

21
FRANCESCO DE LEONARDIS

**ESERCIZIO PRIVATO DI PUBBLICHE
FUNZIONI E PUBBLICI SERVIZI**



giuffrè editore - 2006

Estratto dal volume:

DIZIONARIO DI DIRITTO PUBBLICO

diretto da

SABINO CASSESE

coordinatori

Mauro Catenacci - Alfonso Celotto - Edoardo Chiti
Andrea Gioia - Giulio Napolitano - Livia Salvini

VOLUME III

DAN - GUE

ESERCIZIO PRIVATO DI PUBBLICHE FUNZIONI E PUBBLICI SERVIZI

SOMMARIO: 1. Definizione ed evoluzione dell'istituto. — 2. Profili di *outsourcing* nel diritto positivo. — 3. Ipotesi di esercizio privato di funzioni pubbliche. — 4. Ipotesi di esercizio privato di servizi pubblici. — 5. Pluralità dei titoli che consentono l'esercizio privato di un pubblico servizio. — 6. Il regime giuridico applicabile. — 7. Aspetti problematici. — 8. Conclusioni.

1. Definizione ed evoluzione dell'istituto. — In quella che finora è da considerare la trattazione più ampia e completa sul tema oggetto della presente voce, l'esercizio privato di funzioni e di servizi pubblici viene definito unitariamente come «qualunque forma di attività privata, attraverso la quale vengano ad attuarsi fini propri dello Stato, o in generale di un ente pubblico» [G. ZANOBINI (I.1), p. 235].

Tale definizione consente di far rientrare nel campo di applicazione dell'istituto le ipotesi, sempre più numerose, di esercizio privato della funzione legislativa (si pensi alle norme tecniche adottate sempre più spesso da soggetti privati) e anche i casi di esercizio privato della funzione giurisdizionale (valgano, per tutti, i casi degli arbitri e dei curatori fallimentari).

Il settore di maggiore pertinenza per il diritto amministrativo resta, però, sicuramente quello dell'esercizio privato di potere amministrativo: se, infatti, fisiologicamente le funzioni o i servizi pubblici tendevano ad essere esercitati da organi dell'amministrazione, sono sempre più numerosi, appunto, i casi di esercizio «privato» di funzioni e servizi pubblici o *rec-*

titus, di «azione amministrativa svolta da enti a soggettività privata».

Tali ipotesi vanno distinte sia da quelle di esercizio di funzioni e servizi pubblici da parte di funzionari di fatto — perché in queste ultime l'esercizio di funzioni e servizi non avviene sulla base di un titolo giuridico formale ma in forza della necessità [F. SATTI (I.5), p. 1] — sia dalle attività completamente liberalizzate, dal momento che in esse i soggetti non hanno alcun dovere giuridico di portarle a compimento.

Per Santi Romano [(I.2), p. 176], che è stato tra i primi ad elaborare l'istituto dell'esercizio privato di funzioni e di servizi pubblici, «la caratteristica di tale concetto consiste in ciò, che coloro che esercitano siffatte funzioni, siano essi persone fisiche o giuridiche, non assumono la qualifica di organi degli enti pubblici, non possono considerarsi come funzionari o impiegati dello Stato, oppure come organi autarchici, ma restano semplici privati: la loro attività difatti non viene da essi esplicata in nome e nella rappresentanza di una pubblica amministrazione, ma in nome proprio, e tanto meno costituiscono essi una pubblica amministrazione». Ciò implica, innanzitutto, che quanti agiscono in nome proprio esercitando una funzione

o un servizio pubblico rispondono in proprio delle obbligazioni da illecito civile verso terzi.

Dai tempi in cui scriveva S. Romano ad oggi l'istituto dell'esercizio privato ha percorso un lungo cammino: mentre, inizialmente, si riteneva che l'esercizio privato di funzioni e servizi pubblici costituisse una forma ibrida e anormale e che, addirittura, fosse un istituto gravemente perturbatore dello Stato di diritto, oggi, soprattutto per considerazioni di carattere economico e in applicazione del principio di sussidiarietà in senso orizzontale sancito dall'art. 118, co. 4, cost. e dall'art. 3, co. 5, t.u. e.l., la gran parte dei servizi e un numero sempre maggiore di funzioni vengono svolte da persone fisiche o giuridiche con soggettività privata.

Ciò consente di affermare che, allo stato attuale, l'esercizio privato di funzioni e servizi pubblici non possa più essere considerato un'eccezione ma sia, al contrario, divenuto uno strumento «ordinario» di cura dell'interesse generale: del resto già la Corte costituzionale, vari anni fa ormai, nella nota sentenza sulle Ipab (C. cost., n. 396/1988), aveva affermato che «il generalizzato regime di pubblicizzazione non è più aderente alla mutata situazione dei tempi ed alla evoluzione degli apparati pubblici».

Da una prospettiva per cui, seguendo l'ordine naturale delle cose, i servizi pubblici, e soprattutto le funzioni, dovevano essere esercitati esclusivamente dai soggetti che ne fossero titolari, ossia dai soggetti pubblici, si è passati, quindi, ad un sistema in cui il monopolio dell'esercizio del potere amministrativo in capo ai soggetti con personalità giuridica di diritto pubblico è chiaramente venuto meno [si v. C. FRANCHINI (I.6), p. 323 ss.].

Conseguentemente l'esercizio privato di azione amministrativa, da inquadrarsi tra le forme di organizzazione amministrativa, deve essere oggi rivisitato e inteso con un'ampiezza assai maggiore di quella che gli riconobbero i suoi primi sistematori.

2. Profili di *outsourcing* nel diritto positivo. — La causa fondamentale della moltiplicazione esponenziale delle ipotesi

di esercizio privato di funzioni e servizi pubblici va ricercata nella progressiva e costante riduzione della sfera della pubblica amministrazione [in generale, sul punto, S. CASSESE (II.1)]; dal 1990 in poi, soprattutto per ragioni di bilancio, ma anche per esigenze imposte dal diritto comunitario, il ricorso all'*outsourcing* da parte delle pubbliche amministrazioni è notevolmente aumentato [per un quadro riassuntivo delle vicende relative alle esternalizzazioni A. MALTONI (II.8)].

Un numero sempre maggiore di funzioni (sia in senso stretto che strumentali o complementari) prima svolte da soggetti pubblici sono oggi esercitate da soggetti privati e, in un numero assai ampio di casi, prestazioni prima rese da soggetti pubblici vengono oggi fornite da soggetti privati: l'esercizio privato ormai si combina, quasi fisiologicamente, con l'esercizio pubblico del potere stesso.

In tale quadro di profonda integrazione tra soggetti pubblici e privati nel dovere di curare concretamente l'interesse generale, l'amministrazione viene intesa fondamentalmente in senso oggettivo, avendo perso il suo collegamento ontologico con gli enti a personalità giuridica di diritto pubblico.

Anche il legislatore ha preso definitivamente atto di tali mutamenti: così nella legge sul procedimento, come di recente modificata dalla l. n. 15/2005, si legge che «i soggetti privati preposti all'esercizio di attività amministrativa assicurano il rispetto dei principi di cui al co. 1» (art. 1, co. 1 *ter*); che per pubblica amministrazione s'intendono «tutti i soggetti di diritto pubblico e i soggetti di diritto privato limitatamente alla loro attività di pubblico interesse disciplinata dal diritto nazionale o comunitario» (art. 22, co. 1, lett. e); che il diritto di accesso si esercita non solo nei confronti delle pubbliche amministrazioni ma anche «dei gestori di pubblici servizi» (art. 23).

Allo stesso modo il testo unico sulla documentazione amministrativa (art. 2, d.P.R. n. 445/2000) prevede che le disposizioni in materia di documentazione si applichino sia agli «organi della pubblica amministrazione» che ai «gestori di pubblici servizi» e non mancano norme di settore, come ad esempio le carte di ser-

vizi, che si applicano indistintamente ai soggetti pubblici e a quelli privati che operino sulla base di un titolo concessorio o convenzionale.

La legislazione nazionale si conforma pienamente ormai al *trend* evolutivo di quella comunitaria che ha sposato una nozione funzionale e oggettiva di attività amministrativa prevedendo un regime derogatorio delle generali norme sulla concorrenza quando si ravvisi una «missione» di interesse generale indipendentemente dalla natura giuridica del soggetto che la svolga [sull'art. 86 tr. Ce e in generale sulla nozione di missione si cfr. D. SORACE (II.7), p. 388 ss.] e che utilizza una nozione di amministrazione «a geometria variabile».

Su altro versante, parimenti, si afferma la giurisdizione del giudice amministrativo indipendentemente dalla natura pubblica o privata del soggetto che svolge l'attività in materia di servizi pubblici (art. 33, d.lg. n. 80/1998), in materia di urbanistica ed edilizia (l'art. 34, d.lg. n. 80/1998 si riferisce espressamente ai «soggetti equiparati» alle pubbliche amministrazioni), in materia di appalti (basti ricordare che la figura dell'organismo di diritto pubblico prescinde totalmente dalla natura giuridica pubblica o privata del soggetto) [sull'ammissibilità del sindacato del giudice amministrativo sugli «atti amministrativi» dei soggetti privati si v. P. DE LISE (II.4); V. CERULLI IRELLI (II.5); A. SANDULLI (II.6)], sicché il giudice amministrativo viene ad atteggiarsi sempre più come giudice della scelta funzionalizzata indipendentemente dalla natura giuridica del soggetto che tale scelta ponga in essere.

Anche la dottrina ammette ora pacificamente che l'attività amministrativa possa essere soggettivamente (ed indifferentemente) imputata ad un sistema complesso composto sia da soggetti pubblici che da soggetti privati [F.G. SCOCA (II.2), p. 108 ss.; B. MATTARELLA (II.3), p. 379 ss.].

3. Ipotesi di esercizio privato di funzioni pubbliche. — Il concetto di esercizio privato di funzioni e di servizi pubblici presuppone la previa definizione dei concetti di funzione e di servizio pubblico

che sono tra i più controversi e meno pacifici di tutto il sistema del diritto amministrativo [si v. sul punto G. MIELE (III.1), p. 137].

Tra le varie proposte definitorie vi è chi, tradizionalmente, ha fatto riferimento alla distinzione elaborata dal legislatore agli effetti della legge penale: la pubblica funzione amministrativa dovrebbe essere conseguentemente definita come attività caratterizzata dalla formazione e dalla manifestazione della volontà della pubblica amministrazione o dal suo svolgersi per mezzo di poteri autoritativi e certificativi (art. 357 c.p.) e il pubblico servizio, residualmente, come attività caratterizzata dall'assenza di poteri tipici della pubblica funzione.

Ma, a prescindere dalla considerazione che sarebbe assai singolare che una definizione così importante per il diritto amministrativo debba essere derivata dal diritto penale, si può osservare che l'intreccio tra funzioni e servizi è così spesso, nella realtà delle cose, tanto stretto da non consentire in nessun modo di distinguere ciò che è funzione da ciò che è servizio.

Appare, quindi, allo stato attuale, preferibile parlare di esercizio privato di azione amministrativa, o meglio, per le considerazioni che si faranno più avanti, di azione amministrativa svolta da enti a soggettività privata.

Volendo comunque seguire l'impostazione data già dai primi sistematori che parlarono di esercizio privato di funzioni e di servizi e volendo attualizzarne il pensiero, si può tentare di procedere distinguendo, ma con l'avvertenza di cui sopra, le ipotesi di esercizio privato di funzioni da quelle di esercizio privato di servizi.

In relazione all'esercizio privato di funzioni il primo sistematore della materia richiamava gli esempi dei diritti politici (diritto di voto, azione popolare, denuncia e querela) e dei doveri politici (giurati, testimoni, periti e tutori) [si v. G. ZANOBINI (I.1), p. 258 ss.].

Oggi, però, sarebbe difficile includere tali fattispecie nell'istituto dal momento che, come è stato ben evidenziato, «perché la forma di collaborazione assuma il carattere della pubblica funzione è indispensabile che la collaborazione sia

resa non sulla base di un obbligo o di una facoltà comune a tutti i privati [...] ma per autorizzazione od obbligo discendente da uno speciale rapporto pubblicistico con l'ente» [G. MIELE (III.1), p. 164].

Tra i settori in cui più spesso si riscontra l'esercizio di funzioni pubbliche vere e proprie da parte di soggetti privati deve essere annoverato innanzitutto quello delle certificazioni: queste possono essere poste in essere, infatti, non solo da soggetti pubblici ma anche, in relazione a determinati profili, da soggetti privati come notai (si cfr. gli art. 2699 e art. 2703 c.c.), avvocati (che oggi, oltre all'autenticità della firma ex art. 83 c.p.c., possono certificare la conformità di una copia trasmessa via telefax in base all'art. 1, l. n. 183/1993), ragionieri, mediatori commerciali, medici, veterinari, insegnanti, comandanti di navi e aeromobili e ministri di culto [si v. anche gli ulteriori esempi indicati da M.S. GIANNINI (I.3), p. 685].

Accanto a dette ipotesi tradizionali, ampiamente descritte e analizzate nelle prime trattazioni in materia, si sono aggiunti nel tempo istituti di assai maggiore diffusione come l'autocertificazione (si cfr. sul punto, in generale, il d.P.R. n. 445/2000), le certificazioni di qualità [si v. A. FIORITTO (III.2), p. 291 ss.], la certificazione della firma digitale (si cfr. d.P.R. n. 445/2000 e d.lg. 10/2002) e le certificazioni delle società organismi di attestazione che qualificano i soggetti esecutori di lavori pubblici (art. 8, l. n. 109/1994; d.P.R. n. 34/2000).

Si può avere esercizio privato di funzioni, poi, anche con riferimento all'istruttoria del procedimento: si pensi ai soggetti privati che svolgono funzioni istruttorie nel procedimento di concessione di contributi o agevolazioni (si cfr. art. 3, co. 2, d.lg. 123/1998; art. 6, co. 2, dir. del Ministero dell'industria 16 gennaio 2001; art. 103, co. 6, l. n. 388/2000 e art. 7, d.lg. n. 297/1999).

L'esercizio privato di funzioni può attenersi anche al settore dell'amministrazione attiva: vi sono concessionari a cui sono attribuiti poteri di esproprio (si cfr. art. 6, co. 8, d.P.R. 8 giugno 2001, n. 327, recante testo unico in materia di espropriazione), soggetti privati cui sono attribuite vere e proprie funzioni di vigilanza

(si possono citare i casi di Borsa Italiana s.p.a., Agecontrol s.p.a., Ribs s.p.a. e Rel s.p.a.), soggetti privati che possono provvedere alla liquidazione, accertamento e riscossione dei tributi (si cfr. da ultimo l'art. 53, d.lg. n. 446/1997 sull'Irap), soggetti privati che verificano la conformità a determinati *standards* tecnici (si cfr. art. 80, d.lg. 30 aprile 1992, n. 285, per quel che riguarda le imprese che esercitano attività di revisione di autoveicoli e motoveicoli) e gli stessi privati possono intraprendere oggi un gran numero di attività a seguito di dichiarazione di inizio attività (art. 19 l. proc.).

Anche lo stesso potere sanzionatorio può essere esercitato da soggetti privati: sono assai noti gli esempi degli ausiliari del traffico e del personale ispettivo delle aziende di trasporto pubblico (si cfr. art. 17, co. 132 e 133, l. 15 maggio 1997, n. 127 come successivamente interpretato dall'art. 68, l. 23 dicembre 1999, n. 488).

La dottrina si è interrogata sulla compatibilità di tale sistema di esternalizzazioni con il principio per cui «ogni ente pubblico, dallo Stato all'ente locale, deve provvedere ai propri compiti con la propria organizzazione e con il proprio personale» (il principio è tuttora pacifico nella giurisprudenza della Corte dei conti: da ultimo C. conti, II giur.cent., n. 137/2002) ed ha concluso in senso affermativo richiamando i principi di sussidiarietà (in senso orizzontale) e di buon andamento nelle sue varianti dell'efficacia e dell'economicità, per i quali le amministrazioni devono (ri-)configurarsi più come amministrazioni di vigilanza e di regolazione che di gestione soprattutto quando da un'analisi costi/benefici discenda la maggior convenienza dell'utilizzazione degli strumenti privati [sul possibile ricorso alla circolare A76 dell'*Office of Management and Budget* del governo federale degli Stati Uniti per realizzare tale analisi si rinvia a J. PRAGER e S. DESAI (III.3)].

4. Ipotesi di esercizio privato di servizi pubblici. — Assai più numerosi sono i casi di esercizio privato di servizi pubblici: alle prime ipotesi di concessionari di servizi (si pensi ai servizi telefonici, ferro-

viari o di riscossione) si sono aggiunte nel tempo fattispecie del tutto nuove.

Allo stato attuale i casi di esercizio privato di servizi pubblici possono essere raggruppati in quattro categorie fondamentali: a) persone giuridiche (generalmente società di capitali) che derivano dalla privatizzazione di enti pubblici economici; b) persone giuridiche (generalmente associazioni e fondazioni) che derivano dalla privatizzazione di enti pubblici non economici; c) persone giuridiche costituite *ad hoc* per l'esercizio di potere pubblico; d) persone giuridiche private preesistenti utilizzate dall'amministrazione per rendere prestazioni a soggetti terzi.

Tra gli esempi del primo tipo si possono ricordare sia le società per azioni che derivano dalla privatizzazione di enti pubblici internazionali come Intelsat, Inmarsat ed Eurusat [L. PANELLA (IV.4)] sia le società che derivano dalla privatizzazione di enti pubblici nazionali (Trenitalia s.p.a., Enel s.p.a., Anas s.p.a., Poste Italiane s.p.a., Iri, Eni ed Ina, ente autonomo gestione cinema per citare solo i casi più noti) sia le società di capitali che derivano dalla privatizzazione delle aziende speciali di livello locale (società per la gestione dei servizi pubblici locali ma anche aziende sanitarie locali).

Tra gli esempi del secondo tipo si possono ricordare le associazioni e le fondazioni che derivano dalla privatizzazione di enti pubblici non economici come gli enti lirici (d.lg. n. 367/1996), gli enti previdenziali (d.lg. n. 509/1994), l'ente «La Biennale» di Venezia, l'Istituto per il dramma antico (d.lg. n. 20/1999), le fondazioni universitarie (d.P.R. 24 maggio 2001, n. 254) [per un quadro generale delle trasformazioni degli enti pubblici si v. E. FRENI (IV.3)].

Tra le persone giuridiche costituite *ad hoc* per lo svolgimento di funzioni e di servizi pubblici si possono ricordare la Arcus per il restauro e recupero di beni culturali (art. 10, l. n. 352/1997), la Sviluppo Italia (art. 1, d.lg. n. 1/1999), la Patrimonio dello Stato e la Infrastrutture s.p.a. (art. 7 e 8, d.l. n. 63/2002 conv. in l. n. 112/2002), le società di trasformazione urbana (si v. art. 120 t.u. e.l.), i consorzi obbligatori per lo smaltimento dei rifiuti

(art. 41, 47, 48 e 58, d.lg. n. 22/1997), le federazioni sportive (art. 15, d.lg. n. 242/1999).

Vi sono poi praticamente in tutti i settori soggetti privati accreditati che svolgono attività che altrimenti avrebbe dovuto svolgere il pubblico potere: si possono citare le Organizzazioni non governative (Ong) nel campo dei rapporti internazionali; le associazioni e società accreditate che lavorano nel campo della formazione professionale sulla base di specifiche convenzioni; le scuole private o le università private nel settore dell'istruzione e le strutture accreditate nel campo della sanità.

Nell'ipotesi in cui sia presente un titolo giuridico che renda doveroso per il soggetto conseguire risultati d'interesse generale, si può parlare di azione amministrativa svolta da enti a soggettività privata e non di vera e propria liberalizzazione del settore: tale doverosità impedisce di parlare, nei casi di privatizzazione, di completo passaggio dall'area dell'autonomia funzionale pubblica a quella dell'autonomia privata caratterizzata dalla libertà di scelta dei fini dell'azione [sulla doverosità come fattore di differenziazione tra il servizio pubblico e attività oggettivamente analoghe si v. A. ROMANO (IV.1), p. 474; R. CAVALLO PERIN (IV.2), p. 61].

5. Pluralità dei titoli che consentono l'esercizio privato di un pubblico servizio. — Mentre agli inizi del Novecento si riteneva pacificamente che l'unico titolo che legittimasse un privato ad esercitare un servizio pubblico fosse la concessione amministrativa [si v. S. ROMANO (I.2), p. 180], oggi appare piuttosto pacifico che l'esercizio di un servizio pubblico possa essere legittimato da una pluralità di titoli: oltre al provvedimento amministrativo possono esservi anche atti di natura consensuale (esemplare, in proposito, il contratto di servizio) o, sempre più spesso, il titolo può essere costituito direttamente dalla legge.

Nei primi due casi (provvedimento e atto consensuale) il trasferimento della funzione o del servizio avviene dall'amministrazione al soggetto privato, mentre nel

terzo caso il dovere di curare concretamente l'interesse generale viene imposto al privato direttamente dall'ordinamento generale senza alcun passaggio o mediazione da parte dell'amministrazione tradizionale.

Ai primi due casi si riferisce sia la Corte costituzionale quando afferma che «rientra in una scelta discrezionale del legislatore consentire che talune funzioni, obiettivamente pubbliche, possano essere svolte anche da soggetti privati che abbiano una particolare investitura da parte della pubblica amministrazione in relazione al servizio svolto» (ord. n. 157/2001), sia il legislatore quando sancisce che gli enti privatizzati «possono continuare a svolgere e gestire, sulla base di apposite concessioni o convenzioni con le autorità ministeriali competenti, i compiti e le funzioni pubbliche attribuiti ad essi dalla normativa vigente» (art. 3, d.lg. n. 419/1999).

Sia il legislatore che il giudice costituzionale hanno messo in evidenza la piena compatibilità tra esercizio della funzione pubblica e soggettività privata evidenziando la duplicità di natura del titolo che legittima il privato a tale esercizio (provvedimentale o consensuale), sconosciuta alla dottrina più risalente: per quest'ultima il titolo giuridico, qualunque esso fosse, oltre a provenire soggettivamente da un'amministrazione, doveva essere di natura esclusivamente provvedimentale.

Oggi è più chiaro che l'ordinamento così come affida all'amministrazione il compito di curare concretamente l'interesse generale, può anche affidarlo direttamente a soggetti privati (in questo caso in assenza di delega di funzioni o servizi dall'amministrazione al privato) con il riconoscimento di ovvi poteri di vigilanza e controllo alle amministrazioni: è ovvio che ove manchi il «passaggio» attraverso l'amministrazione non si possa parlare a rigore di esercizio privato di funzioni e servizi, dal momento che le funzioni e i servizi sono imputati in proprio ai privati.

6. Il regime giuridico applicabile.

— La più antica dottrina si pose il problema del regime giuridico applicabile ai

soggetti privati esercenti servizi pubblici: era evidente che ad essi non potesse essere applicato totalmente il regime privatistico (perché non si sarebbe tenuto conto della doverosità della loro azione) ma era altrettanto chiaro che tali soggetti non potessero essere regolati unitariamente come enti pubblici a tutti gli effetti perché, in tal caso, non si sarebbe tenuto conto dell'autonomia collegata al riconoscimento della personalità giuridica di diritto privato.

Fin dai primi studi in materia si evidenziò che a questi soggetti dovesse applicarsi un regime misto che avrebbe dovuto essere pubblico per quel che riguarda l'attività e privato per quel che riguarda l'organizzazione: per Santi Romano «l'istituto dell'esercizio privato di pubbliche funzioni ha per immancabile caratteristica che tale esercizio non costituisce in nessun modo l'aspetto unico e l'unico fine del soggetto che vi procede, non dà luogo ad alcuno suo *status*, ma a diritti e doveri singoli, che riguardano solo dei punti perfettamente determinati della sua attività» [SANTI ROMANO (VI.1), p. 610].

Non appariva corretto, per tanto, riconoscere alla soggettività privata una sorta di capacità attrattiva che giustificasse l'applicazione del diritto privato a tutti gli aspetti dell'ente, ivi compresa l'attività, e, viceversa, neppure che tale capacità attrattiva dovesse essere riconosciuta all'attività pubblica così da pervenire all'opposto risultato dell'applicazione indiscriminata del diritto pubblico anche all'organizzazione [su tali aspetti si permetta il rinvio a F. DE LEONARDIS (I.7), p. 291 ss.].

Mentre però era abbastanza chiaro che l'organizzazione e la parte di azione non funzionale avrebbe dovuto essere regolata dal diritto privato non era altrettanto chiaro in base a quali principi si potesse applicare il regime pubblicistico all'attività funzionale.

A tal fine si sono seguite, nel tempo, varie strade: un primo tipo di ragionamento si basava sulla distinzione tra titolarità ed esercizio del potere. Si sosteneva che i soggetti pubblici, generalmente titolari e esercenti del potere pubblico, potessero in particolari ipotesi cederne l'eserci-

zio a privati. Costituendo l'attività dei soggetti privati esercizio di potere pubblicistico, sembrava ovvio che ad essa dovesse essere applicato il diritto pubblico.

Per un secondo tipo di ragionamento la titolarità del potere pubblico non poteva essere considerata esclusivo appannaggio dei soggetti pubblici e questa, così come l'esercizio, poteva essere trasmessa a soggetti privati. In tal modo, i soggetti privati dovevano essere qualificati non solo come esercenti pubbliche funzioni e servizi ma come titolari a tutti gli effetti e, quindi, il regime giuridico applicabile alla loro attività doveva essere pubblico.

Altri ancora utilizzarono l'istituto della sostituzione ritenendo che i privati esercenti pubbliche funzioni o pubblici servizi fossero dei veri e propri sostituti dell'amministrazione [G. MIELE (VI.4), p. 425].

Infine vi fu chi, come Giannini, distinse tra l'esercizio privato di pubbliche funzioni che darebbe luogo ad un'ipotesi di *munus* [M.S. GIANNINI (VI.5), p. 125] e l'esercizio privato di pubblici servizi che rappresenterebbe, invece, una mera ipotesi organizzatoria [M.S. GIANNINI (VI.6), p. 259].

In linea generale si può dire che la gran parte delle teorie richiamate partiva dal postulato che il regime giuridico pubblico fosse collegato esclusivamente alla qualificazione formale pubblicistica del soggetto: nei casi in cui il soggetto avesse personalità giuridica di diritto privato perché la sua attività potesse essere regolata dal diritto pubblico la si doveva, in qualche modo, ricondurre agli enti con personalità giuridica di diritto pubblico.

Per poter sottoporre un'attività privata ad un regime pubblicistico occorre, quindi, un titolo che costituisca una sorte di ponte attraverso il quale il potere pubblico «si trasferisse» [V.E. ORLANDO (VI.2), p. 44] nel soggetto privato e tale titolo era generalmente individuato nella concessione.

Fu per questo che, soprattutto grazie all'opera di Zanobini, si estese ai concessionari la qualificazione di organi indiretti dell'amministrazione originariamente prevista per gli enti autarchici secondo il sillogismo per cui le regole pubbliche si applicano ai soggetti pubblici; soggetti pub-

blici non sono soltanto gli enti territoriali e gli enti autarchici (già considerati organi indiretti) ma anche i soggetti privati che svolgono funzioni e servizi pubblici (per lo meno *pro parte* nella misura in cui ad essi viene trasferito il potere ed essi, conseguentemente, vanno considerati organi indiretti); ai soggetti privati che svolgono funzioni e servizi pubblici devono comunque essere applicate le norme di diritto pubblico per la parte di attività funzionalizzata.

Grazie soprattutto a Santi Romano (e alla sua teoria istituzionale) si fece, però, a poco a poco, strada l'idea che il regime giuridico non fosse una conseguenza della qualificazione formale del soggetto ma trovasse il suo momento di collegamento fondamentale nella doverosità dell'esercizio dell'attività.

Il ragionamento viene, quindi, ad essere scandito secondo questi nuovi passaggi: le regole pubbliche si applicano ogniqualvolta vi sia un dovere di curare concretamente l'interesse generale; i soggetti privati, in alcune ipotesi, curano doverosamente l'interesse generale; tali soggetti, per quel che attiene all'esercizio dell'attività funzionalizzata devono applicare le norme pubblicistiche.

Se, apparentemente, i due tipi di ragionamento sembrano condurre a identiche conclusioni, le differenze sono, invece, assai rilevanti: innanzitutto la seconda impostazione, assai più moderna e contigua al concetto di *mission* di derivazione comunitaria, chiarisce che i soggetti privati non sono soggetti pubblici o soggetti amministrativi e neppure che vi è motivo di considerarli organi indiretti; in secondo luogo le norme che i soggetti privati (ma pubblici esercenti) devono applicare, non necessariamente devono essere identiche a quelle previste per gli enti pubblici perché sono originate (o derivano) dalla funzione che tende a connotarsi diversamente per il solo fatto che viene svolta da enti a soggettività privata.

All'attività dei concessionari deve essere applicato il regime pubblicistico, quindi, non tanto perché in essi vi è stato un «travaso» di potere dai soggetti pubblici ma perché il potere da essi esercitato è un potere funzionale ossia perché essi

hanno il dovere di curare concretamente l'interesse generale.

Il contenuto del potere si sostituisce quindi alla natura del soggetto come fonte delle regole ed è proprio la definizione di tale contenuto, che si desume evidentemente dal provvedimento di concessione o dagli altri titoli, che individua i limiti e le regole del suo esercizio.

7. Aspetti problematici. — Il regime misto a cui sono sottoposti i soggetti privati che svolgono attività amministrativa implica che alcuni segmenti (soprattutto relativi alla loro attività) siano disciplinati dal diritto pubblico e altri segmenti (soprattutto relativi alla loro organizzazione) siano disciplinati dal diritto privato.

Che soggetti privati possano emanare atti amministrativi è affermazione pacifica sin dalla dottrina più risalente che lo ha ritenuto addirittura come un principio generale del sistema italiano del diritto amministrativo [SANTI ROMANO (VI.3), p. 225]; non sempre, però, le regole pubblicistiche vengono applicate ai privati esercenti pubbliche funzioni o pubblici servizi nello stesso modo in cui vengono sancite per gli enti pubblici.

Così, ad esempio, le attività che sono poste in essere nell'esercizio di una funzione sono sottoposte al principio di pubblicità e come tali sono accessibili (si è già ricordato che lo stesso legislatore ha individuato tra i soggetti passivi del diritto d'accesso non solo gli enti pubblici ma anche i soggetti gestori di pubblici servizi) ma il fatto che l'attività amministrativa sia esercitata da un soggetto privato potrebbe consentire l'accesso solo nella parte in cui esso sia rivolto a verificare la correttezza dell'esercizio della funzione nel rispetto dell'autonomia dell'ente (così, ad esempio, si potrebbero richiedere le poste riepilogative di un bilancio di una società mista ma, se il bilancio fosse in pareggio o in attivo, non sembra ammissibile che si possa richiedere l'elenco dei fornitori o dei consulenti in quanto la richiesta avrebbe solo scopo emulativo).

Allo stesso modo, non sembra necessario che gli atti dei privati esercenti pubbliche funzioni o pubblici servizi siano

formalmente motivati purché siano sostanzialmente giustificati: ovviamente i soggetti privati esercenti attività amministrativa dovranno essere sempre in grado, ove richiesti, di dare conto delle ragioni dell'adozione dell'atto.

Così pure, in materia di controlli, il fatto che tali soggetti siano a capitale interamente pubblico non pare giustificare la sottoposizione di essi allo stesso regime di controlli previsto per gli enti pubblici da cui derivano: un controllo su singoli atti o, addirittura che prevedesse la presenza di un magistrato alle riunioni del Consiglio di amministrazione, sarebbe certamente incompatibile con il riconoscimento di autonomia finanziaria. D'altra parte, trattandosi in gran parte di denaro pubblico, risulta indispensabile qualche forma di controllo che dovrà, comunque, atteggiarsi come controllo sull'attività o di risultato.

La qualifica penale, seguendo la medesima linea di pensiero, segue direttamente la funzione: conseguentemente dovranno essere considerati pubblici ufficiali o incaricati di pubblico servizio anche i privati esercenti pubbliche funzioni o pubblici servizi in ragione del contenuto dei poteri effettivamente esercitati [sul punto si v., in giurisprudenza, App. Roma, 27 aprile 1994, in *Foro it.*, 1994, II, 606 e, in dottrina, M. CAMMELLI e A. ZIROLDI (VII.1), p. 197].

Per quel che riguarda l'accesso agli impieghi, ovviamente, gli esercenti pubbliche funzioni in quanto privati non sono sottoposti alla regola del concorso e, quindi, possono assumere il personale alle stesse condizioni di ogni altro soggetto privato.

In sintesi, come si è affermato, «la società mista pubblico-privata è, innanzitutto, un soggetto imprenditoriale, rientrante nello schema organizzativo gestionale proprio delle società di capitali e, pertanto, non sottoposto alle limitazioni di attività cui soggiacciono le aziende speciali» (Cons. St., V, n. 6325/2004): per questo la gestione dei beni deve essere effettuata sulla base dell'autonomia privata di tali soggetti che non saranno, pertanto, sottoposti alle regole generali stabilite per i beni pubblici.

8. Conclusioni. — L'istituto dell'esercizio privato di pubbliche funzioni e di pubblici servizi, in conclusione, sintetizza una sorta di paradosso: da una parte è una categoria che «sa d'antico» e che, come tale, la manualistica contemporanea quasi non prende in considerazione, mentre, dall'altra, si dimostra come uno degli istituti più fecondi di applicazioni nell'attuale diritto amministrativo.

Le ragioni fondamentali della scarsa considerazione dell'istituto possono essere ridotte a tre e si evincono dall'analisi della stessa espressione «esercizio privato di funzioni e servizi pubblici».

In primo luogo è entrata in crisi la seconda parte dell'espressione ossia «funzioni e servizi pubblici»: come si è detto, non è possibile distinguere con certezza il concetto di funzione da quello di servizio per la continua commistione dei due aspetti nell'azione dei soggetti presi in considerazione e, quindi, il contenuto fondamentale dell'istituto merita di essere rivisitato in una nuova prospettiva.

In secondo luogo, è entrata in crisi anche la prima parte dell'espressione ossia «l'esercizio privato»: tale riferimento presuppone il riconoscimento della distinzione tra titolarità ed esercizio e l'idea che la titolarità della funzione amministrativa spetti in ogni caso in capo al potere pubblico ma ciò, come si è visto, non sempre risponde alla realtà.

In terzo luogo, l'espressione «esercizio privato di funzioni e di servizi pubblici» mette in ombra la realtà, che non può essere dimenticata, dell'effettivo riconoscimento dell'autonomia organizzativa e gestionale privata non considerando la quale si finirebbe per tradire lo spirito stesso del ricorso a soggetti di diritto privato.

Viceversa, l'istituto dell'esercizio privato di funzioni e servizi pubblici, soprattutto attraverso il contributo della teoria istituzionale, ha avuto il grande merito di focalizzare l'attenzione, in assoluto anticipo sugli sviluppi che sono stati in seguito favoriti soprattutto dal diritto comunitario, sul nucleo caratterizzante della cura concreta dell'interesse generale ossia sulla sua doverosità preconizzando quelle ipotesi di azione amministrativa svolta da enti a soggettività privata che oggi costi-

tuiscono una realtà di fatto con la quale ogni studio sull'organizzazione e sulla funzione amministrativa deve necessariamente misurarsi.

FRANCESCO DE LEONARDIS

Bibliografia

- I. In generale sull'istituto si v.: **I. 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, Milano, Società editrice libraria, 1935, II, pt. III, p. 235 ss.; **2. S. ROMANO**, *Principii di diritto amministrativo italiano*, II ed., Milano, Società editrice libraria, 1906, p. 175 ss.; **3. M.S. GIANNINI**, *Esercizio privato di pubbliche attività*, in *Enc. dir.*, XV, Milano, Giuffrè, 1966, p. 685 ss.; **4. A. AZZENA**, *Esercizio privato di pubbliche funzioni e di pubblici servizi*, in *D. disc. pubb.*, VI, Torino, Utet, 1991, p. 165 ss.; **5. F. SATTÀ**, *Esercizio di fatto di pubbliche funzioni (dir. amm.)*, in *Enc. giur.*, Milano, Giuffrè; **6. C. FRANCHINI**, *L'organizzazione*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. Cassese, II ed., *Diritto amministrativo generale*, Milano, Giuffrè, 2003, I, p. 251 ss.; **7. F. DE LEONARDIS**, *Soggettività privata e azione amministrativa*, Padova, Cedam, 2000; **8. G. NAPOLITANO**, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2003; **A. MALTONI**, *Il conferimento di potestà pubbliche ai privati*, Torino, Giappichelli, 2005.
- II. **1. S. CASSESE**, *La nuova costituzione economica*, III ed., Bari, Laterza, 2004; **2. F.G. SCOCA**, *Attività amministrativa*, in *Enc. dir.*, agg. VI, Milano, Giuffrè, 2002, p. 75 ss.; **3. B.G. MATTARELLA**, *L'imperatività del provvedimento amministrativo*, Padova, Cedam, 2000; **4. P. DE LISE**, *Giurisdizione amministrativa e provvedimenti di soggetti privati*, in *Funzione ed oggetto della giurisdizione amministrativa*, a cura di G. Morbidelli, Torino, Giappichelli, 2000, p. 61 ss.; **5. V. CERULLI IRELLI**, «Atti amministrativi» di soggetti privati e tutela giurisdizionale: a proposito della legge Merloni, in *Giorn. dir. amm.*, 1999, p. 1057 ss.; **6. A. SANDULLI**, *La giurisdizione sugli atti dell'organismo di diritto pubblico*, in *Giorn. dir. amm.*, 2000, p. 1194 ss.; **7. D. SORACE**, *Servizi pubblici e servizi (economici) di pubblica utilità*, in *Dir. amm.*, 1999, p. 371 ss.; **8. A. MALTONI**, *Brevi considerazioni in tema di esternalizzazione di attività strumentali e di funzioni amministrative*, in *Riv. C. conti*, 2004, p. 276 ss.
- III. **1. G. MIELE**, *Pubblica funzione e servizio pubblico*, in *Arch. giur.*, 1933, ora in *Scritti giuridici*, I, Milano, Giuffrè, 1987, p. 135 ss.; **2. A. FIORITTO**, *La funzione di certezza pubblica*, Padova, Cedam, 2003; **3. J. PRAGER e S. DESAI**,

La privatizzazione delle attività delle amministrazioni locali. Le lezioni da trarre dal metodo federale dell'affidamento all'esterno, in *Prob. amm. pubb.*, 1998, p. 63 ss.

IV. 1. A. ROMANO, *Profili della concessione di pubblici servizi*, in *Dir. amm.*, 1994, p. 459 ss.; 2. R. CAVALLO PERIN, *Comuni e province nella gestione dei servizi pubblici*, Napoli, Jovene, 1993; 3. E. FRENI, *Le trasformazioni degli enti pubblici*, Torino, Giappichelli, 2004; 4. L. PANELLA, *La privatizzazione delle organizzazioni internazionali di telecomunicazione via satellite*, Milano, Giuffrè, 2003.

VI. 1. S. ROMANO, *Il Comune*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, a cura di V.E. Orlando, Milano, Società editrice libraria, 1907; 2. V.E. ORLANDO, *Principi*

di diritto costituzionale, V ed., Firenze, Barbera, 1909; 3. S. ROMANO, *Corso di diritto amministrativo*, III ed., Padova, Cedam, 1937; 4. G. MIELE, *La distinzione tra ente pubblico e privato*, (già in *Riv. dir. comm.*, 1942), ora in *Scritti giuridici*, I, Milano, Giuffrè, 1987, I, p. 365; 5. M.S. GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1950, I; 6. M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1970; 7. F. DE LEONARDIS, *Il concetto di organo indiretto: verso nuove ipotesi di applicazione dell'esercizio privato di funzioni pubbliche*, in *Dir. amm.*, 1993, p. 670; 8. G. NAPOLITANO, *Soggetti privati «enti pubblici?»*, in *Dir. amm.*, 2003, p. 801 ss.

VII. 1. M. CAMMELLI e A. ZIROLDI, *Le società a partecipazione pubblica nel sistema locale*, II ed., Rimini, Maggioli, 1999.