispetto delle regole di evidenza pubblica, i poteri di certazione, di certificazione e altre funzioni autoritative²². Non è del tutto pacifico se vi rientrino anche le attività di servizio pubblico, registrandosi al riguardo posizioni non perfettamente coincidenti²³. Senonchè, per essere qualificata “attività amministrativa”, non è sufficiente che l'attività sia riconducibile ad una delle indicate tipologie, essendo necessario uno specifico atto dell'amministrazione che preponga il privato all'esercizio dell'attività amministrativa²⁴. Solo l'esistenza di quest'atto consentirebbe il trasferimento dei poteri amministrativi spettanti all'amministrazione, giustificandone l'esercizio da parte del privato. Come si ricorderà, proprio l'atto di preposizione è alla base della più risalente teoria dell'organo indiretto, impiegata anche dalla giurisprudenza degli anni novanta per giustificare l'esercizio del potere da parte del concessionario di opera pub-

scente complessità in cui, anche per rispondere alla corrispondente complessità dei bisogni da soddisfare, si fa spesso ricorso alla c.d. ibridazione delle forme giuridiche e si attenuano i confini tra diritto pubblico e diritto privato. Forme privatistiche vengono così utilizzate per perseguire interessi pubblicistici e, all'opposto, figure soggettive pubblicistiche vengono sempre spesso sottoposte a regimi di diritto privato”.

²¹ Così, A. MALTONI, *Esercizio privato di pubbliche funzioni*, cit., 570 ss; si pensi alla delega dei poteri espropriativi al concessionario di opera pubblica prevista dall'articolo 6 del d.P.R. 8 giugno 2001 n. 327.

²² A. MALTONI, *Esercizio privato di pubbliche funzioni*, cit., 570 ss.; F. DE LEONARDIS, *I principi generali dell'attività amministrativa*, cit., 104 ss..

²³ A. MALTONI, *Esercizio privato di pubbliche funzioni*, cit., 579, 586 e spec. 590, il quale tende ad identificare le attività amministrative esercitate dai privati ai sensi dell'articolo 1, co. 1 *ter*, legge n. 241 del 1990 nelle attività amministrative proceduralizzate quali espressione di potestà pubbliche: «se è ben vero che un'attività de-procedimentalizzata o de-amministrativizzata può continuare ad essere funzionalizzata, allorché debba conformarsi a direttive e indirizzi impartiti da un ente pubblico, l'attività dei privati – si tenga, tra l'altro, presente che l'assetto organizzativo dei medesimi è sottratto all'applicazione dei principi di cui all'art. 97 Cost. – che sia estrinsecazione di potestà pubbliche, non pare permeabile a quella trama di principi costituzionali e di principi generali, anche *sans texte*, che costituiscono lo statuto tipico della funzione amministrativa, laddove non sia ordinata secondo moduli proceduralizzati»; F. DE LEONARDIS, *I principi generali dell'attività amministrativa*, cit., 105, il quale riconduce al co. 1-*ter* le ipotesi di “esercizio privato di servizi pubblici”, precisando che «nelle ipotesi in cui, nei vari casi citati, sia presente un titolo giuridico che renda doveroso per il soggetto conseguire risultati d'interesse generale si può parlare, quindi, di azione amministrativa svolta da enti a soggettività privata (e non di vera e propria liberalizzazione del settore)».

²⁴ F. DE LEONARDIS, *I principi generali dell'attività amministrativa*, cit., 103.

blica²⁵. In assenza dell'atto di preposizione, l'attività del privato, sia pur compiuta nell'interesse generale, non può assurgere alla qualificazione di attività amministrativa, ma resta un'attività riconducibile all'autonomia del privato con ogni conseguenza in ordine al suo trattamento giuridico.

Un secondo aspetto problematico riguarda il regime giuridico dell'attività "amministrativa" posta in essere dal privato. Attualmente la questione è risolta dal diritto positivo e, segnatamente, dalla previsione che assoggetta l'esercizio privato di pubbliche funzioni "al rispetto dei criteri e dei principi di cui al comma 1" ossia dei "criteri di economicità, di efficacia, di imparzialità, di pubblicità e di trasparenza, secondo le modalità previste dalla presente legge e dalle altre disposizioni che disciplinano singoli procedimenti, nonché dai principi dell'ordinamento comunitario"²⁶. La norma sottopone l'attività alle garanzie essenziali del procedimento, senza necessariamente vincolarla al rispetto puntuale di ogni adempimento procedimentale previsto dalla legge n. 241 del 1990. Con specifico riferimento all'attività espropriativa posta in essere dal privato, la giurisprudenza ha efficacemente precisato che "non si tratta, in altri termini, di prevedere o di introdurre la procedimentalizzazione di una attività che – quali che siano gli effetti che ad essa la legge riconnette – rimane pur sempre di diritto comune; si tratta, invece, 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"²⁷.

²⁵ Cass. civ., Sez. un., 29 dicembre 1990 n. 12221, in *Giur. it.*, 1991, col. 322, con nota di F. SATTÀ, *Concessioni di opere pubbliche e atti del concessionario*; per un commento alla sentenza, si veda anche E. CANNADA BARTOLI, *Degli atti di gara del concessionario di sola costruzione*, in *Foro amm.*, 1991, 929 ss.; sul tema, G. ZANOBINI, *L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici*, cit., 235 ss.; in relazione alla delega di funzioni amministrative alle Regioni prevista, è stato, come noto, delineato l'istituto dell'organizzazione impropria, su cui si veda F. BENVENUTI, *L'organizzazione impropria della Pubblica amministrazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1956, 968 ss.

²⁶ L'attuale formulazione del co 1-ter rafforza ulteriormente la soggezione dei soggetti privati alla disciplina procedimentale di cui alla legge n. 241 del 1990, prevedendo espressamente che il rispetto dei "criteri e dei principi di cui al comma 1" debba avvenire "con un livello di garanzia non inferiore a quello a cui sono tenute le pubbliche amministrazioni in forza delle disposizioni di cui alla presente legge".

²⁷ Cons. St., Sez. VI, 25 marzo 2004 n. 1617, in *Riv. giur. edil.*, 2004, 1009 ss., con nota di R. LEONARDI, *Il principio della partecipazione e la dichiarazione di p.u. indifferibilità e 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*; la sentenza è commentata anche da 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*, in *giustamm.it*, 2004; Id., *Soggetti privati ed esercizio di funzioni amministrative*, cit., 619. Merita sottolineare che, ai sensi dell'articolo 29 della l. n. 241 del 1990, le disposizioni della stessa legge sul procedimento si applicano integralmente alle "società con totale o prevalente capitale pubblico", sia pure "limitatamente all'esercizio delle funzioni amministrative"; A.

Al di là del co. 1 *ter*, esistono discipline speciali che conformano ulteriormente in senso pubblicistico l'attività dei privati. Si pensi al codice dei contratti pubblici, che, in virtù della nozione sostanziale di amministrazione di derivazione europea, include tra i suoi destinatari soggetti privati assimilabili alle pubbliche amministrazioni (emblematica, al riguardo, è la vicenda dell'organismo di diritto pubblico²⁸). Si consideri il d.lgs. n. 175 del 2016 che, con riferimento alle società pubbliche, stabilisce che il reclutamento del personale avvenga in base ai principi previsti dall'articolo 35 d.lgs. 165 del 2001²⁹, nonché prevede specifici adempimenti in ambito organizzativo e di gestione finanziaria³⁰. Si pensi ancora alla sottoposizione dei soggetti privati che svolgono funzioni pubbliche ai controlli di gestione della Corte dei conti³¹, alla disciplina sul perseguimento degli obiettivi di finanza pubblica, applicabile anche ai soggetti privati individuati negli elenchi Istat³², alla disciplina in materia di trasparenza e anticorruzione di cui al d.lgs. n. 33 del 2013.

MALTONI, *Esercizio privato di pubbliche funzioni*, cit., 590, secondo cui «per poter affermare che il regime dell'attività è quello tipico della funzione amministrativa, non è necessario che trovi applicazione l'intera disciplina prevista della l. n. 241, cit. A tal fine, infatti, deve reputarsi essenziale non la puntuale e integrale sottoposizione a determinate regole procedurali. Bensì il fatto che i privati esercenti poteri amministrativi siano tenuti ad osservare quella trama di principi che identifica lo statuto del cittadino nei confronti dell'azione amministrativa».

²⁸ Si veda articolo 3, lettera d), d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50.

²⁹ Articolo 19, d.lgs. 19 agosto 2016 n. 175: «le società a controllo pubblico stabiliscono, con propri provvedimenti, criteri e modalità per il reclutamento del personale nel rispetto dei principi, anche di derivazione europea, di trasparenza, pubblicità e imparzialità di cui all'art. 35, co. 3, del decreto legislativo 30 marzo 2001 n. 165. In caso di mancata adozione dei suddetti provvedimenti, trova diretta applicazione il suddetto articolo 35, co. 3, del decreto legislativo n. 165 del 2011».

³⁰ Si veda in particolare l'articolo 6 del d.lgs. 19 agosto 2016 n. 175 che, con riferimento alle società a controllo pubblico che svolgono attività economiche protette da diritti speciale o esclusivi, insieme con altre attività svolte in regime di economia di mercato, prevede la necessaria adozione di «sistemi di contabilità separata per le attività oggetto di diritti speciali o esclusivi e per ciascuna attività»; sul punto si veda Corte cost., sentenza 1 agosto 2008 n. 326, in www.cortecostituzionale.it, che distingue tra attività amministrativa in forma privatistica e attività d'impresa di enti pubblici, rilevando che «l'una e l'altra possono essere svolte attraverso società di capitali, ma le condizioni di svolgimento sono diverse. Nel primo caso vi è attività amministrativa, di natura finale o strumentale, posta in essere da società di capitali che operano per conto di una pubblica amministrazione. Nel secondo caso, vi è erogazione di servizi rivolta al pubblico (consumatori o utenti), in regime di concorrenza». In base a questa distinzione, la sentenza ritiene costituzionalmente legittime le disposizioni di legge impugnate (d.l. n. 223 del 2006) che prevedono delle specifiche limitazioni per le società a capitale interamente pubblico o misto regionali e locali deputate alla produzione di beni e servizi strumentali all'attività dell'ente di riferimento (impedimento a svolgere prestazioni a favore di altri soggetti pubblici o privati; impedimento a partecipare al altre società o ente).

³¹ Corte cost., 28 dicembre 1993 n. 466, in www.cortecostituzionale.it; M. RAMAJOLI, *Il Controllo della Corte dei conti sugli enti pubblici economici trasformati in società per azioni*, in *Dir. amm.*, 1995, 202 ss.

³² Legge 31 dicembre 2009, n. 196.

Un ultimo aspetto riguarda l'organizzazione dei soggetti privati che esercitano attività amministrative. In estrema sintesi, si può evidenziare che l'organizzazione di tali enti, pur non dovendo assumere una forma (organizzativa) di diritto pubblico, deve rivelarsi “*quella più idonea all'esercizio delle attività conferite*”³³. L'attuale legislazione si conforma a questo principio generale recando specifiche previsioni in materia organizzativa, volte a garantire che l'attività dell'ente si svolga in maniera imparziale, trasparente, efficiente ed efficace, improntata alle regole di una sana gestione finanziaria³⁴. Si consideri, a titolo meramente esemplificativo, la disciplina sugli organismi di attestazione volte ad accertare la qualificazione per i lavori pubblici e la già citata disciplina sulle società pubbliche di cui al d.lgs. n. 175 del 2016³⁵.

Pur nella loro inevitabile sinteticità, le considerazioni svolte confermano, dunque, come il vincolo funzionale impedisca di misurare l'attività “amministrativa” svolta dai privati secondo gli ordinari schemi dell'autonomia privata, ma la assoggetti, invece, ad un regime in parte assimilabile a quello delle amministrazioni propriamente intese, incentrato su di un nucleo essenziale di garanzie sostanziali, espressione dei principi costituzionali di buon andamento e imparzialità.

³³ V. CERULLI IRELLI, *L'amministrazione “costituzionalizzata” e il diritto pubblico della proprietà e dell'impresa*, cit., 160; il concetto è chiaramente svolto in M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1966, 85; A. MALTONI, *Esercizio privato di pubbliche funzioni*, cit., 590.

³⁴ La rilevanza dell'organizzazione è riconducibile alla sua diretta influenza sull'attività, secondo i noti rilievi di M. Nigro, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, cit., 122, secondo cui «la distinzione tra area dell'organizzazione e la parte sostanziale della sfera amministrativa non può essere pensata in modo così netto da ritenere che la prima risulti una specie di isola nell'ambiente sostanziale circostante. Organizzazione e attività sono invece, come sappiamo, due facce della stessa moneta, due profili (due modi di essere) dello steso sistema di istituzione e di regolazione di strumenti e di rapporti idonei a consentire il raggiungimento di determinati fini»; per la rilevanza dell'organizzazione sull'attività, G. SCIULLO, *L'organizzazione amministrativa. Principi*, Torino, Giappichelli, 2013; L. PERFETTI, *L'organizzazione amministrativa come funzione della sovranità popolare*, in *Il diritto dell'economia*, 2019, 43 ss.

³⁵ Con specifico riferimento alle SOA, si veda art. 84 d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50 e, in dottrina, I. PIAZZA, *L'organizzazione dei soggetti privati incaricati di pubbliche funzioni e i riflessi sul regime degli atti*, in *Persona e Amministrazione*, 1/2019, 159 ss.; con riferimento alle società a controllo pubblico, si veda, ad esempio, l'articolo 6 d.lgs. 19 agosto 2016 n. 175, che prevede la possibilità d'integrare gli strumenti di governo societario con: a) regolamenti interni volti a garantire la conformità dell'attività della società alle norme di tutela della concorrenza; b) un ufficio di controllo interno strutturato secondo criteri di adeguatezza, deputato a collaborare con l'organo di controllo statutario, riscontrando le richieste da questo provenienti e trasmettendo allo stesso organo di controllo relazioni sulla regolarità e l'efficienza della gestione; c) codici di condotta, programmi di responsabilità sociale d'impresa; si veda anche Corte cost., ord. 9 novembre 2007 n. 377, in www.cortecostituzionale.it, sull'obbligo imposto ai concessionari di indicare nelle cartelle di pagamento il responsabile del procedimento.

4. Attività d'interesse generale e principio di sussidiarietà.

Possono dirsi ragionevoli quelle posizioni che riconoscono al principio di sussidiarietà la valenza di criterio procedurale³⁶. Secondo questa impostazione³⁷, il principio di sussidiarietà generalmente inteso non individuerrebbe la competenza di una determinata attività in capo ad un determinato soggetto, sia esso privato o pubblico, ma prescriverebbe unicamente il percorso logico e giuridico da seguire per identificare quale tra i diversi soggetti sia il più idoneo a garantire l'esercizio di quella determinata attività. Se il carattere procedurale informa chiaramente la sussidiarietà c.d. verticale, a maggior ragione caratterizza la sussidiarietà orizzontale laddove, nel delineare il principio, l'articolo 118, co. 4, stabilisce che “*Stato, Regioni, Città metropolitane, Province e Comuni favoriscono l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività d'interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà*”. In altri termini, il privato non sarebbe titolare di un diritto a ricevere il *favor* dell'amministrazione, ma soltanto di un interesse qualificato a che l'amministrazione adotti la propria scelta secondo il criterio “procedurale” desumibile dalla norma costituzionale³⁸.

³⁶ Senza alcuna pretesa di completezza, G. U. RESCIGNO, *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritto sociali*, in *Dir. pubbl.*, 2002, 5 ss.; A. ALBANESE, *Il principio di sussidiarietà orizzontale: autonomia sociale e compiti pubblici*, in *Dir. pubbl.*, 2002, 51 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Sussidiarietà* (dir. amm.), in *Enc. giur.*, agg. XII, Rom, Treccani, 2004; P. DURET, *La sussidiarietà orizzontale: le radici e le suggestioni di un concetto*, in *Jus*, 2000, 95 ss.; ID., *Sussidiarietà e autoamministrazione dei privati*, Padova, Cedam, 2004; ID., *L'amministrazione della società e l'emersione del principio della sussidiarietà sociale*, in *Dir. pubbl.*, 2018, 219 ss.; G. PASTORI, *Amministrazione pubblica e sussidiarietà orizzontale*, in *Studi in onore di Giorgio Berti*, Napoli, Jovene, II, 2005, 1752; F. GIGLIONI, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nel diritto amministrativo e la sua applicazione*, in *Foro amm. CDS*, 2009, 2909 ss.; ID., *Forme di cittadinanza legittimate dal principio di sussidiarietà*, in *Dir. soc.*, 2/2016, 305 ss.; ID., *I regolamenti comunali per la gestione dei beni comuni urbani come laboratorio per un nuovo diritto delle città*, in *Munus*, 2/2016, 271 ss.; S. PELLIZZARI, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nella giurisprudenza del giudice amministrativo: problemi di giustiziabilità e prospettive di attuazione*, in *Ist. fed.*, 3/2011, 593 ss.; G. ARENA, *Amministrazione e società. Il nuovo cittadino*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2017, 43 ss.; E. CODINI – A. FOSSATI – S. A. FREGO LUPPI, *Manuale di diritto dei servizi sociali*, Torino, Giappichelli, terza edizione, 2017; R. REALDON, a cura di, *La sussidiarietà orizzontale nel titolo V della Costituzione e la sussidiarietà generativa. Verso l'auto-organizzazione della società civile istituyente*, Padova, Cedam, 2018.

³⁷ G.U. RESCIGNO, *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritto sociali*, cit., 14: “come si vede si tratta di non di un principio o criterio sostanziale, ma di un principio o criterio procedurale: esso non dice a chi spetta il tipo di azione considerato, ma quale ragionamento bisogna fare per individuare il soggetto competente”.

³⁸ G.U. RESCIGNO, *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritto sociali*, cit., 14; F. GIGLIONI, *Forme di cittadinanza legittimate dal principio di sussidiarietà*, cit., 323, il quale sottolinea come non sia possibile vantare da parte dei cittadini “un diritto soggettivo”, ma che piuttosto il principio di sussidiarietà obbliga le amministrazioni pubbliche a interpretare “la propria missione in termini più moderni, capace di mettere a fuoco risorse che spesso in termini di conoscenza, abilità ed economicità sono migliori nel rispetto sempre del disegno costituzionale”.

Il che, sia pur nell'economia del presente scritto, richiede di esaminare alcuni aspetti problematici.

Anzitutto, bisogna chiarire cosa debba intendersi con la generica locuzione attività d'interesse generale. Restando nella dimensione degli enti locali, la più sensibile al principio di sussidiarietà, sembrerebbe da escludere che le attività d'interesse generale possano coincidere con le funzioni amministrative attribuite ai Comuni a cui fa riferimento il primo comma dell'articolo 118 Cost. Ciò è senz'altro vero per le funzioni autoritative, per la semplice ragione che, come è stato chiaramente evidenziato, i privati non possono generalmente porre obblighi o divieti e, quando ciò accade, ci si colloca nel diverso ambito dell'esercizio privato di pubbliche funzioni³⁹. Ma se si considera che, tra le funzioni di cui al primo comma dell'articolo 118, dovrebbero essere annoverate anche le attività di prestazione di un determinato servizio pubblico, l'attività d'interesse generale potrebbe senz'altro rientrare in quelle funzioni, come dimostra proprio la concreta esperienza del principio di sussidiarietà, generalmente ambientata in attività variamente riconducibili ai servizi sociali⁴⁰. In quest'ambito, l'esercizio dell'attività d'interesse generale può venire a coincidere con l'esercizio di attività amministrative ai sensi dell'articolo 1, co. 1 *ter*, della legge n. 241 del 1990, a condizione che le funzioni di prestazione si ritengano ricomprese nel campo di applicazione della suddetta norma⁴¹. Vi sono poi altre attività che, probabilmente, non sono riconducibili a vere e proprie funzioni di prestazione qualificabili in termini di servizio pubblico, ma che possono pur sempre rivelarsi d'interesse generale. È in quest'ambito che, come è stato bene evidenziato⁴², si coglie l'elemento veramente innovativo della sussidiarietà per come disciplinata dall'articolo 118 co. 4 Cost, che viene così a collocarsi in una dimensione affatto peculiare della libertà solidale, non necessariamente riconducibile ai doveri di solidarietà evocati dall'articolo 2 della Costituzione⁴³. Ci si

³⁹ G.U. RESCIGNO, *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritto sociali*, cit., 20, secondo cui "la sussidiarietà orizzontale non si applica alle funzioni pubbliche e cioè a quelle attività che consistono nell'imporre obblighi o divieti o nell'esentare da obblighi o divieti (naturalmente si parla di obblighi o divieti imposti naturalmente da autorità pubbliche in base a Costituzione od a leggi conformi a Costituzione)".

⁴⁰ V. CERULLI IRELLI, *Sussidiarietà (dir. amm.)*, cit., 12: "le attività di interesse generale sono altra cosa rispetto alle funzioni amministrative di cui al primo comma dell'art. 118, anche se in parte coincidono".

⁴¹ Sul tema generale, G. MIELE, *Pubblica funzione e servizio pubblico*, in *Archivio giuridico*, 1933, ora in *Scritti giuridici*, I, Milano, Giuffrè, 1987, 135 ss.

⁴² F. GIGLIONI, *Forme di cittadinanza legittimate dal principio di sussidiarietà*, cit., 314; ID., *I regolamenti comunale per la gestione dei beni comuni urbani come laboratorio per un nuovo diritto delle città*, cit., 271 ss.

⁴³ A. ALBANESE, *Il principio di sussidiarietà orizzontale: autonomia sociale e compiti pubblici*, cit., 70, secondo cui «non sembra possibile, pertanto, assimilare e sovrapporre pienamente il principio pluralistico espresso dall'art. 2 Cost. e la visione conciliativa e armonizzante delle dinami-

riferisce, in particolare, a tutte quelle attività che attingono a bisogni emersi nel tessuto sociale e che, tuttavia, non risultano ancora considerati e tutelati dagli apparati pubblici nell'esercizio delle rispettive prerogative⁴⁴. Muovendo dalle più recenti esperienze, il fenomeno viene, ad esempio, identificato nell'attività di cura del decoro dei centri abitati e dei beni comuni, nelle attività di riutilizzo di edifici abbandonati o degradati, nell'attività di gestione degli spazi verdi, in alcune iniziative culturali, ossia tutte attività che rivelano forme di "cittadinanza attiva o praticata" originatesi a livello sociale e che, come viene sottolineato, segnano la nuova frontiera della partecipazione del privato alla concreta determinazione degli interessi generali (in maniera qualitativamente diversa rispetto a forme di esercizio della sovranità unicamente incentrate sul diritto di voto o sulle ordinarie modalità della partecipazione procedimentale)⁴⁵. In tali casi, il principio di sussidiarietà diventa lo strumento attraverso il quale gli interessi emersi nella società assumono un preciso rilievo giuridico in relazione agli apparati pubblici, oltre e al di fuori della dimensione propria dell'autonomia privata.

Chiarito cosa possa intendersi per attività d'interesse generale, il carattere procedurale del principio richiede anzitutto che quella determinata attività sia concretamente ritenuta d'interesse generale dagli apparati pubblici di riferimento⁴⁶. Il che può avvenire o attraverso un diretto riconoscimento da parte della

che sociali sottesa al principio di sussidiarietà», e ciò proprio in ragione della funzione del principio di sussidiarietà di «criterio di regolazione dei rapporti fra individui, gruppi e potere pubblico, funzione che è volta invece a definire i confini del divieto di intervento o i criteri che impongono/legittimano l'intervento pubblico rispetto all'attività dei privati»; F. GIGLIONI, *Forme di cittadinanza legittimate dal principio di sussidiarietà*, cit., 314.

⁴⁴ Già G. BERTI, *Il dedalo amministrativo e il diritto*, in *Jus*, 1996, 294, sottolineava che «l'amministrazione trova la sua identità nel servire gli interessi collettivi o sociali, veri in quanto effettivi e raccolti, alla luce regole generali, nella vita dei gruppi sociali. A cogliere questi interessi non sono sempre dei soggetti ed organi a ciò predestinati e inseriti in una trama organizzativa, ma anche figure cresciute liberamente nella società».

⁴⁵ F. GIGLIONI, *Forme di cittadinanza legittimate dal principio di sussidiarietà*, cit., 317, il quale si riferisce ad «ipotesi di cittadinanza praticata», in cui «è l'esperienza concreta per la cura degli interessi generali il campo di emancipazione, attraverso cui qualunque cittadino collabora con le pubbliche amministrazioni per risolvere questioni avvertire come rilevanti per la collettività». Con specifico riferimento alle attività di rigenerazione urbana "dal basso", si veda A. GIUSTI, *La rigenerazione urbana. Temi, questioni e approcci nell'urbanistica di nuova generazione*, Napoli, Editoriale scientifica, 2018; sulle nuove frontiere della partecipazione, si inseriscono anche gli studi sulla democrazia partecipativa e deliberativa, su cui, per tutti, si veda U. ALLEGRETTI, voce *Democrazia partecipativa*, in *Enc. dir. Annali IV*, Milano, Giuffrè, 2011, 295 ss. e R. BIFULCO, voce *Democrazia deliberativa*, in *Enc. dir. Annali IV*, Milano, Giuffrè, 2011, 271 ss.; di recente il tema è affrontato da V. MOLASCHI, *Le arene deliberative. Contributo allo studio delle nuove forme di partecipazione nei processi di decisione pubblica*, Napoli, Editoriale scientifica, 2018; più in generale, si veda S. CASSESE, *L'arena pubblica. Nuovi paradigmi per lo Stato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2001, 601 ss.

⁴⁶ F. GIGLIONI, *Forme di cittadinanza legittimate dal principio di sussidiarietà*, cit., 317, che sottolinea come resti sempre «assegnato alle pubbliche amministrazioni il compito di riconoscere quale attività promossa sia di interesse generale».

legge o, sia pur nel rispetto della legge, attraverso una valutazione amministrativa effettuata dall'ente interessato. In questo secondo caso, sembra ragionevole ritenere che la valutazione debba essere compiuta verificando sia la compatibilità dell'attività con i fini perseguiti dall'ente, sia la sua concreta utilità a soddisfare le esigenze che vi sono sottese. Con la precisazione che il riconoscimento deve comunque misurarsi con il principio di legalità dell'azione amministrativa, sia pure nella sua forma della legalità indirizzata⁴⁷, nel senso che l'attività deve rispondere ai fini generali dell'ente per come attribuiti dalla legge o desumibili dalla Costituzione⁴⁸.

Una volta, poi, che l'attività sia riconosciuta d'interesse generale, il soggetto pubblico deve verificare se, per quella stessa attività, i soggetti privati astrattamente disponibili ad esercitarla siano concretamente "capaci" di svolgerla in maniera adeguata, efficace ed efficiente⁴⁹. Solo se sia verificata tale adeguatezza, il soggetto pubblico potrà – dovrà - "favorire" quell'attività in applicazione del principio di sussidiarietà⁵⁰. Diversamente, sarà tenuto a motivare

⁴⁷ Corte dei conti Abruzzo, Sez. cont., 10 settembre 2012 n. 346; Corte dei conti Liguria, Sez. cont., 10 maggio 2013, n. 23.

⁴⁸ Che sia necessario rispettare il vincolo del fine sembra confermato dalla previsione costituzionale che, all'articolo 117, co. 6, riconosce agli enti locali una propria potestà regolamentare per l'"organizzazione" e lo "svolgimento" delle "funzioni attribuite", laddove il riferimento alle "funzioni attribuite" riconduce ai fini assegnati dalla legge o desumibili dalla stessa Costituzione. Poiché non è infrequente che il riconoscimento dell'attività come interesse generale avvenga in base alla potestà regolamentare dell'ente locale, come ad esempio accade in alcuni Comuni per i fenomeni di c.d. cittadinanza attiva e praticata, la previsione costituzionale sembrerebbe chiaramente confermare la necessità di una compatibilità dell'attività in questione con i fini o le funzioni di pertinenza dell'ente locale. Sull'impiego dei regolamenti comunali come strumento di concreta attuazione del principio di sussidiarietà, A. GIUSTI, *La rigenerazione urbana. Temi, questioni e approcci nell'urbanistica di nuova generazione*, cit., 137 ss.; nonché F. GIGLIONI, *I regolamenti comunali per la gestione di beni comuni urbani come laboratorio per un nuovo diritto alla città*, cit., 272 ss.

⁴⁹ Ovviamente, gli eventuali atti amministrativi da cui si tragga il riconoscimento o meno dell'attività come d'interesse generale, nonché l'idoneità o inidoneità del privato a svolgerla, potranno essere sindacati dal giudice amministrativo sotto il profilo del rispetto del principio di sussidiarietà, nonché della ragionevolezza, proporzionalità e adeguatezza della scelta amministrativa.

⁵⁰ A. ALBANESE, *Il principio di sussidiarietà orizzontale: autonomia sociale e compiti pubblici*, cit., 82, che sottolinea come, anche se i soggetti privati possano essere in astratto idonei a soddisfare interessi pubblici, si ponga per loro un "problema di adeguatezza" ad "assicurare il raggiungimento di tali interessi"; l'aspetto dell'adeguatezza tra interessi pubblici e privati costituisce uno dei ricorrenti temi di ricerca di G. ROSSI, *Potere amministrativo e interessi a protezione necessaria. Crisi e nuove prospettive del diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2011, un cui estratto è ora pubblicato con il titolo *Le trasformazioni in atto e gli albori di nuovi assetti. Il problema della adeguatezza*, in *Saggi e scritti scelti di Giampaolo Rossi*, I, a cura di D. D'Alessandro e D. Pappano, Torino, Giappichelli, 2018, 275 ss.; ID., *Diritto pubblico e diritto privato nell'attività della pubblica amministrazione. Alla ricerca della tutela degli interessi*, in *Dir. pubbl.*, 1998, III, 661, ora anche in *Saggi e scritti scelti di Giampaolo Rossi*, Torino, Giappichelli, 2019, I, 21 ss.; ID., *Interessi pubblici e diritto privato. Problemi di metodo e adeguatezza*, in *Riv. quadr. pubbl. serv.*, 2001, 7.

sulle ragioni che, principalmente sotto il profilo dell'efficacia ed efficienza, inducono a non ritenere il privato concretamente adeguato a svolgere l'attività e necessario l'intervento diretto dell'apparato pubblico⁵¹. Senonché, quando l'attività d'interesse generale coincide con un'attività di pubblico servizio propriamente intesa, la questione diventa più complessa, perché destinata a misurarsi con l'autonomia organizzativa riconosciuta agli enti – sia dal diritto interno che dal diritto europeo - in merito alle modalità di gestione e prestazione dei servizi di rispettivo interesse. In quest'ambito, il principio di sussidiarietà verrebbe, infatti, a limitare l'autonomia organizzativa dell'ente imponendogli uno specifico obbligo di motivazione finalizzato ad esplicitare le ragioni che lo inducono a preferire l'autoproduzione del servizio rispetto all'affidamento in gestione a soggetti privati disponibili sul mercato. Nella più recente legislazione la questione si coglie, ad esempio, nella previsione di cui all'articolo 192, co. 2 del d.lgs. n. 50 del 2016, codice dei contratti pubblici, richiamata dall'articolo 4 del d.lgs. n. 175 del 2016 Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica, nella parte in cui si richiede all'ente pubblico che voglia gestire *in house* un determinato servizio un peculiare obbligo motivazionale che dia conto delle ragioni “*del mancato ricorso al mercato nonché dei benefici per la collettività della forma di gestione prescelta, anche con riferimento agli obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità di qualità del servizio, nonché di ottimale impiego delle risorse pubbliche*”. Sebbene sia specificamente ispirata al principio di concorrenza, è indubbio che la norma evochi, più o meno consapevolmente, anche il principio di sussidiarietà, nella misura in cui tende a legittimare l'intervento *in house* solo se venga dimostrata l'impossibilità di affidare il servizio sul mercato⁵². Vero è che, secondo alcuni, il principio di sussidiarietà non si applicherebbe alle attività con scopi di lucro quale potrebbe in ipotesi configurarsi un'attività d'interesse generale diversa da un servizio sociale, ma è altrettanto vero che la norma costituzionale non distingue tra attività con fini di lucro e attività senza fini di lucro e che, pertanto, come si desume anche dalla (pur scarsa) casistica giurisprudenziale, la

⁵¹ V. CERULLI IRELLI, *Sussidiarietà (dir. amm.)*, cit., 12: “dall'operatività del principio deriva la sussistenza di uno specifico obbligo di motivazione a carico degli enti pubblici, nel caso di assunzione diretta di attività d'interesse generale, qualora questa sia già esercitata da un soggetto privato, ovvero questo dichiara di volerla svolgere. L'ente dovrà esplicitare puntualmente le ragioni (legate, naturalmente, a profili di efficienza ed efficacia nella gestione del servizio) che lo hanno indotto all'assunzione del servizio”; F. GIGLIONI, *Forme di cittadinanza legittimate dal principio di sussidiarietà*, cit., 316.

⁵² Su tali aspetti, si veda in generale A. D'ATENA, *Sussidiarietà orizzontale e affidamento in house*, in *Giur. cost.*, 2008, 4995 ss.

questione può ritenersi attuale e rilevante⁵³. Che la questione sia attuale e rilevante è dimostrato proprio dal rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia recentemente sollevato dal Consiglio di Stato⁵⁴, al fine di verificare la compatibilità del suddetto articolo 192 con la “libertà e autodeterminazione di organizzare, per i soggetti pubblici, di organizzare come meglio stimano le prestazioni dei servizi di rispettivo interesse, senza che vincoli di particolare modalità gestionale derivanti dall’ordinamento dell’UE o da quello nazionale (ad. esempio: regime di affidamento con gara) rispetto a un’altra (ad. Regime di internalizzazione ed autoproduzione)”⁵⁵.

⁵³ G.U. RESCIGNO, *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritto sociali*, cit., 29, secondo cui la disposizione costituzionale “non distingue tra attività con fini di lucro e attività senza fini di lucro: i soggetti pubblici indicati favoriscono dunque sia iniziative economiche (con fini di lucro cioè) sia iniziative senza fini di lucro (salvo verificare se in base al principio di sussidiarietà, o in base ad altri principi costituzionali, vi debba essere una preferenza di una rispetto all’altra)”; V. CERULLI IRELLI, *Sussidiarietà (dir. amm.)*, cit., 15, il quale sottolinea come non sia chiaramente risolta la questione dell’operatività o meno del principio di sussidiarietà al cospetto di privati operanti per scopi di lucro in forma d’impresa; per la giurisprudenza, si veda T.A.R. Sardegna, Cagliari, Sez. I, 21 dicembre 2007 n. 2407, in www.giustizia-amministrativa.it; Cons. St., Sez. V, 2 ottobre 2019 n. 6094, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁵⁴ Cons. St., Sez. V, 7 gennaio 2019 n. 138, in www.giustizia-amministrativa.it; con ordinanza, sez. II, 15 novembre 2019 n. 886, in www.cortecostituzionale.it, il T.A.R. Liguria ha sollevato questione di legittimità costituzionale dello stesso articolo 192, co.2, del d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50 nella parte in cui sancirebbe un onere motivazionale non riconducibile ai criteri direttivi della legge delega 28 gennaio 2016 n. 11; in argomento, C.P. GUARINI, *Una nuova stagione per l’in house providing? L’art. 192, co. 2, del d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50, tra dubbi di legittimità costituzionale e sospetti di incompatibilità eurounitaria*, in *Federalismi.it*, 17 aprile 2019.

⁵⁵ Senonché, è singolare che, nel sollevare la questione pregiudiziale, il Consiglio di Stato si limiti ad evocare l’autonomia organizzativa dell’ente in contrapposizione al principio della “piena apertura concorrenziale”, senza affatto considerare che la prevista limitazione dell’autonomia organizzativa possa trovare fondamento anche e soprattutto nel principio di sussidiarietà, che proprio nel diritto europeo trova una sua specifica applicazione e naturale ambientazione. Che il diritto europeo tuteli anche il nucleo essenziale del principio di sussidiarietà orizzontale si ricava dall’interpretazione che dell’articolo 106, co. 2, TFUE (già art. 86 Tr. Nizza, già art. 90 Tr. Roma) ha offerto la Corte di Giustizia, la quale ha sottolineato che la previsione in esame “consente quindi agli Stati membri di conferire ad imprese, cui attribuiscono la gestione di servizi di interesse economico generale, diritti esclusivi che possono impedire l’applicazione delle norme del Trattato in materia di concorrenza, nella misura in cui restrizioni della concorrenza, o persino l’esclusione di qualsiasi concorrenza da parte di altri operatori economici, sono necessarie per garantire l’adempimento della specifica funzione attribuita alle imprese titolari dei diritti esclusivi” (Corte di Giustizia, 19 maggio 1993 C-320/91, Corbeau). In argomento, F. VESSIA, *La scelta di gestione in house dei servizi pubblici locali nella prospettiva comunitaria*, in *Le nuove società partecipate e in house providing*, a cura di S. Fortunato e F. Vessia, Milano, Giuffrè, 2017, 271 ss., che sottolinea che «il fondamento di legittimità degli affidamenti in house, ossia il principio di necessità e proporzionalità in applicazione della regola della sussidiarietà orizzontale, deriva dalle fonti comunitarie e costituisce il recepimento delle interpretazioni che la Corte di Giustizia ha fatto dell’articolo 1056, c.2. TFUE e che le istituzioni comunitarie hanno ribadito nelle fonti sui SIEG». L’attesa pronuncia della Corte di giustizia potrà auspicabilmente chiarire se e in che termini la disciplina nazionale di cui al citato articolo 192 d.lgs. n. 50 del 2016 possa essere giustificata in base ai principi di proporzionalità e necessità, espressione della regola generale della sussidiarietà orizzontale.

Gli ultimi due aspetti da considerare riguardano le modalità attraverso cui si attua concretamente il principio di sussidiarietà e il regime giuridico dell'attività posta in essere dai soggetti privati che esercitano l'attività d'interesse generale in applicazione del principio di sussidiarietà. Si tratta di questioni estremamente complesse che richiederebbero maggiore approfondimento rispetto alle poche osservazioni utili ai fini del presente scritto⁵⁶. Quanto al primo aspetto, il “favore” del soggetto pubblico può manifestarsi anzitutto attraverso l'affidamento del servizio, nel caso di attività che possa configurarsi come servizio pubblico propriamente inteso. In questi casi, il soggetto pubblico dovrà generalmente improntare la propria azione al principio di concorrenza, salve eventuali deroghe previste quando l'attività sia riconducibile ad un servizio sociale⁵⁷. Negli altri casi, come ad esempio in relazione ai fenomeni di cittadinanza attiva e praticata, il soggetto pubblico potrà manifestare il proprio favore attraverso l'erogazione di risorse o altre utilità per sostenere l'attività d'interesse generale, e in queste ipotesi dovranno necessariamente trovare applicazione il principio di predeterminazione e parità di accesso, diretta esplicazione dei principi di buon andamento e imparzialità⁵⁸. L'esercizio dell'attività potrà poi essere concretamente regolato da specifici accordi con il privato, sul modello dell'articolo 11 della legge n. 241 1990 o dei contratti di partenariato pubblico privato a seconda della qualificazione ritenuta preferibile – si pensi, ad esempio, ai c.d. patti territoriali nell'ambito della rigenerazione e della cura dei beni comuni – in base ai quali potranno essere anche previste forme di controllo e monitoraggio finalizzate a verificare che l'attività si espliciti secondo i fini prefissati, nel rispetto dei principi di efficienza ed efficacia⁵⁹.

⁵⁶ La questione è posta in questi termini da A. ALBANESE, *Il principio di sussidiarietà orizzontale: autonomia sociale e compiti pubblici*, cit., 80: «l'interpretazione della sussidiarietà che si è cercato di fornire apre però anche una serie di ulteriori complessi problemi ed impone di riflettere sulle ricadute di tale principio rispetto alle forme e al regime giuridico delle attività di interesse generale svolte da soggetti privati in rapporto con la pubblica amministrazione».

⁵⁷ Si veda al riguardo l'articolo 142, co. 5 bis, d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50, nonché la disciplina di cui al d.lgs. n. 117 del 2017 recante il c.d. Codice del terzo settore; sul punto, si veda anche Cons. St., Comm. Spec., parere 20 agosto 2018, n. 2052, www.giustizia-amministrativa.it.

⁵⁸ Con riferimento al principio di predeterminazione, si veda, l'articolo 12 della legge 241 del 1990, ai sensi del quale “la concessione di sovvenzioni, contributi, sussidi ed ausili finanziari e l'attribuzione di vantaggi economici di qualunque genere a persone ed enti pubblici e privati sono subordinate alla predeterminazione ed alla pubblicazione da parte delle amministrazioni procedenti, nelle forme previste dai rispettivi ordinamenti, dei criteri e delle modalità cui le amministrazioni stesse devono attenersi”; sulle implicazioni del principio, A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative. Gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1997.

⁵⁹ F. GIGLIONI, *Forme di cittadinanza legittimate dal principio di sussidiarietà*, cit., 327; ID., *I regolamenti comunale per la gestione dei beni comuni urbani come laboratorio per un nuovo diritto delle città*, cit.,

Per quanto, invece, riguarda i privati che esercitano un'attività d'interesse generale, essi risulteranno assoggettati ai criteri e ai principi della legge sul procedimento secondo quanto previsto dall'articolo 1, co. 1 *ter*, negli specifici casi in cui l'attività svolta si configuri come esercizio di una funzione di prestazione e sempre che, in tal caso, si ritenga di considerarli "soggetti preposti all'esercizio di attività amministrativa"⁶⁰. Negli altri casi, quando l'attività non giunga alla configurazione di una vera e propria funzione di prestazione, ma sia comunque in vario modo "sussidiata" dal soggetto pubblico, l'autonomia privata sarà comunque condizionata, anche sotto il profilo organizzativo, dal rispetto dei principi di efficienza, economicità e adeguatezza, nel raggiungimento di risultati concretamente compatibili con le finalità generali che l'azione si prefigge, con ogni implicazione che può derivarne in termini di responsabilità anche di tipo amministrativo-contabile⁶¹.

Conclusivamente, sia per le amministrazioni "sussidiarie" che per i privati "sussidiati" il regime giuridico si declina su quelle stesse garanzie sostanziali che, in ragione del vincolo funzionale e dei principi costituzionali, devono presiedere allo svolgimento di un'azione funzionalizzata al perseguimento dell'interesse generale.

5. Considerazioni conclusive.

Le considerazioni svolte consentono di concludere che, nel rispetto del principio di legalità, il vincolo funzionale orienta e condiziona l'applicazione del diritto privato all'azione "amministrativa", sia quando l'attività è direttamente svolta dall'amministrazione, sia quando è espletata da soggetti privati ai sensi dell'articolo 1, co. 1 *ter*, l. n. 241 del 1990, sia quanto viene svolta in applicazione del principio di sussidiarietà. A prescindere dalle forme concretamente

291 ss.; A. GIUSTI, *La rigenerazione urbana. Temi, questioni e approcci nell'urbanistica di nuova generazione*, cit., 158 ss.

⁶⁰ Sulla riconducibilità dell'attività di servizio pubblico all'articolo 1, co. 1 *ter*, l. n. 241 del 1990, si rinvia alla nota n. 23.

⁶¹ A. ALBANESE, *Il principio di sussidiarietà orizzontale: autonomia sociale e compiti pubblici*, cit., 81, che sottolinea come spetti all'amministrazione di riferimento definire le regole che l'attività svolta dai privati deve rispettare «perché il loro ruolo sia compatibile con gli obiettivi e con i principi cui l'azione pubblica deve comunque essere informata (cioè con il principio di uguaglianza, col dovere di imparzialità, con il dovere di salvaguardare la libertà degli utenti dei servizi soprattutto laddove questi ultimi incidano in modo diretto sulla sfera della persona, come avviene nel caso dei servizi sociali)»; Corte dei conti Lombardia, Sez. contr., 27 novembre 2014 n. 333; F. GIGLIONI, *Forme di cittadinanza legittimate dal principio di sussidiarietà*, cit., 335, secondo cui «non si può escludere un'estensione della responsabilità contabile per i cittadini qualora il danno provocato nell'azione di gestione di verificano gravi perdite per l'erario».

impiegate, se privatistiche o pubblicistiche, l'incidenza del vincolo funzionale impone all'azione amministrativa di svolgersi nel rispetto del nucleo essenziale dei principi di buon andamento e imparzialità, secondo quello che è stato definito lo “*statuto unitario applicabile all'attività amministrativa come tale*”⁶². In altri termini, il potere amministrativo è destinato a trovare una propria legittimazione in base ad oggettivi criteri di riconoscimento, secondo un'azione che sia aderente ai fatti, apprezzi ragionevolmente gli interessi basandosi sulla conoscenza di quei fatti, si renda prevedibile e conoscibile nel suo farsi e nelle scelte che ne risultano⁶³. Come si è anticipato, un impatto decisivo in tal senso hanno avuto le concezioni oggettive del potere amministrativo che, nel rispetto e nei limiti del principio di legalità, tendono a legittimare l'azione dei pubblici poteri (anche) in base alle peculiari modalità del suo esercizio e non soltanto in base alla legge o alla natura pubblica di chi agisce⁶⁴, sicché a qualificare l'attività come amministrativa non sarebbe necessariamente il suo essere espressione di un soggetto pubblico, ma la sua attitudine a perseguire finalità “*che sono pubbliche in quanto in se stesse qualificate come tali dalle leggi*”⁶⁵. In questa prospettiva, l'impiego di moduli privatistici è sempre strumentale al perseguimento dell'interesse generale, il che implica che, per una concezione funzionale dell'amministrazione pubblica, il “*problema non appare più quello dell'ammissibilità del contratto o dell'accordo*

⁶² F.G. COCA, *Attività amministrativa*, cit., 93.

⁶³ F. LEDDA, *La concezione dell'atto amministrativo e dei suoi caratteri*, in *Diritto amministrativo e giustizia amministrativa nel bilanciamento di un decennio di giurisprudenza*, a cura di U. Allegretti-Orsi Battaglini- Sorace, Rimini, 1987, ora anche in *Scritti giuridici*, Padova, 2002, 243; ID., *L'attività amministrativa*, pubblicato negli Atti del XXX Convegno di studi di scienze dell'amministrazione, Varenna 20-22 settembre 1984 su *Il diritto amministrativo negli anni '80*, Milano, 1987, ora anche in *Scritti giuridici*, Padova, 2002, 257 ss.

⁶⁴ Per una concezione del potere declinata in senso oggettivo, si veda, in particolare, F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo* in *Riv. trim. dir. pubbl.*, II, 1952; *Eccesso di potere amministrativo per vizio della funzione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, II, 1950, 1; ID., *Per un diritto amministrativo paritario*, in *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, Padova, Cedam, 1975, 807 ss.; *L'amministrazione oggettivata: un nuovo modello*, in *Riv. trim. di Scienza dell'amm.*, 1978, 6 ss.; G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, 1968; ID., *Procedimento, processo e procedura*, in *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, Padova, 1975, 780 ss; più di recente, A. ROMANO TASSONE, *Note sul concetto di potere*, in *Annali della Facoltà di Economia e Commercio dell'Università di Messina*, 1981, 415; *Sull'autorità degli atti dei pubblici poteri*, in *Dir. e soc.*, 1991; *Sui rapporti tra legittimazione politica e regime giuridico degli atti dei pubblici poteri*, in *Dir. proc. amm.*, 1/2007; *Esiste l'atto autoritativo della pubblica amministrazione? - in margine al recente convegno dell'Aipda*, in *Dir. amm.* 4/2011; G. PASTORI, *Interesse pubblico e interessi privati fra procedimento, accordo e autoamministrazione*, in *Scritti in onore di Pietro Virga*, II, Milano, Giuffrè, 1994, 1303, ora anche in *Scritti scelti*, II, Napoli, Jovene, 2010, 523 ss.; si veda ancora M. BELLAVISTA, *Oggettività giuridica dell'agire pubblico*, Padova, Cedam, 2001; L. PERFETTI, *L'azione amministrativa tra libertà e funzione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2017, 99 ss.; ID., *Persona, società e amministrazione pubblica*, in *Amministrare*, 2018, 199 ss.

⁶⁵ G. PASTORI, *Interesse pubblico e interessi privati fra procedimento, accordo e autoamministrazione*, cit., 526.

(come si suole dire) ad oggetto pubblico)”, ma quello della “funzionalità e coerenza dell’atto convenzionale rispetto agli scopi pubblici e della conseguente sindacabilità”⁶⁶. Se è vero che, nel suo complesso, l’attività è soggetta ad un regime giuridico unitario a prescindere dalle forme concrete della sua manifestazione, provvedimentali, negoziali o contrattuali⁶⁷, la questione centrale diventa come il vincolo funzionale venga concretamente ad incidere sugli atti adottati in applicazione del diritto privato. La soluzione immediata è quella di scindere il regime degli atti da quello dell’attività, nel senso di ritenere che l’elusione del fine generale a cui è preordinata l’azione possa lasciare valido l’atto ma rendere comunque illecita la condotta⁶⁸. Non mancano, però, proposte più radicali che prefigurano un’invalidità dell’atto di diritto privato nelle ipotesi in cui non si riveli coerente rispetto al fine che deve perseguire. Nel caso dei contratti stipulati in esito alle procedure di evidenza pubblica, l’invalidità è stata, ad esempio, individuata nell’annullabilità o nella nullità *ex* articolo 1418 c.c. per violazione delle norme imperative, laddove la norma imperativa violata sarebbe quella che prescrive all’amministrazione di contrarre esclusivamente con il soggetto scelto attraverso una (legittima) procedure di gara⁶⁹.

In senso parzialmente analogo alle teorie oggettive sul potere rilevano quelle concezioni che, a partire da una prospettiva assiologica del diritto, sono specificamente incentrate sugli interessi da soddisfare più che sulla tradizionale

⁶⁶ G. PASTORI, *Interesse pubblico e interessi privati fra procedimento, accordo e autoamministrazione*, cit., 534.

⁶⁷ F.G. SCOCA, *Attività amministrativa*, cit., 93. «si va decisamente verso uno statuto unitario applicabile all’attività amministrativa come tale, e solo in quanto amministrativa, quale che sia il regime giuridico degli atti nei quali essa rifluisce (provvedimenti, accordi, convenzioni, contratti)».

⁶⁸ V. CERULLI IRELLI, *L’amministrazione “costituzionalizzata” e il diritto pubblico della proprietà e dell’impresa*, cit., 131, secondo cui il vincolo funzionale non indice sul regime di validità degli atti, ma si manifesta “nella disciplina dei controlli e nel regime della responsabilità degli agenti pubblici che possono essere chiamati a rispondere per i danni prodotti. Resta fermo che l’azione amministrativa negoziale di cui sia accertato il contrasto con i principi di efficacia ed i economicità, pur non tradotta senz’altro in attività giuridica viziata in termini di invalidità del negozio, può configurarsi come attività illecita, sotto il profilo della responsabilità per danni erariali”; A. ROMANO TASSONE, *La responsabilità della p.a. tra provvedimento e comportamento (a margine di un libro recente)*, in *Dir. amm.*, 2004, 224.

⁶⁹ F. SATTA, *L’annullamento dell’aggiudicazione ed i suoi effetti sul contratto*, in *Dir. amm.*, 2003, 645 ss.; in senso solo parzialmente analogo, A. AMORTH, *Osservazioni sui limiti all’attività amministrativa di diritto privato*, cit., 547, secondo cui «se si ammette che l’amministrazione possa anche in regime di diritto privato svolgere attività amministrativa, si comprende come (e particolarmente attraverso l’espedito della sostituzione dell’un regime all’altro) e in che larga misura atti e negozi compiuti da enti pubblici secondo il diritto privato debbano riportarsi al diritto pubblico per ritrovare in esso un elemento fondamentale per la loro validità».

classificazione in atti e fatti giuridici.⁷⁰ Valorizzare gli interessi significa individuare le modalità attraverso cui quel determinato interesse può essere soddisfatto al meglio, tanto se si tratta di un interesse privato quanto se si tratta di un interesse generale. È così evidente che, se l'interesse da realizzare è un interesse privato, il momento formativo sarà tendenzialmente meno strutturato perché destinato a misurarsi soltanto in relazione ai soggetti agenti che di quell'interesse sono gli specifici portatori. Viceversa, se l'interesse da realizzare è generale, il processo attraverso cui si perviene alla decisione sarà necessariamente più complesso in quanto non si misura sul soggetto agente, bensì sull'intera collettività di riferimento che di quell'interesse è il vero e unico titolare⁷¹. È per questo che, nell'attuale assetto normativo, le attività destinate a realizzare gli interessi generali sono conformate in modo da garantire scelte ragionevoli, proporzionate, trasparenti, efficienti, efficaci, prevedibili, conoscibili, ponderate, aderenti alla concreta realtà dei fatti, ossia scelte rispondenti a specifici canoni variamente inquadrabili nei principi di buon andamento e imparzialità affermati a livello costituzionale. Per la stessa ragione il procedimento amministrativo è il luogo tendenzialmente più adatto per formare una decisione coerente e rispettosa di questi canoni, come confermano anche le ricordate previsioni che assoggettano l'attività amministrativa svolta dai privati ai "principi" e ai "criteri" della legge sul procedimento. Ma, nella prospettiva indicata, il rispetto di questi criteri e principi deriva dalla peculiare natura dell'interesse da soddisfare e non dalla natura del soggetto agente o da un'aprioristica riconducibilità dell'azione al diritto pubblico o al diritto privato⁷². Prova ne sia che la

⁷⁰ A. FALZEA, *Comportamento*, in *Enc. dir.*, Milano, Giuffrè, 1961, 136; ID., *Fatto giuridico*, in *Enc. dir.*, Milano, Giuffrè, 1967, 945 ss.; ID., *Efficacia giuridica*, in *Enc. dir.*, Milano, Giuffrè, 1965; *Introduzione alle scienze giuridiche. Il concetto di diritto*, sesta edizione ampliata, Milano, 2008; con specifico riferimento al diritto amministrativo, G. ROSSI, *Diritto pubblico e diritto privato nell'attività della pubblica amministrazione. Alla ricerca della tutela degli interessi*, cit., 661.

⁷¹ Si vedano al riguardo le considerazioni di M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, cit., 117, secondo cui «l'organizzazione è modellata sugli interessi che deve curare, e quindi, necessariamente dipende, nella sua concreta configurazione, dal tipo di interessi che sono considerati (che valgono) come generali».

⁷² G. BERTI, *Il dedalo amministrativo e il diritto*, cit., 296, secondo cui «ciò che si pone all'orizzonte è dunque uno statuto dell'Amministrazione al quale si conformino tutti i soggetti; i quali non ricevono trattamenti privilegiati perché sono organizzati in un modo speciale o perché agiscono secondo finalità dettate dal legislatore, ma perché, a causa della loro struttura o dei rapporti che intrattengono, risolvono la loro attività in strumento per ottenere l'utilità sociale o il bene comune. È questa la condizione che consente di affermare che tali soggetti appartengono all'ordinamento amministrativo ed adottano regole di comportamento coerenti con la doverosità della loro azione (...) l'ordinamento amministrativo è quindi dinamico e aperto: non vi sono soggetti che siano per loro natura amministrativi ed abbiano un titolo di legittimazione loro proprio per abitare nell'edificio amministrativo. Vi sono soggetti che vi stanziano in virtù di rapporti o di scelte di finalità o di modi di operare».

necessità di una maggiore strutturazione del processo formativo della decisione secondo alcuni dei canoni indicati può avvertirsi anche nell'ordinamento privato, come dimostrano quegli approdi delle teorie istituzionali del diritto nell'applicare lo schema procedimentale anche all'ordinamento privato, al fine di guidare e assistere l'autonomia nel suo farsi concretamente scelta⁷³. Più che la rigida dicotomia diritto privato e diritto pubblico, è, dunque, principalmente il concetto di adeguatezza che deve guidare la riflessione sull'azione amministrativa, soprattutto quando essa è svolta da soggetti non formalmente inquadrati nell'amministrazione pubblica, così da saggiare l'idoneità dell'organizzazione approntata e dell'attività espletata a garantire in concreto la realizzazione degli interessi generali⁷⁴.

Sul piano sistematico, la soggezione dell'amministrazione ad uno statuto giuridico unitario incentrato sul vincolo funzionale, sostanzialmente indifferente alle forme di manifestazione dell'attività e dalla natura del soggetto agente, rende necessario impiegare nuove categorie diverse da quelle tradizionali dell'atto e del provvedimento, ormai non più idonee a dare conto del complesso fenomeno amministrativo rivelato dall'attuale ordinamento. A tal fine, un tentativo è stato quello di delineare una nuova nozione di comportamento amministrativo che, muovendo da alcune suggestioni di teoria generale, possa inquadrare unitariamente le diverse forme di attività amministrativa, riconoscendone il tratto comune negli aspetti funzionali e nel rispetto di un nucleo essenziale di garanzie sostanziali riconducibili ai principi costituzionali di buon andamento e imparzialità⁷⁵. In una prospettiva *de iure condendo*, l'impiego di una simile categoria potrebbe rivelarsi utile anche per ridisegnare il riparto giurisdi-

⁷³ Ci si riferisce, in particolare agli studi di SALV. ROMANO, *Introduzione allo studio del procedimento giuridico di diritto privato*, Milano, Giuffrè, 1961; ID., *Autonomia privata*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1955, ora anche in *Scritti minori*, Milano, Giuffrè, II, 1980; ID., *L'atto esecutivo nel diritto privato*, in *Riv. dir. civ.*, 1957, ora anche in *Scritti minori*, Milano, II, 1980; per l'applicazione al diritto amministrativo dell'impostazione di Salvatore Romano, originariamente ambientata nel diritto civile, F. MERUSI, *Il diritto privato della pubblica amministrazione alla luce degli studi di Salvatore Romano*, cit., 649 ss.

⁷⁴ A. ALBANESE, *Il principio di sussidiarietà orizzontale: autonomia sociale e compiti pubblici*, cit., 82, secondo cui l'adeguatezza dei soggetti privati non si traduce esclusivamente nella necessità "che essi assicurino efficienza ed economicità", ma "incide anche sui modi di assolvimento dei compiti e sul rispetto delle regole e dei principi necessari per il perseguimento i interessi pubblici"; G. ROSSI, *Diritto pubblico e diritto privato nell'attività della pubblica amministrazione. Alla ricerca della tutela degli interessi*, cit., 661; ID., *Le trasformazioni in atto e gli albori di nuovi assetti. Il problema della adeguatezza*, cit., 275 ss.; ID., *Interessi pubblici e diritto privato. Problemi di metodo e adeguatezza*, cit., 7.

⁷⁵ E. ZAMPETTI, *Contributo allo studio del comportamento amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2012; ID., *La nuova nozione di comportamento amministrativo*, in *Dir. e Soc.*, 2017, 801 ss., anche in *Concetti tradizionali del diritto amministrativo e loro evoluzione*, a cura di E. Zampetti e A. Carbone, Napoli, Jovene, 2018, 345 ss.

zionale, estendendo la giurisdizione amministrativa a tutte le ipotesi caratterizzate dalla presenza di un comportamento amministrativo astrattamente orientato alla concreta soddisfazione dell'interesse generale normativamente predefinito.

Anche in una prospettiva assiologica o di concezione oggettiva del potere, si deve infine sottolineare l'importanza del ruolo ordinatore degli apparati pubblici, soprattutto ai fini della concreta applicazione del principio di sussidiarietà orizzontale. In presenza di nuovi bisogni progressivamente emergenti nel tessuto sociale, resta infatti pur sempre necessaria una sintesi dell'apparato pubblico, affinché quei bisogni assurgano realmente ad interesse generale e non si risolvano in una situazione di vantaggio di cui possano beneficiare soltanto i singoli o la formazione sociale che li abbia proposti e rappresentati. Nell'ambito della c.d. sussidiarietà orizzontale, il *riconoscimento* dell'attività come d'interesse generale, unitamente alla sua concreta organizzazione e specifica regolamentazione, serve proprio ad evitare il rischio paventato⁷⁶.

⁷⁶ Si vedano sul tema generale, le considerazioni di M. NIGRO, *Formazioni sociali, poteri privati e libertà del terzo*, in *Politica del diritto*, 1975, ora in *Scritti giuridici*, Milano, Giuffrè, 1996, II, 1150, che, nell'esaminare la posizione del terzo al cospetto delle formazioni sociali di cui quel terzo non faccia parte, rileva che «la protezione del terzo è, invece, affidata in primo luogo all'assoggettamento, il più ampio e generale possibile, delle formazioni sociali alla *rule of law*», precisando che debbono essere individuati «i nodi principali dei rapporti tra formazioni sociali e terzi» ossia «i punti nei quali si manifesta la tendenza e la possibilità della formazione di porsi come fattore d'irrigidimento della vita sociale e di sopraffazione dei terzi» e che «è lì che deve intervenire l'ordine giuridico generale per salvaguardare la libertà del terzo e riaprire le vie della circolazione sociale»; ID., *Il nodo della partecipazione*, in *Politica e Regioni* (Atti del Convegno su «La partecipazione nello stato regionale»), L'Aquila, 1981, ora anche in *Scritti giuridici*, Milano, Giuffrè, 1996, II, 1413 ss.; F. LEDDA, *Problema amministrativo e partecipazione al procedimento*, in *Dir. amm.*, 1993, 133 ss.