

La Pubblica amministrazione e le “Società Intermedie” (*)

Il Codice dell'azione amministrativa, curato da M. A. Sandulli, pubblicato nella stessa collana, iniziata nel 1992, dal Codice civile, curato da P. Rescigno.

I- Mai si sarebbe pensato, allora, di riuscire a pubblicare in quella collana, stante l'assenza di un apparato normativo organico, un commentario di diritto amministrativo e men che meno un codice amministrativo, che manca tuttora. Tuttavia, nel frattempo tante cose sono cambiate; oggi abbiamo la legge fondamentale sul procedimento amministrativo, tanti testi unici ed anche un codice sul processo amministrativo e questo forse è sufficiente a giustificare l'ambizioso titolo.

L'accostamento al codice civile ed alla teoria di Pietro Rescigno suggerisce alcune considerazioni sul rapporto tra il diritto amministrativo e il diritto civile e, in particolare, sulla possibilità di cedere alla suggestione di configurare le amministrazioni pubbliche come società intermedie.

L'ipotesi è audace, ai limiti della provocazione, ma spesso l'uso delle iperboli fa capire meglio lo stato delle cose.

L'impossibilità di ricondurre ad unità le due grandi branche del diritto si fonda su molti argomenti; tra i tanti, qui se ne isolano due fondamentali al punto da essere considerati dei veri e propri assiomi.

Il primo 'assioma' è che le società intermedie (famiglia, partiti politici, sindacati, fondazioni, associazioni, o.n.l.u.s., società commerciali, confessioni religiose e così via) hanno trovato la loro giustificazione proprio per offrire all'individuo una forma di protezione nei confronti dello stato nazionale, di cui la pubblica amministrazione era lo strumento più efficace per limitare o eliminare l'autonomia negoziale dei privati.

Non a caso Pietro Rescigno ammoniva: *<< E' compito del giurista, oggi, collaborare a restituire il senso della fede nelle comunità perdute. Nella famiglia, nel partito, nel sindacato, nella chiesa, l'uomo del nostro tempo e di sempre tenta*

di liberarsi dalle ragioni opposte d'angoscia in cui si muove la condizione umana. Sospesa tra la paura dello stato e il deserto della solitudine>>.

La 'paura dello stato' si spiegava allora, a tacere delle ragioni legate al sistema giuridico, dal fatto che si era da poco usciti dalla guerra, voluta da regimi spietati e autoritari che avevano soppresso tutte le libertà fondamentali dei cittadini, i quali, proprio attraverso i partiti politici e i sindacati, volevano costruire la democrazia perduta e partecipare all'edificazione di uno stato pluralista, così come disegnato dalla Costituzione negli articoli 2, 5, 39 e 49.

Da allora i modelli organizzativi delle pubbliche amministrazioni sono completamente cambiati: al modello cavouriano dell'amministrazione per ministeri, caratterizzato dalla concentrazione di poche funzioni pubbliche esercitate in forma gerarchica, si è passati via via ad un'amministrazione per enti ed infine, dopo l'entrata in vigore della Costituzione e l'istituzione delle Regioni, si è arrivati addirittura al coinvolgimento di espressioni della società civile nello svolgimento di attività di interesse pubblico in attuazione del modello della sussidiarietà orizzontale previsto nell'articolo 118, ultimo comma, della Costituzione, così come modificato dalla legge costituzionale n. 3 del 2001.

Inizialmente il punto di contatto tra le società intermedie e la pubblica amministrazione si esauriva nel riconoscimento della personalità giuridica delle fondazioni e delle associazioni, nell'iscrizione nel registro delle imprese per le società commerciali oppure nella scelta di rimanere enti di fatto, come nel caso dei sindacati disciplinati dall'articolo 39 della Costituzione, non a caso mai attuato.

In seguito l'ordinamento si è evoluto passando da un sistema di riconoscimento della personalità giuridica di tipo concessorio ad uno di tipo normativo; la tendenza è iniziata con l'abrogazione degli articoli 17, 600 e 782 c.c., nonché con il venir meno del parere obbligatorio del Consiglio di Stato in materia di riconoscimento della personalità giuridica, ai sensi della legge n. 127/1997 (2).

In breve, le società intermedie e la pubblica amministrazione erano, per definizione, antagoniste nel funzionamento del sistema.

Il secondo 'assioma' è costituito proprio dalla presenza di un codice del diritto civile, che invece manca nel diritto amministrativo, il che significa che il codice civile era visto come l'unico diritto "eguale dei cittadini", mentre le leggi amministrative erano dettate per le amministrazioni, che dovevano attuarle secondo il modulo della diseguaglianza, ossia secondo lo schema potestà-interesse legittimo.

II- Il 'piccolo codice' della legge sul procedimento amministrativo, dettato nell'interesse di tutti i cittadini che entrano in rapporto con le amministrazioni pubbliche, ha finito, per effetto della sua semplice stabilità nel tempo, con il colmare la diseguaglianza ed entrare a far parte, in un certo qual modo, del diritto comune. Sicché, se non era pensabile un codice che riconducesse a sistema un apparato legislativo vasto e variegato e che si ponesse dal punto di vista dell'amministrazione, si poteva invece pensare ad una legge generale che si ponesse dal punto di vista del cittadino e che, in un certo qual modo, 'imbrigliasse' il potere almeno nel momento in cui questo attingeva interessi privati o comunque particolari.

Nel diritto civile, la presenza di un codice, ossia la presenza stabile di norme scritte sedimentate nel tempo, ha consentito il formarsi di una tradizione interpretativa fortemente legata alla lettera della legge, cui è seguita un'opera secolare di elaborazione concettuale e la formazione di solide categorie giuridiche.

Al contrario, la tradizione del diritto amministrativo è integralmente fondata su un diritto per principi, elaborati dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato francese e poi di quello italiano, che hanno avuto la funzione di conformare i dati altamente eterogenei (regolamenti, circolari interpretative e così via) delle norme scritte.

Naturalmente questo non significa che non esistano principi generali nel diritto civile ma solamente che essi sono in larga parte diventati comuni alle due branche del diritto a seguito della trasformazione delle pubbliche amministrazioni e dell'elevato grado di partecipazione del cittadino alla formazione del provvedimento.

Attraverso la stabilizzazione delle regole del procedimento, che hanno via via assunto, grazie alla legge generale sul procedimento amministrativo - avvertita dal corpo delle pubbliche amministrazioni e dai cittadini come una legge a sostanziale valenza costituzionale, che completa l'articolo 97 della Costituzione - la dignità di un vero e proprio codice amministrativo.

Peraltro, a parte il fatto che le categorie e i principi civilistici sono stati corrosi dalla nuova realtà storico-giuridica, molti principi ed istituti propri del diritto amministrativo vengono utilizzati nel diritto civile, quantomeno nei confronti dei poteri privati, dove pure si registrano rapporti diseguali tra gli stessi "poteri forti".

Anzi, si può dire che esso si avvia a diventare il diritto comune nella fenomenologia dei poteri privati e, in generale, dei rapporti complessi: basti pensare ad istituti come l'abuso di dipendenza economica nella subfornitura (art. 9 l. n.198/1988), al c. d. terzo contratto, al contratto di affidamento fiduciario, alla trasversalità nell'utilizzo delle clausole generali di correttezza e buona fede (spesso insufficiente o, comunque, forzata nello sforzo di contenere gli effetti pregiudizievoli degli accordi tra imprenditori a danno di terzi); al cedimento del diritto societario agli schemi usati dalle burocrazie pubbliche; all'introduzione del reato di corruzione tra privati (2635 cod. civ.).

III- Si diceva dei principi, ma ad essi vengono accostate le clausole generali, i concetti giuridici indeterminati, le categorie, gli istituti e così via.

Per evidenti ragioni gli studiosi di diritto amministrativo hanno avuto la necessità di soffermarsi di più nello studio di essi.

In un bel libro di qualche anno fa (3), dedicato al tema, è dato contarne quasi trenta. Anche il testo curato dalla Sandulli viene costruito sui principi di cui ciascuna delle norme della legge sul procedimento amministrativo è espressione.

Ciò induce alla consapevolezza che i principi generali sono delle vere e proprie norme, che proprio in quanto generali, vanno potenzialmente applicate nei confronti di tutti i soggetti dell'attività giuridica.

Accanto a questi, come si ricordava, ci sono le categorie e gli istituti giuridici.

I principi sono cosa diversa dalle categorie e dagli istituti giuridici che, invece, servono da contrappeso all'invasione del legislatore (4).

In altri termini, mentre la categoria appartiene al procedimento ricostruttivo ed è rimessa all'attività valutativa dell'interprete, i principi sono pur sempre una figura riconducibile al territorio delle regole giuridiche, ancorché, almeno tendenzialmente, incondizionate o sottoposte ad una condizionalità non puntuale.

Si è, tuttavia, finora ritenuto che alcuni principi generali governino esclusivamente l'azione pubblica e che, anzi, contribuiscano a formare un sistema chiuso e compiuto, al punto tale da fondare la distinta 'disciplina' del diritto amministrativo.

I capisaldi del diritto amministrativo tradizionale sono: a) un'amministrazione separata dagli altri poteri; b) una materia disciplinata da norme proprie; c) un sistema giuridico organico ispirato a criteri e principi unitari.

In un brillante studio (5) sono stati individuati non tanto i principi caratterizzanti il diritto amministrativo, bensì quelli che contraddistinguono il diritto amministrativo nel suo rapporto con il diritto privato.

Orbene, i principi che differenzierebbero il diritto amministrativo dal diritto privato sono: la rilevanza dell'attività e delle norme organizzative sulle situazioni giuridiche soggettive incise; la legalità dei fini e dei mezzi; il controllo della discrezionalità; l'effetto invalidante di ogni violazione di legge; il carattere generale della tutela costitutiva; l'ampiezza degli interessi tutelati.

IV- Mentre sulla rilevanza esterna dell'attività e dell'organizzazione si dirà oltre, sugli altri principi, per estrema sintesi, è bene ricordare:

- a) la legalità dei fini indica che, mentre nel diritto privato vige il principio dell'autonomia dei fini, cui la legge pone quali unici limiti la liceità e la meritevolezza dell'interesse perseguito, lasciando il privato, appunto, libero di curare i propri interessi, per i soggetti pubblici i fini sono predeterminati dalla legge;
- b) la legalità dei mezzi indica che, mentre nel diritto privato vige il principio della atipicità contrattuale, nel diritto amministrativo vi è una tipizzazione normativa dei mezzi dell'azione amministrativa, con la conseguenza che l'amministrazione non può ricorrere a poteri giuridici che non gli vengono conferiti dall'ordinamento;
- c) il controllo della discrezionalità indica che, per merito del Consiglio di Stato francese, l'azione concreta dell'amministrazione è stata dapprima sottoposta ad un controllo essenzialmente equitativo e, solo a seguito del riconoscimento per legge del vizio di eccesso di potere, si è tradotta in un vizio di legittimità dell'atto;
- d) il valore di regola invalidante di ogni violazione di legge indica che, mentre nel sistema civilistico la violazione di legge dà luogo ad annullabilità soltanto quando vi sia in tal senso un'espressa previsione, nel diritto amministrativo ogni violazione di legge o di regolamento dà luogo ad annullabilità;
- e) il carattere generale della tutela costitutiva indica che, mentre il sistema civilistico pone al centro la tutela risarcitoria e da inadempimento, relegando la tutela costitutiva ad ipotesi tipiche ed eccezionali, nel diritto amministrativo la tutela costitutiva ha carattere generale;
- f) l'ampiezza degli interessi tutelati indica che, mentre nel sistema civilistico il catalogo degli interessi giuridicamente rilevanti è inevitabilmente limitato, nel diritto amministrativo gli interessi che assumono rilevanza giuridica di fronte all'amministrazione sono più ampi.

V- Naturalmente la rivisitazione di ciascuno dei principi che caratterizzano il diritto amministrativo va oltre le forze di chi scrive e non è possibile effettuarla

in questa sede, meritando ciascuno di essi ben altri approfondimenti di carattere monografico.

Qui valgano le semplici osservazioni che seguono:

a) sulla legalità dei fini, va evidenziato che l'uso di principi generali nel diritto amministrativo comporta, per le ragioni viste, che è molto marcato il fine da raggiungere e questo implica non solo la possibilità di isolare lo scopo della norma, ma di avvicinare concettualmente ad esso lo scopo statutariamente previsto delle organizzazioni private, espressione dell'autonomia collettiva, tanto più che le amministrazioni non amministrano solo la legge statale ma una pluralità di fonti extra-statali;

b) sulla legalità dei mezzi, si consideri che nel diritto civile l'atipicità contrattuale è un fatto più teorico che concreto, in quanto la stragrande maggioranza dei rapporti privatistici si svolge secondo formule tipiche e, anche quando ciò non avviene, diventano rapidamente tipici, con il recepimento di figure contrattuali nuove nel sistema codicistico. Anche il diritto amministrativo si è evoluto sempre più verso l'atipicità provvedimentoale, attraverso l'inserimento di prescrizioni che vanno oltre l'effetto giuridico fondamentale e ciò aggiunge altre perplessità sull'ineluttabile differenza tra i due sistemi;

c) sul controllo della discrezionalità, a parte che è tutto da vedere se al giudice civile sia precluso il controllo delle scelte discrezionali compiute dalle organizzazioni private, si può osservare che anche nell'adempimento, che configura un esercizio di discrezionalità *in executivis*, il giudice compie una valutazione sulla scelta del mezzo adoperato dal debitore per soddisfare l'interesse del creditore nell'ambito dell'attuazione del programma contrattuale, ai sensi dell'articolo 1453 c. c.;

d) sulla regola invalidante delle violazioni di legge, occorre sottolineare che essa non vale soltanto per le organizzazioni pubbliche ma anche per quelle private, come quando, ad esempio, il soggetto impugna una delibera di un ente collettivo. L'annullabilità non si collega, pertanto, alla violazione di una legge

amministrativa, bensì a tutti i casi di effetti giuridici prodotti unilateralmente da un soggetto collettivo nella sfera del privato e, quindi, dall'assenza del contratto;

e) sul carattere generale della tutela costitutiva, basta scorrere gli strumenti previsti dal codice del processo amministrativo per comprendere chiaramente come la tutela costitutiva non è più centrale nel diritto processuale amministrativo, essendo state attratte nel regime normale tutte le tutele possibili, da quella risarcitoria a quella di condanna;

f) sull'ampiezza degli interessi tutelati si riscontra il punto di maggiore sensibilità, in quanto la presenza nel sistema di 'centri di riferimento' di interessi qualificabili come pubblici o, comunque, di effetti giuridici che vanno oltre la sfera dei singoli, da parte di organizzazioni non formalmente pubbliche, induce a ripensare le basi stesse su cui si fonda il diritto amministrativo. Tanto più che l'attività pubblica necessaria, ossia quella in cui la pubblica amministrazione deve per forza agire autoritativamente, è recessiva rispetto alla c. d. attività pubblica facoltativa, sol che si pensi a quella svolta nei settori economici carenti, dove è inevitabile l'intervento pubblico, a quella svolta quando il servizio pubblico non è remunerativo e, quindi, non trova imprenditori privati disposti ad assumerlo o all'attività di riequilibrio economico-sociale.

VI- A questo punto, come già avvertito, occorre soffermarsi sul primo principio ed anche sugli effetti derivanti dalla presenza di una codificazione minima, costituita dalla legge generale sul procedimento amministrativo; anche perché la regolamentazione per legge di quest'ultimo consente di svolgere riflessioni aggiuntive sugli altri principi propri del diritto amministrativo.

La pluralità delle fonti normative e le nuove tecniche nella produzione normativa (6); i nuovi compiti assegnati dal codice di procedura all'opera interpretativa del giudice amministrativo; l'attività ricostruttiva della dottrina e la crisi delle categorie giuridiche civilistiche; la frammentazione dell'interesse pubblico; la crisi dello stato nazionale; l'attività amministrativa di derivazione comunitaria, spesso in collisione con quella domestica; il nuovo modo di

partecipazione dei cittadini alla vita politico-amministrativa della comunità di riferimento; la centralità del governo dell'economia pubblica e la crisi economica, tutto questo, ed altro ancora, impone una rivisitazione di ciascuno dei principi fondanti il diritto amministrativo.

E questo non per diluirlo nel diritto privato, ma per farlo, anzi, diventare il nuovo diritto comune, in cui non solo il diritto civile ed i suoi strumenti, oltrepassando gli stretti confini dei rapporti tra privati, vengono utilizzati anche nella cura degli interessi pubblici, ma anche quel diritto che induce a riguardare le due discipline da una prospettiva completamente nuova, a cominciare dalla soggettività, che non sembra più riconoscersi nella dicotomia pubblico-privata.

La crisi della dicotomia, dunque, per come l'abbiamo conosciuta e studiata, si ha proprio sul versante della soggettività, che finisce con l'imporre un ripensamento del fondamento del potere amministrativo, ossia analizzare se esso derivi direttamente dalle strutture amministrative oppure da una necessaria fonte normativa che di volta in volta gli affidi il compito di attuare, con l'uso degli strumenti della discrezionalità, la 'legge amministrativa'.

Certo è che, nonostante il principio costituzionale della sussidiarietà orizzontale, ci sarà sempre bisogno di una struttura prescelta per attuare una norma.

Sicché, anche il diritto amministrativo vive un momento cruciale che lo riporta ai suoi primordi, visto che è chiamato ancora una volta a scegliere tra la validità delle teorie moniste o di quelle dualiste sul fondamento del potere amministrativo. Se il potere amministrativo non può legarsi al soggetto non rimane che ricorrere alla qualificazione normativa degli interessi. Sicché, occorre stabilire se il percorso sia quello suggerito da Kelsen, ossia andare dalla norma al potere oppure dal potere alla norma da attuare, proprio della concezione classica.

Dal momento che è sempre necessaria una organizzazione pubblica per la cura degli interessi pubblici, le norme che li identificano appartengono al novero delle norme organizzative, altrimenti hanno valore solo sociologico. Lo Stato,

per un principio di costituzione materiale, continua ad avere la potestà di intervento a tutela di ogni interesse che si possa reputare pubblico.

VII- Uno degli assunti di base su cui si fonda la distinzione tra diritto privato e diritto amministrativo è dato dal fatto che l'organizzazione amministrativa ha una rilevanza esterna e, siccome essa è rilevante nella sua globalità, lo sono anche l'attività organizzativa e il funzionamento interno degli enti collettivi.

Il soggetto pubblico viene normalmente creato dalla legge, che non solo gli attribuisce la potestà di curare l'interesse pubblico specifico attraverso gli strumenti propri del diritto amministrativo, ma distribuisce anche tale attribuzione tra i vari organi che compongono l'ente.

Nei confronti dell'amministrazione le leggi istitutive hanno, pertanto, una funzione molto più penetrante e decisiva; anzi, la legge non rappresenta una volontà esterna ma costituisce la sua stessa volontà (7). Da qui la possibilità di annullare l'atto per vizio di incompetenza, che finisce con l'essere un'ipotesi specifica della violazione di legge.

Nel diritto privato, invece, l'organizzazione ed il funzionamento interno dei soggetti privati, almeno secondo la sistemazione classica, è del tutto irrilevante. Il che, forse, non è stato mai vero, sol che si pensi all'impugnabilità degli atti delle persone giuridiche private adottati da organi privi di competenza e agli strumenti di tutela dei soci di minoranza nelle società commerciali.

Ma la vera differenza tra i soggetti pubblici e i soggetti privati è stata fatta risiedere nel fatto che i primi vengono creati direttamente dalla legge, mentre i secondi sono l'espressione più alta dell'autonomia negoziale dei privati, che possono configurare la persona giuridica come meglio credono, con gli unici limiti costituiti dal patrimonio sufficiente a raggiungere lo scopo, lecito e meritevole, e dalla razionalità dell'organizzazione, che deve essere in grado di funzionare.

In altri termini, la pubblica amministrazione è "posta" e non "creata". Sicché, i privati nel loro traffico giuridico si trovano di fronte un soggetto estraneo (che 'incuterebbe timore') con il quale pure debbono instaurare rapporti quando quel soggetto intende invadere la loro sfera giuridica oppure quando vogliono conseguire un bene in attribuzione al medesimo.

Tuttavia, soprattutto se si considera il nuovo diritto societario - che costituisce il settore più vicino alle amministrazioni pubbliche, basti pensare al grande capitolo delle società pubbliche (8) - le cose non stanno più in questo modo.

Soprattutto dopo alcuni recenti contributi della migliore dottrina civilistica ed amministrativistica, il tema della soggettività va riguardato in una prospettiva del tutto nuova.

VIII- Già da tempo la discussione intorno alle persone giuridiche private, non solo ha reso definitiva la separazione tra personalità giuridica e soggettività, ma ha anche disconosciuto autonomia ontologica alle figure soggettive diverse dalla persona fisica, ritenendo che le norme non hanno come destinatario la persona giuridica, bensì le persone fisiche che la compongono e che operano al suo interno o con soggetti terzi. Le associazioni, le fondazioni, i comitati e le società commerciali sono solamente degli strumenti al servizio della persona fisica, al pari di qualunque altro strumento contrattuale.

Proprio gli studi sull'impresa (9) hanno messo in evidenza come l'organizzazione abbia una rilevanza giuridica in sé, chiarendo che il diritto delle società si avvia ad essere il diritto dell'impresa organizzata e che risulta importante porre l'accento non più sul fatto che genera l'organizzazione, bensì sull'organizzazione che produce l'attività di impresa.

Tuttavia, il punto più alto dell'elaborazione dottrina in materia si è avuto con la dimostrazione che alla vecchia idea del soggetto come punto di riferimento degli effetti e del collegamento ad esso delle situazioni giuridiche soggettive sia subentrata, nella cornice di un nuovo realismo giuridico nell'ottica della globalizzazione, una vera e propria crisi della soggettività (10).

In altri termini, la teoria delle situazioni giuridiche soggettive si è completamente svincolata dalla preventiva individuazione dei singoli schemi classificatori dei soggetti e le categorie qualificanti della soggettività *“si sono ridotte alla loro storia”*; cosa, questa, che ha spostato l’attenzione sul versante delle tutele e dei modi per conseguire o difendere il bene in sede giudiziale.

In altri termini, la soggettività non ha più il potere di individuare, in via preventiva, una fattispecie qualificante e finisce per *“stemperarsi in una molteplicità di situazioni valutabili solo a posteriori in funzione di comportamenti attuati e di effetti conseguiti”*.

A questo va aggiunto che la cosiddetta *“detipizzazione”* dell’ente pubblico, unitamente ai fenomeni della privatizzazione e dell’esternalizzazione dei servizi pubblici, ha indotto il legislatore a intervenire su singole società a partecipazione pubblica in maniera caotica e disordinata, attribuendo la personalità giuridica di diritto pubblico a soggetti aventi natura privata, spesso per loro giuridicamente intollerabile. Il che ha comportato che le vecchie formule e distinzioni non hanno più nessun significato nella concretezza del rapporto giuridico controverso.

Il recente decreto legislativo n. 175/2016 e successive modifiche sulle società a partecipazione pubblica ha solo in parte sistemato la materia, visto che rimangono fuori da quella disciplina le società di diritto singolare.

Tutto questo ha comportato il disfacimento ineluttabile del rigido confine tra pubblico e privato, tra interesse generale e interessi particolari, dove non solo il privato trasmette al pubblico strumenti e forme di azioni (contratto, impresa, società, associazione, fondazione), ma il pubblico si presenta in forme soggettive ibride.

IX- Di questo processo la giurisprudenza amministrativa (11) è ben consapevole, laddove a proposito dell’applicabilità della normativa sulla trasparenza alle università libere, ha ritenuto che l’individuazione dell’ente pubblico va fatta sulla base di criteri non statici e formali, ma dinamici e funzionali, in quanto uno stesso soggetto può avere la natura di ente pubblico a

certi fini e rispetto a certi istituti, e può, invece, averne un'altra ad altri fini, conservando rispetto ad altri istituti regimi normativi di natura privatistica.

Questo, per i giudici di Palazzo Spada, non contrasta con la legge n. 70 del 1975, *"in quanto alla base della qualificazione funzionale di ente pubblico ci deve essere sempre un fondamento normativo da cui derivano, per quell'ente, obblighi e doveri oppure prerogative e poteri di natura pubblicistica"*.

Non a caso in quella sentenza si parla di natura <<cangiante>> dell'ente pubblico e, a riprova, vengono fatti gli esempi dell'organismo di diritto pubblico, del gestore del servizio pubblico rispetto alla disciplina del diritto di accesso ai documenti amministrativi, delle società strumentali o titolari di funzioni amministrative esternalizzate, sottoposte alle norme del procedimento amministrativo, delle società a controllo pubblico rispetto all'obbligo di reclutare personale nel rispetto dei principi di trasparenza, pubblicità, imparzialità e dei principi di cui all'articolo 35, comma 3, del decreto legislativo n. 165 del 2001.

X- Si sono volute riportare alcune tracce del dibattito sulla soggettività per dimostrare come la cornice "esterna" in cui essa si articola sia estremamente variegata e non determinante nella qualificazione delle situazioni giuridiche soggettive.

Questo non può non spiegare effetti diretti anche nella concretezza dei rapporti "interni" tra soggetti pubblici e privati e, soprattutto, nel rapporto concreto dei privati cittadini con le pubbliche amministrazioni.

Anzitutto va segnalato come, in un'ottica di sano realismo giuridico, è diventato sempre più irrilevante che il soggetto sia creato dalla norma oppure dall'autonomia negoziale dei privati, poiché questo non sempre determina la natura privata o pubblica del soggetto, come dimostra la vicenda delle fondazioni bancarie.

Inoltre, anche nell'ipotesi in cui non siano anche tra i fondatori dell'associazione o della società, l'associato e il socio si trovano di fronte ad

un'organizzazione già <<posta>> in cui non solo possono sorgere controversie legate alla loro ammissione attraverso il meccanismo del c.d. contratto aperto, ma anche controversie legate alla loro estromissione o, comunque, all'inosservanza delle preesistenti norme statutarie.

In altri termini, anche i soggetti privati pongono in essere un procedimento con cui si amministrano gli interessi coinvolti dei soggetti interni ed esterni alla struttura, spesso confliggenti.

Pertanto, l'attenzione si deve spostare sul procedimento che in concreto si apre e non sulla natura pubblica o privata del soggetto che lo amministra.

In quest'ottica è destinata ad assumere grande rilievo la norma dettata dall'articolo 7, comma 2, del codice del processo amministrativo, laddove stabilisce che: *<<per pubbliche amministrazioni, ai fini del presente codice, si intendono anche i soggetti ad esse equiparati o comunque tenuti al rispetto dei principi del procedimento amministrativo>>*.

La norma diventa centrale nell'economia del sistema almeno per tre ragioni: la prima, in quanto contribuisce a sancire il definitivo declino della funzione qualificante del soggetto presso cui si articola il procedimento, spostandola su quest'ultimo; la seconda, in quanto attribuisce una forza dirompente al procedimento amministrativo, che può essere svolto anche da soggetti non formalmente pubblici; la terza, in quanto la semplice osservanza dei principi del procedimento amministrativo da parte di quei soggetti, che comunque siano tenuti 'per legge' a rispettarli, determina di per sé le situazioni giuridiche soggettive proprie del diritto amministrativo e quindi la giurisdizione del giudice degli interessi legittimi.

L'ultimo corollario conferma anche quanto sopra esposto, ossia che tutto si sposta nel versante della tutela giudiziale, laddove il giudice, al fine di stabilire la tutela possibile, deve individuare il comportamento attuato, la forma in cui esso si è realizzato e l'effetto giuridico conseguito o subito dal soggetto che reclama tutela. Quindi, a tacere dei problemi legati alla individuazione della giurisdizione, le categorie storiche del diritto soggettivo e dell'interesse

legittimo hanno solo una funzione 'indicativa' per il giudice, che deve sempre reperire lo strumento più adatto a fornire la tutela massima nel caso singolo.

Alla indicata centralità del procedimento amministrativo consegue che l'osservanza delle norme sul medesimo può essere svolta anche da soggetti non formalmente pubblici. Per contro, tutti i soggetti pubblici, in quanto dotati di autonomia negoziale, possono utilizzare gli strumenti negoziali se ciò è più conveniente per la cura ottimale dell'interesse concreto loro attribuito (articoli. 1 e 11 l. 241/1990).

A questo va aggiunto che non solo la legge impone al sistema una concezione larga di pubblica amministrazione (articolo 1, comma 2, d.lgs. n. 165 /2001, art. 23 l. n. 241/1990), ma consente di attribuire una crescente considerazione, nel pluralismo voluto dalla Costituzione, ai 'centri di riferimento' di interessi pubblici, che non sempre assumono i connotati formali dell'ente pubblico, eppure curano interessi superindividuali o oggettivamente pubblici.

Il nuovo quadro sembra minare alla base quanto ricordato prima sul confliggente rapporto tra amministrazione e autonomia collettiva dei privati, poiché vi sono sufficienti ragioni per poter affermare che anche l'amministrazione 'pubblica' va assumendo i contorni propri delle 'società intermedie' che, a loro volta, sono sempre più chiamate ad occuparsi di interessi generali, come dimostra l'utilizzazione di fondazioni e associazioni per finalità collettive e pure lucrative.

XI- La nuova regola, dunque, è che la giurisdizione amministrativa segue la proceduralizzazione dell'attività a prescindere dalla natura del soggetto la cui attività è sottoposta alle regole del procedimento.

Ma il punto centrale non è tanto questo, quanto piuttosto il fatto che l'amministrazione pubblica non è più l'apparato operativo dello Stato, o almeno solo dello Stato, il quale, per ciò che riguarda i rapporti esterni, avendo ceduto molto della sua sovranità a favore delle burocrazie europee, affida, quasi per inerzia, alle amministrazioni domestiche il compito di tutelare gli interessi dei

cittadini anche nei confronti delle strutture transnazionali. Sono spesso le burocrazie nazionali ad essere “intermedie” rispetto ai poteri transnazionali; esse possono, quindi, diventare uno strumento per i cittadini laddove, azionando il procedimento amministrativo, portano in rilievo il proprio interesse personale e concreto.

Nelle relazioni interne, invece, lo Stato centrale ha finito con l'essere quasi minoritario nella imputazione e nella cura degli interessi pubblici, mentre le pubbliche amministrazioni sono diventate sempre più autonome e policentriche, essendo state chiamate a curare la grande messe dell'eterogeneità degli interessi della sfera pubblica, non sempre in una veste autoritaria, com'era ai primordi dello stato moderno. La frantumazione dell'interesse pubblico in tanti interessi, quanti sono i portatori, avvicina molto il campo dell'autonomia collettiva a quello della potestà pubblica.

Inoltre, le amministrazioni stanno diventando il punto di riferimento dei singoli cittadini anche in relazione a quelle istanze sociali e politiche, un tempo affidate esclusivamente ed in antitesi alle espressioni della società civile (partiti politici, sindacati e così via). Anzi, l'ultimo baluardo a che questo diventi sistema è costituito dalla mancata previsione in via generale della partecipazione dei privati ai procedimenti formativi degli atti generali e delle pianificazioni programmatiche, nonostante vi siano anche recenti previsioni legislative di consultazioni popolari come, ad esempio, a proposito della creazione o soppressione di società partecipate.

Tutto ciò è dovuto alla crisi della politica, dei partiti tradizionali e delle ideologie.

La politica oggi non elabora visioni generali sul tipo di società che si vuole costruire, ma è ridotta a semplice comunicazione; al tempo stesso i suoi contenuti, nella migliore delle ipotesi, si risolvono nel tentativo di assecondare le istanze concrete di cittadini, quali la equità del fisco, la politica economica, l'efficienza dei servizi, la sicurezza delle città, la penuria del lavoro e così via. Tutti settori, questi, affidati tradizionalmente alle pubbliche amministrazioni. Mancano, e forse non interessa nemmeno averne, i luoghi dove elaborare

proposte politiche per innescare processi duraturi per la realizzazione di modelli di convivenza più equi. I cittadini vogliono dalla politica utilità concrete, che possono essere offerte solo dall'amministrazione pubblica.

Pertanto, favorire l'apertura, e controllarne lo svolgimento, di un procedimento amministrativo presso un soggetto collettivo che, di fatto o per legge, cura un interesse che coinvolge anche quello particolare del cittadino, costituisce per i privati uno dei pochi strumenti di democrazia che "dal basso" consente loro di partecipare alla vita della collettività.

Sul piano giuridico il punto nodale è la risposta da dare all'interrogativo se il diritto amministrativo deve fondarsi sulla natura dell'interesse, pubblico o privato, oppure sulla necessaria presenza di una legge che abiliti una pubblica amministrazione a curarlo. Inoltre, lo spostamento dell'attenzione alla funzione oggettiva - è utile ricordare come la nozione di funzione sia nata nel diritto privato a proposito delle autorità private, soprattutto nel diritto di famiglia - impone agli studiosi di verificare se il procedimento è una conseguenza dell'autorità e quale sia l'antecedente logico di questa visione.

Occorre anche ricordare che istituti come la 'd.i.a.' e la 's.c.i.a.' sembrano oscurare l'autorità dell'atto, nonostante la resistenza ad ammettere l'impugnazione dell'atto privato.

La conclusione sembra essere che la cura di un interesse pubblico può essere intrapresa da un qualunque soggetto rientrante nell'autonomia collettiva ma, se esso vuole utilizzare gli strumenti del diritto amministrativo, vi deve essere una norma che, almeno a certi fini, lo abiliti ad utilizzare il procedimento e le sue regole. Questo comporta, sul piano della tutela, che il controllo giurisdizionale sulla potestà esercitata, sia essa pubblica o privata, deve in ogni caso seguire il collaudato schema potestà-interesse legittimo, essendovi sempre un procedimento e uno spazio di azione discrezionale, determinato dalla migliore scelta possibile dello strumento idoneo a curare in via ottimale l'interesse ultra-individuale, attribuito per legge o per libera scelta.

Sicché, gli altri modi di controllo dei poteri privati, individuati dalla dottrina civilistica, ossia la buona fede nell'esecuzione del contratto e l'osservanza solo formale delle regole procedurali (si pensi alle scelte dell'imprenditore nel licenziamento dei lavoratori della propria azienda), non sono in sintonia con gli sviluppi dell'ordinamento.

Il sistema ordinamentale pone al centro il procedimento sostanziale, in quanto, contrariamente allo strumento contrattuale, è potenzialmente aperto a tutte le istanze individuali e sociali possibili ed è l'unico in grado di comporre e bilanciare l'eterogeneità interessi (individuali collettivi e generali) con il vantaggio che la tutela costitutiva, ossia l'annullamento dell'atto amministrativo o della deliberazione associativa, fondatizia o societaria, destinati ad incidere sulle situazioni soggettive omogenee o diffuse, al di là delle possibili azioni collettive previste per taluni settori, può aspirare a diventare la regola, senza cedere totalmente il passo alla tutela risarcitoria.

E ancora, proprio la necessaria presenza di un'attività procedimentalizzata ogniqualvolta si provveda alla cura unilaterale di un interesse collettivo, con il rischio inevitabile di incidere su situazioni giuridiche soggettive, comporta un ineluttabile avvicinamento, nel concreto della dinamica dei rapporti giuridici, dei soggetti pubblici e privati.

XII- Conclusivamente, le disordinate considerazioni svolte sinora portano a ritenere che la tendenza dell'ordinamento è quella in cui il 'piccolo codice' dell'azione amministrativa che, si badi, è l'espressione di principi generali potenzialmente applicabili a tutti i soggetti che svolgano attività di cura unilaterale di interessi complessi, finisce con il diventare il codice di possibile applicazione comune ai soggetti sia pubblici che privati; tanto più che esso ha il carattere della neutralità, caratteristica propria anche del codice civile, rispetto a qualunque norma si debba 'amministrare' o a qualunque interesse complesso si intenda curare.

Il codice civile, costruito all'insegna dell'uguaglianza formale dei contraenti, si rivela, infatti, inidoneo a governare la complessa fenomenologia dei poteri privati.

In breve, sussiste la necessità di riportare al principio di legalità, e quindi della sindacabilità giurisdizionale, anche quella materia oscura dei rapporti interni delle società intermedie, rispetto alle quali il diritto dei contratti è insufficiente e dove invece molto può fare l'utilizzo del diritto del procedimento.

Questo solo apparentemente pregiudica il valore costituzionale dell'autonomia dei singoli e delle collettività private, in quanto sono gli stessi soggetti privati che vivono le relazioni all'interno delle organizzazioni a potersi avvalere di una legge generale che ha il carattere della neutralità e come scopo la tutela del soggetto debole.

Si rende necessaria un'ultima notazione aggiuntiva, legata alla possibile risposta se si giustifichi, in presenza della indicata tendenza alla compenetrazione dei due sistemi, la presenza di un giudice amministrativo.

La risposta è che tale presenza è ancora più necessaria, non solo per la specializzazione del giudice amministrativo nel controllo del potere pubblico, ed anche del potere privato quando esso incide fortemente sugli assetti della collettività, ma soprattutto perché solo nel giudizio amministrativo, attraverso gli strumenti del giudizio cautelare e del giudizio di ottemperanza, si realizza un rapporto di dinamica simbiosi tra il procedimento e il processo, ossia il controllo del potere nel momento in cui sta per esercitarsi; cosa, questa, che non può essere garantita dagli schemi del processo civile, dove vengono in rilievo rapporti già chiusi ed esauriti.

Inoltre, solo quel giudice può utilizzare lo strumento di verifica della sussistenza o meno dell'eccesso di potere nel caso singolo, ossia spingersi sino al merito del provvedimento; il che significa valutarne la 'giustizia' in concreto, che poi costituisce il vero grande potere del giudice amministrativo e che ne giustifica la presenza nel nostro sistema processuale, di cui, invece, si sente la mancanza negli ordinamenti che ne sono sprovvisti.

Gianpiero Paolo CIRILLO
(*Presidente di Sezione del Consiglio di Stato*
Coordinatore dell'Ufficio Studi della G.A.)

Pubblicato il 17 ottobre 2017

(*) *Lo scritto costituisce la sistemazione rielaborata, con l'apposizione di un apparato minimo di note, della relazione svolta a Palazzo Spada il 12 giugno 2017 in occasione della presentazione del trattato, coordinato da Maria Alessandra Sandulli, "Codice dell'azione amministrativa", seconda edizione. Esso si inserisce nella collana "Le fonti del diritto italiano", iniziata 25 anni fa per opera dell'editore Giuffrè, con la pubblicazione del "Codice civile" commentato, diretto da P. Rescigno, ora alla decima edizione.*

-
- (1) Sono le parole conclusive del suo mai superato saggio 'Le società intermedie', in 'Persona e comunità', Il Mulino, 1966, già sviluppato in due relazioni convegnistiche del 1954 e del 1957.**
 - (2) Sul tema, anche se ha perduto in parte di attualità, si veda: G.P. Cirillo, L'acquisto degli enti in attesa di riconoscimento a seguito dell'abrogazione dell'articolo 17 del codice civile e il parere del Consiglio di Stato, in Il Consiglio di Stato, 125, 1998.**
 - (3) Ci si riferisce a: Studi sui principi del diritto amministrativo, Milano, 2012, curato da M. Renna e F. Saitta, presentato anche presso l'Accademia dei Lincei. Essi sono: il principio di legalità, il principio di imparzialità, il principio di buon andamento, i principi di pubblicità e trasparenza, il principio del merito, il principio del legittimo affidamento, il principio di responsabilità, il principio di giustiziabilità dell'azione amministrativa, il principio di autonomia, i principi di sussidiarietà, adeguatezza e differenziazione, il principio di unità della funzione amministrativa, il principio di continuità dell'azione amministrativa, il principio di nominatività, il principio di ragionevolezza, il principio di proporzionalità, il principio di precauzione, il principio dello sviluppo sostenibile, il principio di pianificazione, il principio di tempestività dell'azione amministrativa, il principio di non aggravamento del procedimento, il principio del giusto procedimento, il principio di motivazione, il principio di semplificazione del procedimento, il principio di contrattualità, il principio di equilibrio economico-finanziario. Ad essi vanno**

aggiunti i principi del diritto amministrativo europeo e i principi del diritto pubblico globale.

- (4) Anche di recente, S. Perongini, *Teoria e dottrina del provvedimento amministrativo*, Torino, 2016, ha ricordato che i principi generali sono norme, anche se essi si rinvengono in disposizioni o in norme che presentano delle evidenti particolarità.

E' utile riassumere quanto sul punto viene chiarito nell'importante studio.

La norma di principio si compone di due elementi, rappresentati dalla fattispecie e dalla statuizione normativa. Orbene, la norma che pone il principio presenta una fattispecie generica e una statuizione nella quale è marcato l'obiettivo da perseguire. L'attuazione dei principi attiene al processo di produzione giuridica e il provvedimento che li viola è censurabile come violazione di legge. Pertanto, si tratta di attività interpretativa, sindacabile in sede giurisdizionale, come ogni attività interpretativa della pubblica amministrazione. Tali conclusioni non sono valide quando il principio non sia posto dalla norma in maniera espressa ma venga desunto in via interpretativa.

Le clausole generali, invece, pongono un modello al quale commisurare una determinata condotta e, anche nel diritto amministrativo sono: la buona fede, il risarcimento in caso di danno ingiusto, l'equità, i criteri di economicità, di efficacia e di efficienza.

Poi ci sono i concetti giuridici indeterminati che non sono, come si potrebbe pensare, entità dotate di ontologica incertezza o vaghezza; al contrario, la particolarità è data dal fatto che nei concetti indeterminati il legislatore utilizza, nella descrizione della fattispecie, termini che abbracciano una pluralità di fenomeni, che fanno riferimento ad una categoria generale, idonea ad assumere diversi significati, e che non hanno caratteri specifici, definiti e precisi.

L'elaborazione della nozione di concetti giuridici indeterminati si deve soprattutto alla dottrina tedesca, che l'ha approfondita in contrapposizione con la nozione di discrezionalità e dislocata sul piano strutturale della fattispecie normativa, scomposta nei due elementi della fattispecie e della statuizione. La discrezionalità, che ricorre quando la legge devolve all'amministrazione il potere di stabilire la regola del proprio agire, è stata, invece, allocata sul versante degli effetti giuridici. Al fine di delineare la prima ipotesi, si suole parlare di spazio di azione; invece, al fine di determinare la seconda, si crea uno spazio di valutazione e di apprezzamento. Quando il legislatore impiega volutamente un concetto indeterminato, attribuisce all'amministrazione un potere discrezionale; quando l'incertezza non è voluta, piuttosto, il legislatore devolve all'amministrazione il potere di interpretare la legge. In tal caso l'amministrazione non dovrà scegliere tra diverse soluzioni ma sarà costretta ad assumere l'unica determinazione giuridicamente corretta. L'attività interpretativa è sindacabile dal giudice perché essa consente di dedurre dal concetto indefinito un unico specifico significato. La categoria dei concetti giuridici indeterminati nasce e si sviluppa congiuntamente alla tesi 'dell'unica decisione giusta'.

- (5) Si prende come punto di riferimento il bellissimo saggio di M. Mazzamuto, *I principi costitutivi del diritto amministrativo come autonoma branca del diritto*, che apre il citato volume *Studi sui principi del diritto amministrativo*, 3-37.

- (6) Sugli sviluppi recenti si veda l'esauriente quadro offerto da M. Clarich, *Manuale di diritto amministrativo*, III ed., Il Mulino 2017, 96-101. Essi sono: la c.d. *soft law* (inviti, segnalazioni, comunicazioni, note informative, auspici, messaggi), che mette in discussione il principio di tipicità delle fonti degli atti amministrativi con valenza regolatoria che, a sua volta, costituisce un'esplicazione del principio di legalità; la tecnica di regolazione '*comply or explain*', con la quale, anziché imporre regole uguali per tutti, il regolatore propone la soluzione ottimale che il destinatario può perseguire oppure no, disattendendo con adeguata motivazione la soluzione indicata; il c.d. *paternalismo libertario*, dove l'opzione proposta dai pubblici poteri si applica in mancanza di una diversa manifestazione di volontà esplicita del soggetto interessato (si pensi all'impiego del reddito senza tenere conto delle future malattie in età avanzata); la regolazione *cogestita*, dove non c'è contrapposizione tra etero-regolazione pubblica e auto-regolazione privata. A queste nuove forme vanno aggiunte le più note forme: i codici deontologici; le autorizzazioni generali, la *better regulation* e l'analisi di impatto della regolazione.
- (7) G. Zanobini, *Corso di diritto amministrativo*, I, Milano, 1954, 29. Naturalmente l'Autore pensava alla legge dello Stato, come esclusiva fonte legittimata a porre i fini da raggiungere da parte delle pubbliche amministrazioni, ma l'ordinamento si è evoluto in direzioni diverse.
- (8) Sul punto si rinvia ai due saggi forse complementari: G. P. Cirillo, *La società pubblica e la neutralità delle forme giuridiche soggettive* in *Riv. Notar.*, 2015, 871-888; *Modelli societari e organizzazione dei servizi pubblici*, in www.giustizia-amministrativa.it, studi e contributi, 2016, entrambi pubblicati negli atti dei convegni di Varenna, Milano, rispettivamente del 2015 e 2016.
- (9) F. Di Sabato, *Società in generale, Società di persone*, in *Trattato di diritto civile del consiglio nazionale del notariato*, diretto da P. Perlingieri, Napoli, 2004, 11-12. Ma già nello stesso senso P. Ferro-Luzzi, *I contratti associativi*, Milano, 1971, 238 ss. Fondamentali sono anche gli studi di C. Angelici, *Interessi pubblici e potere societario*, in *Nuovi poteri e dialettica degli interessi*, Atti Varenna, Milano 2010 e il più recente *In tema di socio pubblico*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2015, 2, II, 175 ss.
- (10) Ci si riferisce all'importantissimo studio di N. Lipari, *Le categorie del diritto civile*, Milano 2013, 50-88, da cui sono tratte anche le frasi virgolettate di cui oltre nel testo.
- (11) Cons. di Stato, VI, n. 3043 dell'11/7/2016 e n. 2660 del 26/5/2015.