

**DIRITTO AMMINISTRATIVO**

Anno XVI Fasc. 3 - 2008

Francesco de Leonardis

**ATTI (E REGOLE) DEI SOGGETTI
CONCESSIONARI**

Estratto



Milano • Giuffrè Editore

FRANCESCO DE LEONARDIS

ATTI (E REGOLE) DEI SOGGETTI CONCESSIONARI

SOMMARIO: 1. Gli ambiti problematici. — 2. Problemi di «anzianità» del diritto processuale. — 3. L'esperienza innovativa del diritto sostanziale. — 4. La giurisprudenza come «cinghia di trasmissione». — 5. I titoli di preposizione dei soggetti privati all'esercizio di attività amministrativa. — 6. Il doppio regime o la regolazione per segmenti. — 7. Le regole di azione dei soggetti concessionari.

1. Il tema degli atti dei soggetti concessionari presenta almeno tre profili di rilevante interesse: uno di carattere processuale e due di carattere sostanziale.

Il primo profilo è quello della giurisdizione (ossia se tali atti vadano impugnati avanti al giudice ordinario o amministrativo), il secondo è quello dell'accesso (ossia se e in quale misura tali atti siano accessibili) e il terzo è quello delle regole che i soggetti concessionari devono adottare nella loro azione (quali siano le regole procedurali che si applicano a tali atti).

Mentre il primo (1) e il secondo (2) profilo sono stati abbon-

(1) E. CANNADA BARTOLI, *Degli atti di gara del concessionario di sola costruzione*, in *Foro amm.*, 1991, 655 che criticava gli esiti della sentenza Mededil affermando però che il concessionario deve osservare le medesime procedure cui sarebbe tenuta la pubblica amministrazione; F.G. SCOCA, voce *Attività amministrativa*, in *Enc. dir.*, Agg., VI, 2002, 108 ss. che dedica un ampio ed esauritivo paragrafo al tema dell'attività oggettivamente amministrativa; P. DE LISE, *Giurisdizione amministrativa e atti dei soggetti privati*, in *Funzione e oggetto della giurisdizione amministrativa* (a cura di G. MORBIDELLI), Torino, Giappichelli, 2000, 62 ss. che contiene un'accurata rassegna della giurisprudenza 1990-2000; Id., *Atti di soggetti privati e giurisdizione amministrativa*, in *Enti pubblici*, 2006, 11, 579 ss.; F. BASSI, *Concessionario di opera pubblica e atto amministrativo*, in *Dir. econ.*, 1989, 7 ss.; G. AZZARITI, *L'attività del concessionario di opere pubbliche*, in *Dir. proc. amm.*, 1990, p. 384; F. SATTA, *Concessioni di opere pubbliche e atti del concessionario*, in *Giur.*

dantemente studiati, anche perché, soprattutto negli ultimi anni, sono stati vari gli interventi del legislatore e della giurisprudenza al riguardo, sul terzo profilo la dottrina e la giurisprudenza sono assai scarse.

Eppure, una volta risolto, in un modo o nell'altro, sul versante processuale, il problema della giurisdizione (e tale pare la situazione attuale), se non s'individuano i parametri di giudizio ai quali l'azione dei concessionari deve conformarsi, si rischia di vanificare completamente lo sforzo sostenuto.

Il rischio è in altre parole quello di aver impiegato tante energie a capire quale debba essere il giudice degli atti dei concessionari che, una volta individuato, non restino più forze sufficienti per comprendere ciò che è veramente fondamentale, ossia quali siano le regole cui debba ispirarsi il suo giudizio.

2. Tenendo dunque presente che il vero obiettivo è quello di capire quali regole sostanziali si applichino all'attività dei concessionari, sembra il caso di partire dal primo e più classico degli ambiti problematici: ossia quello dell'individuazione del giudice competente a conoscere degli atti dei soggetti concessionari.

Così posto, il tema « sa » di vecchio dal momento che le relative problematiche sono state già ampiamente approfondite: la

it., I, 1, 1991, 321 ss., E. CASSETTA, *Pubblico e privato nelle concessioni e nei contratti della p.a.*, in *Dir. econ.*, 1992, 275; F. DE LEONARDIS, *Soggettività privata e azione amministrativa*, Padova, Cedam, 2000; G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2003, 171; Id., *Soggetti privati enti pubblici*, in questa *Rivista*, 2003, 818; Id., *L'esercizio privato di attività amministrative*, in *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, 89; A. MALTONI, *Il conferimento di potestà pubbliche ai privati*, Torino, Giappichelli, 2005; M. ANTONIOLI, *Società a partecipazione pubblica e giurisdizione contabile*, Milano, Giuffrè, 2008, 56; M. SPASIANO, *Interessi pubblici e soggettività emergenti*, Napoli, Giannini, 1996, 74; M. DUGATO, *Oggetto e regime delle società di trasformazione urbana*, in questa *Rivista*, 1999, 511; A. POLICE, *Dai concessionari di opere pubbliche alle società per azioni di diritto speciale: problemi di giurisdizione*, in *Dir. proc. amm.*, 1996, 147.

(2) Sul punto per brevità si rinvia a M.G. DELLA SCALA, *Il diritto di accesso all'attività privatistica dell'amministrazione e dei soggetti privati alla luce della l. n. 15 del 2005. Condanna all'esibizione degli atti e ottemperanza al giudicato amministrativo*, in questa *Rivista*, 2006, 195 che contiene una chiara e accurata ricostruzione delle opinioni dottrinali e degli orientamenti giurisprudenziali formati sul tema.

mente corre alla sentenza Mededil (3), al concetto di organo indiretto e alla copiosa giurisprudenza che con essa ha dovuto confrontarsi nei quasi venti anni successivi. Si potrebbe dire forse che il tema della giurisdizione sugli atti dei soggetti concessionari era tra i temi più di moda nella discussione dottrinale dei « ruggenti » anni novanta (4).

Se oggi costituisce un dato assodato che la giurisdizione sugli atti dei soggetti concessionari, quando essi costituiscono esercizio di una pubblica funzione o di un pubblico servizio, spetta al giudice amministrativo, non dobbiamo dimenticare, però, che ciò avviene fondamentalmente grazie a un gruppo di norme di carattere « eccezionale » approvate da dieci anni a questa parte e per un settore speciale (quello degli appalti).

La regola generale in materia di impugnazione di atti amministrativi è un'altra, è ben diversa ed è sancita da norme anche di livello costituzionale: davanti al giudice amministrativo devono essere impugnati esclusivamente atti soggettivamente provenienti da un soggetto pubblico (5).

In tal senso dispone oltre all'art. 2 l. n. 2248/1865 (« provvedimenti del potere esecutivo o dell'autorità amministrativa »), l'art. 103 Cost. (« il Consiglio di Stato e gli altri organi di giustizia amministrativa hanno giurisdizione per la tutela nei confronti della pubblica amministrazione degli interessi legittimi e, in par-

(3) Corte Cass., Sez. un., 29 dicembre 1990, n. 12221 (concedente: Comune di Napoli; concessionario: Mededil): in relazione all'atto di esclusione da una gara da parte della società Mededil la Cassazione afferma che « gli atti posti in essere dal concessionario in funzione della concessione e che non avrebbe potuto compiere senza la concessione non sono atti di diritto privato. Tali attività non sono privatizzate per il fatto di essere poste in essere da soggetti di diritto privato ». « Nella sua figura tipica il concessionario è investito di poteri e facoltà propri dell'ente concedente, quali la progettazione dell'opera, la direzione dei lavori, la sorveglianza, l'espletamento delle necessarie procedure espropriative ». Solo gli atti sostanzialmente posti in essere nell'esercizio delle pubbliche funzioni trasferite dal concedente e dal concessionario sono atti amministrativi ».

(4) J.E. STOLTZ, *I ruggenti anni novanta*, Torino, Einaudi, 2004.

(5) In tal senso di recente e aderendo all'interpretazione letterale della norma E. PICOZZA, *Il processo amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2008, 69 richiama il principio generale per cui l'atto impugnabile deve essere formalmente e soggettivamente amministrativo cioè deve essere emanato da un organo appartenente alla p.a. e nell'esercizio della funzione amministrativa.

ticalari materie indicate dalla legge anche dei diritti soggettivi»), l'art. 113 Cost., comma primo («contro gli atti della pubblica amministrazione è sempre ammessa la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi dinanzi agli organi di giurisdizione ordinaria e amministrativa»), l'art. 26 t.u. C.d.S. (giurisdizione del g.a. contro atti e provvedimenti di un'autorità amministrativa o di un corpo amministrativo deliberante), gli artt. 2 e 3 della l. Tar (che prevedono la competenza dei Tar su atti e provvedimenti emessi da organi periferici dello stato e degli enti pubblici ultraregionali, da enti pubblici non territoriali e da organi centrali dello stato e da enti pubblici a carattere ultraregionale).

Questo è il «pacchetto» normativo con il quale tutti quelli che, a vario titolo, si sono imbattuti nella tematica dell'impugnazione degli atti di soggetti privati si sono dovuti necessariamente confrontare (6) e che aveva indotto Giannini a scrivere, con la sua consueta perentorietà, «gli atti dei privati esercenti pubbliche funzioni e pubblici servizi non essendo atti amministrativi, ma ad effetti equiparati a quelli degli atti amministrativi, non si impugnano mai dinanzi alla giurisdizione amministrativa» (7).

A tale «pacchetto» restrittivo si sono andate nel tempo contrapponendo alcune norme «eccezionali» per le quali, a particolari condizioni, anche gli atti di soggetti privati devono essere impugnati davanti al giudice amministrativo. Tali norme risalgono a dieci anni fa e sembrano ispirate, fondamentalmente, alla tutela della concorrenza.

Nello stabilire che sono devolute alla giurisdizione del g.a. tutte le controversie in materia di pubblici servizi (...) in particolare quelle (...) aventi ad oggetto le procedure di affidamento di appalti pubblici di lavori, servizi e forniture, svolte da soggetti comunque tenuti all'applicazione delle norme comunitarie o della normativa nazionale o regionale, l'art. 33 d.lgs. n. 80/1998, poi seguito dall'art. 6 della l. n. 205/2000 e dall'art. 244 d.lgs. n. 163/

(6) V. ad es. CERULLI IRELLI, *Atti amministrativi di soggetti privati e tutela giurisdizionale: a proposito della legge Merloni*, in *Giorn. dir. amm.*, 1999, 1057 ss.; A. SANDULLI, *La giurisdizione sugli atti dell'organismo di diritto pubblico*, in *Giorn. dir. amm.*, 2000, 1194.

(7) M.S. GIANNINI, voce *Atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, IV, 1959, 172.

2006 (appartengono alla giurisdizione amministrativa del giudice amministrativo tutte le controversie, ivi incluse quelle risarcitorie, relative a procedure di affidamento di lavori, servizi, forniture, svolte da soggetti comunque tenuti nella scelta del contraente o del socio, all'applicazione della normativa comunitaria ovvero al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica previsti dalla normativa statale o regionale) più che affrontare il tema della natura giuridica di tali atti sembra essere intervenuto a garanzia dell'interesse delle imprese.

Tra le norme eccezionali va annoverato anche l'art. 34 d.lgs. n. 80/1998 (per cui « sono devolute alla giurisdizione amministrativa esclusiva del giudice amministrativo le controversie aventi per oggetto gli atti e i provvedimenti delle amministrazioni pubbliche e dei soggetti alle stesse equiparati ») in cui fa capolino la nozione di atto e provvedimento di soggetto equiparato alle pubbliche amministrazioni (8).

Si è dunque evidenziato in modo netto il conflitto tra la regola generale, espressa dal pacchetto normativo che si è citato, per cui l'atto amministrativo proviene necessariamente dal soggetto pubblico e di fronte al giudice amministrativo non trovano spazio gli atti di soggetti privati, e le regole eccezionali degli ultimi dieci anni che hanno invece riconosciuto atti amministrativi di derivazione soggettiva privata.

E proprio su tale conflitto è intervenuta anche la Corte costituzionale ribadendo il rapporto regola/eccezione: con la sent. n. 204/2004 si è ridotto il troppo ampio riferimento ai « pubblici servizi » contenuto nella disciplina eccezionale, prevedendo che la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo si ha esclu-

(8) Per Cass., Sez. un., 27 luglio 2005, n. 15660 rientra conseguentemente nella giurisdizione del giudice amministrativo la controversia sulla domanda proposta da alcuni proprietari di immobili nei confronti della società alla quale era stata affidata la concessione per la progettazione esecutiva e la costruzione di una linea ferroviaria ad alta velocità al fine di ottenere il risarcimento del danno causato dalla realizzazione dell'opera (Corte cost. n. 281/2004 aveva dichiarato l'illegittimità costituzionale di tale articolo nella misura in cui istituisce una giurisdizione esclusiva in materia di edilizia e di urbanistica anziché limitarsi ad estendere in tale materia la giurisdizione del g.a. alle controversie aventi ad oggetto diritti patrimoniali consequenziali ivi comprese quelle relative al risarcimento del danno).

sivamente nell'ipotesi in cui si ravvisi una « concessione di pubblici servizi ». Sicché oggi il sistema che deriva dalla lettura delle norme processuali è il seguente: per regola generale gli atti amministrativi impugnabili promanano da soggetti pubblici e solo per eccezione da soggetti privati e, in quest'ultimo caso, il provvedimento che comporta la traslazione dell'esercizio del potere è fondamentalmente la concessione.

Un tale sistema nel 2008 non può che qualificarsi « datato » in quanto improntato ad un concezione di amministrazione che esiste ormai soltanto in una realtà superata.

3. Se si guarda al versante del diritto sostanziale, le cose appaiono completamente differenti.

Il legislatore sembra aver preso atto in modo evidente, negli ultimi anni, che il dovere di curare l'interesse generale si distribuisce tra soggetti pubblici e soggetti privati ossia che il sistema dell'organizzazione amministrativa è ormai configurabile come sistema integrato pubblico-privato.

L'art. 118, comma 4, Cost. introdotto nel 2001 e per cui « Stato, Regioni, Città metropolitane, Province e Comuni favoriscono l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà » dà il senso più ampio di un tale processo di cambiamento (9).

Si pensi poi *in primis* all'art. 1-ter della legge generale sull'azione amministrativa introdotto nel 2005 per cui « i soggetti privati preposti all'esercizio di attività amministrative assicurano il rispetto dei principi di cui al comma 1 »: tale disposizione si riferisce non solo ai casi più tradizionali dei concessionari dei servizi e dei lavori pubblici ma anche, come è stato rilevato, ai soggetti agenti nell'ambito di programmi finanziati dallo Stato o dall'Unione europea (10).

Ma ancora l'art. 2 d.P.R. n. 445/2000 prevede che le disposi-

(9) V. CERULLI IRELLI, voce *Sussidiarietà (principio di)*, in *Enc. giur.*, Agg., 2004.

(10) V. CERULLI IRELLI, *Osservazioni generali sulla legge di modifica della l. n. 241/1990*, parte I.

zioni in materia di documentazione si applichino sia agli organi di pubblica amministrazione che ai gestori di pubblici servizi.

Già all'inizio degli anni novanta, poi, vi erano norme sull'accesso che estendevano la legittimazione passiva all'accesso anche a soggetti privati gestori di pubblici servizi: l'art. 23 l. n. 241/1990 stabilisce che il diritto di accesso si esercita nei confronti delle p.a., delle aziende autonome, degli enti pubblici e dei gestori di pubblici servizi » e l'art. 25 l. n. 241/1990 prevede che contro le « determinazioni amministrative » (quindi anche quelle adottate da soggetti privati) concernenti il diritto d'accesso è dato ricorso al Tar nel termine di 30 giorni.

Che i privati possano adottare atti amministrativi lo si legge anche nel testo unico sull'espropriazione: l'art. 3, comma 1 lett. b) del d.P.R. 8 giugno 2001, n. 327 (t.u. sull'espropriazione) definisce come autorità espropriante sia quella amministrativa titolare del potere in questione, sia il soggetto privato cui sia stato attribuito tale potere in base ad una norma. Il t.u. prevede che se « l'opera pubblica o di pubblica utilità va realizzata da un concessionario o contraente generale, l'amministrazione titolare del potere espropriativo può delegare, in tutto o in parte, l'esercizio dei propri poteri espropriativi, determinando chiaramente l'ambito della delega nella concessione o nell'atto di affidamento, i cui estremi vanno specificati in ogni atto del procedimento espropriativo » (11).

In sintesi, il concetto di pubblica amministrazione può dirsi oggi non tanto contenuto nell'art. 1, comma 2 d.lgs. n. 165/2001 che contiene un'elencazione di soggetti pubblici, quanto piuttosto nell'art. 22 comma 1 lett. e) l. n. 241/1990: 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 ».

Il diritto sostanziale sembra così essere andato assai più avanti di quello processuale (si ammette ormai espressamente che i soggetti privati, nella misura in cui svolgono attività di pubblico interesse, debbono essere considerati amministrazione a tutti gli ef-

(11) Art. 6, d.P.R. n. 327/2001.

fetti) e, tra l'altro, ci si potrebbe chiedere se questa maggiore velocità del diritto sostanziale rispetto al diritto processuale sia una costante del sistema o costituisca, invece, un caso isolato.

4. Nel tentare di definire quali attività possano essere esternalizzate ai privati la stessa Corte costituzionale ha affermato 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 » (12) (sul punto però si noti che negli USA, da sempre in prima linea sul versante dell'*outsourcing*, si sta facendo marcia indietro) (13).

Nel prevedere che « i soggetti privati preposti all'esercizio di attività amministrative » ... l'art. 1 comma 1-ter l. n. 241/1990 evidenzia la necessità di una « preposizione » escludendo innanzitutto che il privato possa auto legittimarsi all'esercizio della funzione o del servizio pubblico. Appare invece necessario un titolo proveniente dall'esterno.

In ordine al problema di quali siano i titoli della « preposizione » dei privati all'esercizio di attività amministrative può aiutare il richiamo dell'art. 3 del d.lgs. n. 419/1999 per il quale 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 ad essi attribuita dalla normativa vigente ».

La norma, pur settoriale, appare di notevole importanza perché chiarisce che il titolo in base al quale il soggetto privato può svolgere funzioni o servizi pubblici non è solo di natura provvedimentale, per es. la concessione, ma anche di natura contrattuale.

Inoltre si danno ipotesi nelle quali è lo stesso legislatore a

(12) Corte cost., ord. n. 157/2001.

(13) Sul punto v. C. CICOGNA, *I presupposti e i limiti giuridici dell'esternalizzazione*, in *L'esternalizzazione delle gestioni amministrative nelle pubbliche amministrazioni* (a cura di L. FIORENTINO e B. MATTARELLA), Maggioli, 2007, 85 che richiama la reinternalizzazione della funzione dei controlli dei passeggeri negli aeroporti e della funzione di definizione degli standard di qualità.

scegliere direttamente che la funzione o il servizio siano svolti da un soggetto privato (preposizione per legge) come nel caso degli enti lirici o previdenziali privatizzati.

Si evidenzia quindi in modo palese il disallineamento tra il diritto processuale, rimasto ancorato a vecchie logiche ormai superate (e per il quale l'unico titolo legittimante il trasferimento di pubblico potere era la concessione) e il diritto sostanziale sicuramente più avanzato (che prevede una pluralità di titoli legittimanti il trasferimento di pubblico potere).

5. La giurisprudenza, non potendo fare altrimenti, si è attrezzata nel tempo per superare la regola generale espressa dal diritto processuale e dilatare l'eccezione in modo tale da allinearsi al *trend* evolutivo del diritto sostanziale (14). Il suo ruolo può essere paragonato a quello di una sorta di cinghia di trasmissione che consente il dialogo tra due mondi che vanno a velocità diverse.

La chiave dell'operazione di allineamento sta nella dilatazione o nella detipicizzazione del concetto di concessione (15) che, invece, nel recente passato, a seguito dell'erompere delle liberalizzazioni, veniva considerata come istituto recessivo o forse anche non significativo (16).

Tale operazione di dilatazione della concessione, che, a livello

(14) Nella sua versione originaria l'art. 5, comma 1, l. Tar prevedeva la giurisdizione del giudice amministrativo su concessioni di servizi e già allora, come era stato efficacemente notato (P. DE LISE, *Giurisdizione amministrativa e atti dei soggetti privati*, cit., 63), la giurisprudenza aveva sminuito il dato letterale facendo rientrare la concessione di opere pubbliche (asseritamente) traslativa di pubbliche funzioni nell'ambito delle concessioni di pubblici servizi, viceversa adottando un'interpretazione assolutamente restrittiva del secondo comma che riserva al giudice ordinario le questioni relative a rapporti economici tra le parti (quali canoni, indennità e altri corrispettivi).

(15) Il recupero di interesse nei confronti della concessione (sia per le restrizioni di bilancio sia per la volontà di rendere partecipe il settore pubblico delle esperienze e dei modi di funzionamento di quello privato) era stato segnalato già dalla Commissione europea nella *Comunicazione interpretativa della commissione sulle concessioni nel diritto comunitario*, 12 aprile 2000 (in *Urb. e app.*, 2000, 1061).

(16) F.G. SCOCA, voce *Attività amministrativa*, in *Enc. dir.*, Agg., VI, 2002, 110; G. AZZARITI, *op. cit.*, 415, Id., *La giurisdizione nelle controversie contro gli atti delle società concessionarie di opere pubbliche*, in *Dir. proc. amm.*, 1991, 539; ne rivaluta gli elementi di struttura giuridica essenziale: R. CAVALLO PERIN, *La struttura della concessione di servizio pubblico locale*, Torino, Giappichelli, 1998, 69 s.

comunitario, comporta la sostituzione del termine con quello di partenariato pubblico-privato (17), non è stata compiuta allo stesso modo dalla giurisprudenza ordinaria e da quella amministrativa.

In un primo tempo, la giurisprudenza ordinaria intendeva la concessione esclusivamente in senso formale: si affermava così la giurisdizione del giudice ordinario in tutti i casi in cui il privato non agisse formalmente come concessionario (così nel caso delle federazioni sportive (18), della società a partecipazione pubblica maggioritaria anche nell'ipotesi in cui la realizzazione dell'opera comportasse l'erogazione di capitali pubblici (19), del consorzio per lo sviluppo industriale non concessionario per la realizzazione di opere di urbanizzazione (20), in generale della società miste (21)). Lo *specimen* di tale orientamento, benché non mancassero pronunce che pervenivano a diverso risultato (22), è rappresentato dal noto caso Siena Parcheggi (23).

Al contrario, fin dall'inizio, la giurisprudenza amministrativa, con il consenso della dottrina (24), aveva potuto prescindere dalla

(17) M.A. SANDULLI, *Il partenariato pubblico-privato e il diritto europeo degli appalti e delle concessioni: profili della tutela*, in RIDPC, 2005; Id., *La nuova tutela giurisdizionale in tema di contratti pubblici (note a margine degli artt. 244-246 del Codice De Lise)*, in *Federalismi.it*, n. 21/2006; E. SCORNI, *Organizzazione pubblica e mercato: società miste, in house providing e partenariato pubblico-privato*, in questa *Rivista*, 2005, 915.

(18) Cass., 4 gennaio 1993, n. 3.

(19) Cass., 22 giugno 1994, n. 5973.

(20) Cass., 29 novembre 1996, n. 10616.

(21) Si è affermata la giurisdizione del giudice ordinario su controversie relative a gare bandite da aziende municipalizzate (Cass., 12 giugno 1997, n. 5085), da società per azioni a capitale interamente pubblico (Cass., 27 marzo 1997, n. 2738), da aziende consortili di enti locali (Cass., 9 luglio 1997, n. 6225).

(22) Cass., Sez. un., 18 marzo 1992, n. 3359 (concedente: Ministero dell'istruzione; concessionaria: scuola privata): in relazione all'atto di espulsione di un alunno, la Cassazione afferma che il potere disciplinare esercitato dal Preside di una scuola privata corrisponde a quello esercitato dai competenti organi nei confronti degli allievi delle scuole statali in quanto previsto in funzione del regolare svolgimento delle lezioni, dell'utilità degli studi e quindi in ultima analisi del rilascio del titolo, equiparato ad eccezione di quelli di maturità ed abilitazione a quelli rilasciati dalle scuole pubbliche.

(23) Cass., 6 maggio 1995, n. 4989.

(24) Per CERULLI IRELLI, *Atti amministrativi di soggetti privati e tutela giurisdizionale*, cit., 1064 « non è la sussistenza del rapporto concessorio che costituisce

veste — di concessionario o non — del privato affermando la giurisdizione amministrativa sia su atti di soggetti formalmente concessionari sia su soggetti di soggetto « sostanzialmente » concessionari. Ciò avveniva sulla base di varie argomentazioni: affermazione di un'attività amministrativa in senso oggettivo (25); inclusione del soggetto privato tra i soggetti tenuti ad applicare la normativa comunitaria (26); spiccato rilievo pubblicistico della società (27), posizione di interesse legittimo dei soggetti incisi (28); soggetto privato come *longa manus* dell'amministrazione (29).

Era stato, infine, il legislatore ordinario con le norme che si sono definite speciali o eccezionali a metter fine alla *querelle* accogliendo l'impostazione del giudice amministrativo e prevedendo la giurisdizione amministrativa sugli atti emanati in materia di pubblici servizi indipendentemente dal soggetto che li emani.

La giurisprudenza si era finalmente acquietata: il lavoro incessante di interpretazione è ricominciato solo dopo il 2004 avendo la Corte costituzionale previsto che al giudice amministrativo è attribuita giurisdizione esclusiva esclusivamente in presenza di « concessioni di servizi ».

la causa della sottoposizione degli atti del soggetto privato al diritto amministrativo, ma è la disciplina oggettiva di questi atti e dei relativi procedimenti, nonché la collocazione di questi ultimi nell'ambito di un programma di azione di rilievo pubblico ».

(25) Cons. Stato, Sez. V, 21 ottobre 1991, n. 1250.

(26) Cons. Stato, Sez. VI, 21 aprile 1995, n. 353 (ente-fiera di Milano).

(27) Cons. Stato, Sez. VI, 20 maggio 1995, n. 498.

(28) Tar Lazio, Sez. III, 30 settembre 1986, n. 3060 (concedente: Anas; concessionario: società autostrada del Brennero S.p.a.): il giudice amministrativo afferma la propria giurisdizione sull'atto perché « a fronte dell'esplicazione di poteri concessi dall'Anas non può ritenersi sfornita di tutela la posizione dei destinatari della procedura atteggiandosi la stessa proprio alla stregua di interesse legittimo non diversamente da quel che si sarebbe verificato ove soggetto appaltante fosse stata direttamente l'Anas »; Cons. Stato, Sez. V, 20 dicembre 1996, n. 1577.

(29) Tar Liguria, 6 novembre 1987, n. 578 (concedente: Ministero dei trasporti; concessionario: Consorzio Autonomo Porto Genova): il giudice amministrativo afferma la sua giurisdizione non sulla base della concessione ma in base al fatto che il concessionario è una *longa manus* dell'amministrazione. La qualità di concessionario del Ministero dei trasporti per l'esecuzione di opere pubbliche non comporta di per sé l'applicazione dei principi e delle normative pubblicistiche.

Si pone, quindi, in tal modo nuovamente il problema di interpretare la nozione di concessione di servizi ritenendola come punto di emersione del profilo pubblicistico e come momento di collegamento tra soggetto privato e ente pubblico.

Il punto vero è il seguente: ove vi è esercizio di potere pubblico, indipendentemente dal soggetto che lo eserciti, vi deve essere tutela e tale tutela non può modificarsi se il potere è esercitato da un soggetto pubblico o da uno privato.

Per ottenere tale risultato si è proceduto ad una ennesima rivisitazione del concetto di concessione: mentre questa in origine era utilizzata per preservare alcune attività di particolare interesse pubblico dal gioco della concorrenza consentendo di attribuire *intuitus personae* diritti speciali ed esclusivi (30) in capo a soggetti che avevano il compito di sostituire l'amministrazione nel compito di presidiare quella determinata attività ritenuta strategica per il bene della collettività (31), oggi è stata dilatata ricomprendendo tutte le ipotesi di cooperazione tra pubblico e privato finalizzate al coinvolgimento di capitali privati e di capacità imprenditoriali nella messa a disposizione di nuovi o migliori servizi alla collettività (32).

La giurisprudenza ha quindi fatto rientrare nel concetto di concessione innanzitutto i provvedimenti che formalmente si presentano come concessioni: così ovviamente nel caso delle concessioni di servizi come definite espressamente dal diritto positivo comunitario e nazionale (33). Non a caso esse sono escluse dal-

(30) Sono diritti speciali ed esclusivi i diritti costituiti per legge, regolamento o in virtù di una concessione o altro provvedimento amministrativo avente l'effetto di riservare a uno o più soggetti l'esercizio di un'attività di cui agli articoli da 208 a 213 e di incidere sostanzialmente sulla capacità di altri soggetti di esercitare tale attività. Tra di essi vanno annoverati quelli di gestione della rete del gas, dell'energia termica, dell'elettricità, acqua, trasporto, posta, porti e aeroporti.

(31) Proprio tale caratteristica della concessione aveva comportato il riconoscimento in capo alla p.a. di un'ampia discrezionalità nella scelta del terzo concessionario, con conseguente sottrazione dall'ambito di applicazione dal regime dell'evidenza pubblica.

(32) F. LEGGIADRO, *La concessione di servizio pubblico e l'obbligo della gara secondo il diritto comunitario*, in *Urb. e app.*, 2005, 211.

(33) L'art. 3, comma 12, d.lgs. n. 163/2006 definisce le concessioni di ser-

l'ambito diretto di applicazione della direttiva 92/50 (34) e si distinguono dagli appalti di servizi sotto vari profili: il concessionario, a differenza dell'appaltatore, assume il rischio legato alla gestione dei servizi (35) e agisce direttamente nei confronti dell'utente (36). Mentre nell'appalto rileva il rapporto a monte tra terzo appaltatore e stazione appaltante, nella concessione l'attenzione si sposta sul rapporto a valle tra concessionario e privati utenti che è caratterizzato dalla doverosità. Appare pertanto ragionevole che gli atti di gestione dell'opera compiuti dal concessionario di servizi e che incidono sui destinatari del servizio vengano impugnati avanti al giudice amministrativo.

Allo stesso modo, si può ritenere che nel concetto di concessione debbano essere ricomprese anche le concessioni di lavori come definite dal legislatore comunitario e nazionale (37) anch'esse caratterizzate dal trasferimento del rischio e dal fatto che il concessionario percepisce i propri proventi dall'utente, ove comportino l'esercizio di potere pubblico e nella misura in cui si

vizi come « contratti che presentano le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di servizi, ad eccezione del fatto che il corrispettivo della fornitura dei servizi consiste unicamente nel diritto di gestire l'opera o in tale diritto accompagnato dal prezzo ».

(34) Corte Giust., 21 luglio 2005, causa C-231/03, *Coname*; Corte Giust., 13 ottobre 2005, C-458/03, *Parking Brixen*.

(35) Sul punto v. Corte Giust. CE, II, 18 luglio 2007, causa C-382/05, *Commissione Ce c. Italia*, in *Urb. e app.*, 2008, 579 con nota di S.R. MASERA, *Appalto pubblico di servizi e concessione di servizi nella giurisprudenza comunitaria*. In precedenza Corte Giust., 7 dicembre 2000, causa C-324/98, *Teleaustria*. Nello stesso senso anche Cons. Stato, Sez. VI, 15 novembre 2005, n. 6368.

(36) R. CAVALLO PERIN, *Comuni e Province nella gestione dei servizi pubblici*, Napoli, Jovene, 1993, 61-66; Id., *La struttura della concessione...*, cit., 68; Id., *Commento all'art. 113*, in *Commentario breve al testo unico sulle autonomie locali*, a cura di R. Cavallo Perin e A. Romano, Padova, 2006, 626, 651-653.

(37) L'art. 3, comma 11, d.lgs. n. 163/2006 definisce le concessioni di lavori pubblici come « contratti a titolo oneroso, conclusi in forma scritta, aventi ad oggetto, in conformità al presente codice l'esecuzione ovvero la progettazione esecutiva e l'esecuzione ovvero la progettazione definitiva, la progettazione esecutiva e l'esecuzione di lavori pubblici e di pubblica utilità e di lavori ad essi strutturalmente e direttamente collegati, nonché la loro gestione funzionale e economica, che presentano le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di lavori, ad eccezione del fatto che il corrispettivo dei lavori consiste unicamente nel diritto di gestire l'opera o in tale diritto accompagnato da un prezzo, in conformità al presente codice ».

faccia esercizio di potere. È ormai classico il caso del contratto con il quale lo Stato attribuisca ad una società il diritto di costruire e gestire un'autostrada, permettendole di remunerarsi attraverso la riscossione di un pedaggio nei confronti dell'utente. Le eventuali controversie tra concessionario e terzi attinenti a poteri delegati dall'amministrazione (per es. di esproprio) non potranno che essere conosciute dal giudice amministrativo.

In terzo luogo, dato che le concessioni in forza della normativa comunitaria sono state sostituite dai contratti, si è ritenuto che nella nozione di concessione di servizi vadano ricompresi anche i contratti di servizio (38) ove con essi si attribuisca un pubblico potere. Il punto è però controverso in dottrina (39) e in giurisprudenza (40) dal momento che si sostiene al contrario, che le controversie aventi ad oggetto contratti di servizio sarebbero sottratte alla giurisdizione del giudice amministrativo salva l'applicazione dell'art. 11, comma 5, l. n. 241/1990 che prevede la giurisdizione in materia di accordi.

Ancora: si è esteso il concetto di concessione di servizi al fine di ricomprendere in sé quello di società mista pubblico-privata che costituisce una forma di partenariato pubblico-privato (41) ove questa eserciti pubblici poteri. Si è affermato, ad esempio, che la società mista che accerta, riscuote e liquida tributi locali, com-

(38) A. PAJNO, *Giurisdizione esclusiva e « arbitrato » costituzionale*, in *GDA*, 2004, 986.

(39) Così ad es. per DE LISE (*op. cit.*, 68) « l'attribuzione al privato dell'esercizio dei poteri in questione avviene sulla base di un atto che non può avere natura negoziale, espressione della generale capacità di diritto privato, in quanto un atto siffatto non potrebbe avere ad oggetto funzioni pubbliche; al contrario per disporre, sia pure limitatamente all'esercizio, delle sue pubbliche funzioni, l'amministrazione deve emanare atti tipici, nell'esercizio della sua potestà amministrativa ».

(40) Cons. Stato, Sez. V, 27 gennaio 2006, n. 236.

(41) M. LIPARI, *La nuova giurisdizione esclusiva in materia edilizia, urbanistica e dei pubblici servizi*, in *Urb. e app.*, 1998, 596. Anche per P. DE LISE « pur ammessa la diversità dei modelli di gestione dei servizi pubblici locali, non sembra che tale diversità possa comportare conseguenze differenti, ai fini in questione, tenuto conto che l'esercizio di poteri pubblicistici (e quindi la loro estrinsecazione in atti che possono qualificarsi come amministrativi), se viene ammesso nel caso di concessione a soggetto formalmente e sostanzialmente privato, non può non ammettersi anche nel caso di società a capitale pubblico » (*Giurisdizione amministrativa a atti di soggetti privati*, cit., 73).

partecipata dal pubblico e dal privato, non è altro che una concessione esercitata sotto forma di società (42).

Si è ritenuto che la concessione di servizi ricomprenda anche la concessione di progettazione ed esecuzione di un'opera pubblica in cui vi sia esercizio di pubblico potere: per la Cassazione « la concessione di sola costruzione si differenzia dall'appalto in quanto il concessionario non è obbligato soltanto al semplice compimento dell'opera pubblica intesa come mera attività materiale di costruzione, ma a svolgere funzioni e attività diverse ed ulteriori, previa attribuzioni di poteri e facoltà propri dell'ente concedente quali la progettazione dell'opera, la direzione dei lavori, la sorveglianza, l'espletamento delle necessarie procedure espropriative » (43).

Il termine concessione è stato poi esteso sino a ricomprendere tutte le ipotesi nelle quali pur mancando il riferimento espresso alla concessione tuttavia ne avessero il contenuto: accreditamento di case di cura, ambulatori, centri di diagnostica strumentale, laboratori di analisi (44); federazioni sportive (45). Si sono fatte

(42) Per Cons. Stato, Sez. V, 1° luglio 2005, n. 3672 la convenzione regolante il servizio pubblico di elaborazione e gestione dell'anagrafe tributaria comunale perfeziona un rapporto di tipo concessorio, la cui fattispecie costitutiva — a formazione progressiva — si realizza attraverso il modello dell'affidamento diretto a società mista (con socio privato individuato in base a pubblica asta).

(43) Corte Cass., Sez. un., 22 febbraio 2007, n. 4112. Pertanto anche in assenza di un rapporto formale di concessione gli atti emessi da una società concessionaria di costruzione di opera pubblica quando siano rivolti all'esercizio di pubbliche funzioni trasferite dall'amministrazione concedente spettano alla giurisdizione del giudice amministrativo: Cons. Stato, Sez. V, 2 luglio 2001, n. 3588.

(44) Cass., Sez. un., 6 luglio 2005, n. 14198; Cass., Sez. un., 14 gennaio 2005, n. 603.

(45) Per Cons. Stato, Sez. VI, 10 settembre 2007, n. 4743 gli atti finalizzati alla realizzazione di interessi fondamentali e istituzionali posti in essere dalle federazioni in qualità di organi del CONI sono esplicazione di poteri pubblicistici e sono soggetti alla giurisdizione del giudice amministrativo allorché incidano su posizioni di interesse legittimo. Anche per Cons. Stato, Sez. VI, 10 ottobre 2002, n. 5442, in caso di applicazione di norme che attengono alla vita interna della federazione, ai rapporti tra società sportive e tra società stesse e professionisti, le Federazioni operano come associazioni di diritto privato; quando invece l'attività è finalizzata alla realizzazione di interessi fondamentali e istituzionali dell'attività sportiva, devono essere considerate organi del CONI. Nello stesso senso Trib.

rientrare nella nozione di concessione di servizio pubblico anche la convenzione tra le u.s.l. e le strutture private (46); i rapporti tra soggetti cui è attribuita la riscossione di tributi e l'amministrazione finanziaria (47); rapporti attinenti all'affidamento del servizio di tesoreria (48); la gestione di cartelli pubblicitari illuminati in autostrada in quanto collegata alla funzione di sicurezza stradale (49).

Infine il concetto di concessione è stato dilatato al fine di comprendere anche i soggetti privatizzati (50): si è ritenuto che anch'essi rientrino, anche in mancanza di un vero e proprio rapporto concessorio con la pubblica amministrazione, nella categoria dei soggetti sui cui atti la competenza giurisdizionale appartiene al giudice amministrativo (51).

È interessante notare che, per la giurisprudenza, le controversie tra il concessionario e i terzi spettino alla giurisdizione del giudice amministrativo se l'amministrazione ha espressamente autorizzato il rapporto con il terzo: così è stata affermata la giurisdizione del giudice ordinario in ipotesi di sub concessione da parte di una società aeroportuale ad un bar ristorante dal momento che l'amministrazione concessionaria non aveva espressamente previ-

Ascoli Piceno, 20 gennaio 2007; Tar Lazio, Roma, Sez. III, 26 aprile 2005, n. 3097; Tribunale Napoli, 31 agosto 2004; Tar Lazio, Roma, Sez. III, 1° aprile 2004, n. 2987; Tar Sicilia, Catania, Sez. II, 5 giugno 2003, n. 958;

(46) Cass., Sez. un., 29 aprile 2004, n. 8212 per cui la convenzione tra la Regione e la struttura privata ha natura di contratto di diritto pubblico e dà vita ad un rapporto che si inquadra nello schema della concessione amministrativa di pubblico servizio; Cass., Sez. lav., 10 gennaio 2003, n. 256; Tar Marche, 6 agosto 2003, n. 946 per cui rientra nella giurisdizione amministrativa del giudice amministrativo la controversia che incorre tra il SSN e una struttura privata che eroga prestazioni sanitarie sulla base di convenzioni e poi in virtù di accreditamenti avendo ad oggetto la concessione di pubblico servizio.

(47) Cons. Stato, Sez. V, 1 luglio 2005, n. 3672; Cass., Sez. un., ord., 11 marzo 2005, n. 5336; Cass., Sez. un., 19 agosto 2003, n. 12167.

(48) Cass., Sez. un., 10 dicembre 1999, n. 874.

(49) Tar Lazio, Roma, III, 18 giugno 2002, n. 5579.

(50) Sul punto si consenta di rinviare a F. DE LEONARDIS, *Esercizio privato di pubbliche funzioni e pubblici servizi*, in *Diz. dir. pubbl.*, a cura di S. CASSESE, vol. III, Milano, Giuffrè, 2006, 2303.

(51) P. DE LISE, *op. cit.*, 75.

sto e autorizzato la sub-concessione nello schema del rapporto concessorio (52).

In sintesi dove c'è un potere pubblico vi deve essere la medesima tutela giurisdizionale: queste vicende dimostrano, se fosse necessario, che il giudice amministrativo viene ad atteggiarsi sempre più come giudice della scelta funzionalizzata al pubblico interesse, indipendentemente dalla natura giuridica del soggetto che tale scelta ponga in essere, e sempre meno come giudice formale dei soggetti pubblici esercenti pubblici poteri.

6. La giurisprudenza ha sempre tenuto fermo il principio del doppio regime applicabile al soggetto concessionario: di diritto pubblico se gli atti costituiscono estrinsecazione di potestà pubblicistiche e di diritto privato se gli atti sono estranei al rapporto di concessione pur essendo ad esso indirettamente collegati (53).

Ciò consente di evitare pericolose derive di tipo assolutizzante sia nell'uno che nell'altro senso: si potrebbe infatti ritenere che gli organismi di diritto pubblico siano enti pubblici e come tale totalmente soggetti al diritto pubblico, ma così si dimenticherebbe il fatto che sono società private con ciò che ne consegue, o, al contrario, ritenere che essi siano soggetti privati dimenticando che, solo nella misura in cui esercitano funzioni e servizi pubblici, sono sottoposti al diritto pubblico.

Il problema che si pone in concreto è quello di definire le ipotesi nelle quali gli atti possano dirsi esercizio di potere o viceversa estranei al rapporto di concessione inteso in senso lato anche se in qualche modo ad esso collegati.

A tal fine sembra si possano utilizzare i criteri utilizzati dalla giurisprudenza per distinguere tra attività ostensibili: sull'applicazione dell'art. 23 l. n. 241/1990 si è pervenuti nel corso degli anni a conclusioni che possono essere utili anche ad altri fini.

(52) Cass., Sez. un., 25 giugno 2002, n. 9288 e Corte Cass., Sez. un., 25 giugno 2002, n. 9233.

(53) Cass., Sez. un., 11 febbraio 2003, n. 1997 per cui la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo rimane circoscritta alle vertenze riguardanti il rapporto concessorio senza ricomprendere le controversie relative a rapporti che hanno natura privatistica.

Come si è richiamato, l'art. 22 prevede l'ostensibilità di tutti gli atti dei soggetti di diritto pubblico in primo luogo, e degli atti dei soggetti di diritto privato solo quando attengano ad attività di pubblico interesse disciplinate dal diritto nazionale e comunitario.

Ebbene, tra gli atti dei soggetti privati preposti all'esercizio dell'attività amministrativa che devono essere considerati privati vi sono innanzitutto gli atti di organizzazione dal momento che sono sicuramente sottratti alla sfera dell'autonomia pubblica, poi anche gli atti di gestione del personale e, ovviamente, le attività svolte ad altri fini nell'ambito della loro piena autonomia contrattuale (54).

Per gli enti privati si realizzerebbe, in sostanza, esattamente il contrario di quel che avviene per gli enti pubblici economici: mentre per questi si era riconosciuta l'ostensibilità degli atti di organizzazione (55) e negata per gli atti costituenti esercizio di attività (56), il contrario dovrebbe avvenire per i soggetti privati esercenti attività amministrativa.

Come è stato incisivamente sostenuto, quindi, solo la parte coperta dal *munus* resterebbe sottoposta al rispetto dei principi e delle norme del diritto amministrativo, dovendosi invece escludere quella parte di attività che gli stessi soggetti pongono in essere nell'ambito della loro autonomia privata (57).

In sintesi i soggetti concessionari sono sottoposti ad un doppio regime, da una parte l'attività funzionalizzata e dall'altra quella che manifesta la loro autonomia privata (58), così impeden-

(54) M.T. SEMPREVIVA, *Le novità in materia di accesso ai documenti*, in *Urb. e app.*, 2005, 4, 398; M. LIPARI, *Diritto di accesso e scelta dei contraenti con particolare riferimento alle società di pubblici servizi quotate in borsa*, in *www.lexfor.it*.

(55) Cons. Stato, Sez. VI, 27 ottobre 1994, n. 1571; parere Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi verb. n. 24 del 19 luglio 1995.

(56) Tar Molise, 3 ottobre 1995, n. 197; Tar Lazio, 8 luglio 1993, n. 1302; Tar Liguria, 28 giugno 1994, n. 23 per cui il diritto d'accesso non è esercitabile per i rapporti e le attività privatistiche (sui vari casi v. M.G. DELLA SCALA, *Il diritto di accesso all'attività privatistica*, cit., 202 nota 23).

(57) V. CERULLI IRELLI, *Osservazioni generali sulla legge di modifica della l. n. 241/1990*, I parte.

(58) Sul punto più ampiamente in F. DE LEONARDIS, *Soggettività privata e azione amministrativa*, cit., 307.

dosi una sorta di loro *pan-pubblicizzazione* e realizzandosi una regolamentazione per segmenti tipica di quanto richiede il diritto comunitario (59).

7. L'art. 1 comma 1-ter l. n. 241/1990 prevede che i soggetti privati preposti all'esercizio di attività amministrative assicurano il rispetto dei principi di cui al comma 1.

Una volta individuato l'ambito di attività pubblicistica svolto dal soggetto concessionario si pone il problema fondamentale di individuare all'interno della legge generale sull'azione amministrativa quali siano le disposizioni di principio, che devono essere rispettate anche dai soggetti privati, e quali siano le disposizioni di dettaglio, che invece devono essere osservate solo dall'amministrazione pubblica e non dai soggetti privati.

La dottrina più attenta ha correttamente rilevato che « i privati, salva diversa e specifica previsione (come avviene ad esempio in materia di accesso) sono esonerati dall'integrale osservanza delle regole del procedimento amministrativo con le relative formalità » e che « tali soggetti devono adottare comportamenti coerenti con il nucleo essenziale di tali regole, ove ciò sia necessario a garantirne la conformità ai principi di trasparenza, imparzialità e non discriminazione » (60), ma, in assenza di pronunce giurisprudenziali, non ha ancora potuto dettagliare l'affermazione.

Si pensi ad esempio all'ipotesi di un privato a cui siano concessi poteri di espropriazione: questi deve motivare i propri atti? Ha un termine per concludere il procedimento? Deve consentire la partecipazione? Deve indicare il responsabile del procedimento? Quali di queste regole attengono ai principi e quali, invece, alla normativa di dettaglio?

Ma le stesse domande possono porsi con riguardo ai soggetti privati preposti alla regolazione di mercati (61), ai privati che svol-

(59) A. ROMANO, *Relazione di sintesi al convegno Fondazioni attività amministrativa*, Palermo, 13 maggio 2005; M.G. DELLA SCALA, *Il diritto di accesso all'attività privatistica*, cit., 220.

(60) G. NAPOLITANO, *L'attività amministrativa e il diritto privato*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 5/2005, 487.

(61) Gli artt. 61 ss. del t.u.f. modificati di recente dall'art. 14 lett. c), d) ed

gono attività istruttoria o di controllo per il conferimento di ausili finanziari pubblici, ai privati che svolgono attività di riscossione, ai consorzi volontari di produttori, ai consorzi obbligatori, alle fondazioni bancarie, alle scuole legalmente riconosciute, ecc. (62).

Ancora: in che termini, ai sensi della normativa sulla *privacy*, un soggetto privato della riscossione può utilizzare le informazioni disponibili presso le anagrafi tributarie? Ed infatti mentre i soggetti pubblici non operano in base al consenso degli interessati e possono effettuare solo i trattamenti di dati connessi all'esercizio delle proprie funzioni istituzionali, i soggetti privati possono trattare informazioni personali solo in presenza del consenso degli interessati. Conseguentemente, come rilevato dall'autorità garante per la *privacy* (63), occorre chiarire se i concessionari siano collaboratori esterni del soggetto pubblico e in qualche modo possano essere assimilati ad esso (agli stessi sarebbe così applicabile il regime previsto per le p.a.) oppure siano figure soggettive del tutto distinte (in questo caso devono operare come tutti gli altri soggetti privati).

Ebbene forse, dopo un primo periodo di silenzio, una recente ordinanza della Corte costituzionale (ord. 9 novembre 2007, n. 377) sembra aver aperto uno spiraglio assai interessante al riguardo.

Il caso nasceva perché una Commissione tributaria aveva ritenuto troppo « pubblicizzante » e « garantistica » la regola per la quale i concessionari della riscossione (Equitalia S.p.a.) devono tassativamente indicare l'Ufficio presso il quale è possibile ottenere informazioni complete in merito all'atto notificato e al re-

e) d.lgs. n. 262/2005 prevedono la potestà di emanare il regolamento che disciplina l'organizzazione e le gestione del mercato in capo alla società per azioni ad esso preposta. Tale regolamento dovrebbe assicurare « la trasparenza dei mercati, l'ordinato svolgimento delle negoziazioni e la tutela degli investitori » (art. 74, comma 1, t.u.f.). Sul punto v. F. CAPRIGLIONE, *Borsa (mercati di)*, in *Enc. dir.*, Agg., V, Milano, 2001, 183; D.I. PACE, *Mercati regolamentati, Commento all'art. 14 (C-E)*, in AA.VV., *La tutela del risparmio*, a cura di A. NIGRO-V. SANTORO, Torino, Giappichelli, 2007, 225.

(62) Per un'accurata disamina di tali ipotesi v. A. MALTONI, *Il conferimento di potestà pubbliche ai privati*, Torino, Giappichelli, 2005, 163 ss.

(63) Parere 16 giugno 1999 in Boll. n. 9/giugno 1999.

sponsabile del procedimento (64). Per la Commissione tributaria, disposizioni come quella che impone al concessionario di indicare il responsabile del procedimento « si attagliano bene all'attività procedimentale che gli uffici della pubblica amministrazione in senso proprio sono tenuti a svolgere al fine di emettere un provvedimento destinato ad incidere nella sfera del destinatario mentre al contrario l'attività svolta dai concessionari della riscossione al fine di formare la cartella non pare configurabile come un vero e proprio procedimento ». Ancora: per il giudice tributario l'attività del concessionario della riscossione non potrebbe configurarsi come amministrativa dal momento che ad essa mancherebbe il requisito della discrezionalità trattandosi di trasfondere il contenuto dei ruoli ricevuti dall'Agenzia delle entrate in singole cartelle destinate individualmente ai contribuenti senza alcuna possibilità di apprezzamento. Appariva dunque eccessivo e, in sostanza, poco utile addossare ai concessionari un onere procedimentale come quello dell'indicazione del responsabile del procedimento tipico delle pubbliche amministrazioni e sembrava che le cartelle c.d. mute (ossia senza indicazione del responsabile) fossero del tutto legittime.

Ebbene la Corte costituzionale, in un'ordinanza (relatore Casese), ha affermato chiaramente che « l'obbligo imposto ai concessionari di indicare nella cartella di pagamento il responsabile del procedimento, lungi dall'essere un'inutile inadempimento, ha lo scopo di assicurare la trasparenza dell'attività amministrativa, la piena informazione del cittadino (anche ai fini di eventuali azioni nei confronti del responsabile) e la garanzia del diritto di difesa che sono altrettanti aspetti del buon andamento e dell'imparzialità dell'amministrazione » (65).

Le vicende successive a tale pronuncia sono articolate (le Commissioni Tributarie hanno iniziato ad annullare tutte le cartelle in cui non era indicato il responsabile del procedimento, è

(64) Tale regola era stabilita dall'art. 7, comma 2, lett. a) della l. n. 212/2000 cosiddetto Statuto dei contribuenti.

(65) Sempre per la Corte « ogni provvedimento amministrativo è il risultato di un procedimento sia pure il più scarno ed elementare, richiedendo quanto meno atti di notificazione e pubblicità ».

intervenuta l'agenzia delle entrate con la circolare 16/E del 6 marzo 2008, è intervenuto il legislatore che con la l. 28 febbraio 2008, n. 31 ha stabilito che l'obbligo vale dal 1° giugno 2008) e non è il caso di descriverle in dettaglio; ciò che appare importante è che per la prima volta si è intervenuti, e — giova sottolineare — da parte del giudice costituzionale, per definire i contenuti delle regole di azione dei soggetti concessionari.

Orbene dato che la regola dell'indicazione del responsabile del procedimento ha valore di disposizione di dettaglio rispetto a quella che prevede ad es. la motivazione degli atti, il termine del procedimento e la partecipazione, sarebbe ragionevole dedurre che nell'affermazione dell'una sia ricompresa l'affermazione delle altre. E, dunque, le regole applicabili agli atti dei concessionari, solo, lo si ripete, nella misura in cui esercitino poteri pubblici, sono fundamentalmente quelle previste nella l. n. 241/1990 (66).

Non a caso la giurisprudenza tributaria ha iniziato a porsi il problema se l'indicazione del responsabile del procedimento valga solo per le cartelle di pagamento o anche per altri atti emessi dal concessionario della riscossione come il fermo amministrativo dei veicoli e l'iscrizione ipotecaria sui beni immobili del contribuente (67).

In sintesi sembra che se è vero quanto sosteneva Santi Romano nel Corso di diritto amministrativo del 1937 per il quale il fatto che soggetti privati possano emanare atti amministrativi è un principio generale dell'ordinamento, è altrettanto vero che anch'essi, nella misura in cui esercitino potere pubblico (e ciò sarà sempre più frequente in un clima di accentuata depubblicizzazione) devono attenersi a regole precise di azione; se così non fosse verrebbe compressa la tutela del cittadino con un arretramento pericoloso dei principi dello Stato di diritto.

(66) A. DE ROBERTO, *La legge generale sull'azione amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2005, 14 ritiene che « quando risultano accordate al privato funzioni pubbliche, quest'ultimo dovrà sottostare a tutte le disposizioni che concernono gli atti amministrativi (soggezione dell'atto del privato esercente pubbliche funzioni al regime sostanziale e processuale proprio dei provvedimenti amministrativi).

(67) Comm. trib. prov. Torino, 3 marzo 2008, n. 2742/2007 ha annullato il fermo amministrativo disposto senza indicazione del responsabile del procedimento.