



UNIVERSITÀ CATTOLICA DEL SACRO CUORE DI MILANO

Dottorato di Ricerca in Istituzioni e Politiche

Ciclo XXI

S.S.D.: IUS/010, IUS/09, IUS/08

STUDIO SULLA FUNZIONE AMMINISTRATIVA

Tesi di Dottorato di:

Danila IACOVELLI

Matr. N° 3480068

Coordinatore: Chiar.mo Prof. Guido Stefano MERZONI

Anno Accademico 2007/2008

INDICE - SOMMARIO

PREMESSA

5

Capitolo I

FUNZIONE E ORGANIZZAZIONE

1. Funzione e organizzazione. Diversità di funzioni e attività dello stato. 7
2. Funzione e rappresentazione normativo-formale del fenomeno giuridico. Struttura e funzione. 14
3. La funzione nella teoria istituzionalistica. 18
4. Funzione come momento di connessione tra potere e atto. 21
5. Obiettivazione del potere e funzione obiettiva. 22

Capitolo II

FUNZIONE ESECUTIVA E PROCESSO

1. Modelli giurisdizionali dell'amministrazione. 24
2. Procedimento e atto. 28
3. La funzione come figura dinamica dell'ordine giuridico. 30

Capitolo III

FUNZIONE E CONSENSO

1. Principio consensuale e procedimento amministrativo.	33
2. Struttura amministrativa e processualità.	38
3. Processualità dell'amministrazione e definizione consensuale degli interessi.	41
4. Gli accordi tra amministrazione e privati nella l. n. 241 del 1990.	43
5. Conclusioni.	47

Capitolo IV

ATTIVITÀ FUNZIONALIZZATE. GESTIONI PUBBLICHE

1. Trasformazioni dell'amministrazione. Pluralismo e complessità degli apparati pubblici.	49
2. Enti pubblici economici e funzione pubblica.	52
3. Società miste e funzione pubblica.	54
4. Gestione funzionale. Azionariato pubblico e principio di libera circolazione dei capitali.	61
5. Attività funzionalizzate e struttura societaria. Tra discrezionalità e scelte imprenditoriali. Limiti della discrezionalità e vizi della funzione.	71
6. Funzionario e manager pubblico sotto i riflessi della discrezionalità. I diversi parametri di giudizio delle scelte imprenditoriali.	82

Capitolo V

GESTIONI PUBBLICHE E RIFLESSI SULLA RESPONSABILITÀ PUBBLICA

1. Essenza delle figure pubblicistiche: doverosità e responsabilità.
86

2. Trasformazione amministrativa e giurisdizione contabile. 88

3. Il travaso della discrezionalità amministrativa nelle scelte
d'impresa. 95

4. Conclusioni. 101

CONCLUSIONI 103

BIBLIOGRAFIA 110

Premessa

Quando si aprono, col dovuto rispetto, le opere che contengono la parola “funzione”, anche solo per trattarne e con intento meramente ricognitivo, si viene subito avvertiti delle terrificanti “insidie in cui rischia di cadere chiunque si avventuri in questo campo troppo fiduciosamente e senza guardarsi alle spalle” (Bobbio).

Ed ancora: “Occorre agire con prudenza e con umiltà, con rispetto per di più per coloro che hanno usato della espressione nell’intento, talora davvero ciclopico, di elevare un monumento che, nel suo insieme, non è lontano da quello dei pandettisti” (Benvenuti).

Si ha allora l’impressione che entrare in quei meandri sia come addentrarsi in una città attraversata da un mostro di virgiliana memoria.

Ed infatti, una parola, un suono di per sé innocente e quasi spurio diventa il supporto linguistico fondamentale da cui passano le teorie scientifiche, filosofiche, giuridiche su cui si impernia un sistema. Cosicché, chi guarda a ritroso e si trova a transitare su questo termine, viene condotto, quasi naturalmente alle matrici stesse di quel sistema.

Non sembra esserci un “significato guida fondamentale” (Heidegger), ma ci si imbatte in una molteplicità di significati, di cui

l'espressione "funzione" di volta in volta si impregna, fino a farsi pericolosa quando vive al massimo le sue potenzialità ed esprime la ricchezza e la problematicità di ciò che è da pensare. Nel campo giuridico, ciò coincide con l'interpretazione dei fondamenti del sistema.

Tuttavia, fuori dalle astrazioni o dalle assolutizzazioni dei concetti si incontrano le figure reali, cui si consegna ancora oggi il ruolo di esprimere il sistema in ragione di un'essenziale ed incompressibile ragione organizzativa.

CAPITOLO I

FUNZIONE E ORGANIZZAZIONE

SOMMARIO. 1. Funzione e organizzazione. Diversità di funzioni e attività dello stato. – 2. Funzione e rappresentazione normativo-formale del fenomeno giuridico. Struttura e funzione. – 3. La funzione nella teoria istituzionalistica. – 4. Funzione come momento di connessione tra potere e atto. – 5. Obiettivazione del potere e funzione obiettiva.

1. Funzione e organizzazione. Diversità di funzioni e attività dello stato.

Tra gli studiosi che, pur con la massima cautela, si sono accostati all'espressione "funzione", sembra dominare l'avvertenza del pericolo insito nell'uso di un termine di per sé neutro e quindi equivoco¹, destinato a prendere la sua carica concettuale dal contatto con gli elementi cui si relaziona.

Il termine si riempie di significato diverso a seconda del sistema – filosofico, sociologico, giuridico – in cui è immerso, ma in ogni caso contiene una traccia forte della storia e dell'evoluzione di quel sistema.

Nella teoria generale del diritto l'espressione "funzione" sembra destinata a esprimere la stessa ragion d'essere dei comandi

¹ Cfr. BENVENUTI, *Semantica di funzione*, in *Scritti giuridici*, V, Milano, Vita e pensiero, 2006, 3875 ss.; BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione*, Bari, 95, 99.

giuridici, ne giustifica la creazione e l'accettabilità in relazione ai fini perseguiti e all'utilità che ne deriva per la comunità umana: a che cosa servono. Ed allora la funzione si identifica con la spiegazione causale dell'organizzazione, che in origine non esiste di per sé, ma trae vita dal bisogno e dagli scopi pratici che con questa si perseguono².

Nelle prime – embrionali - espressioni “organicistiche” della società, che poi si riflettono nelle enunciazioni giuridiche, la differenziazione delle funzioni va di pari passo con la “combinazione del lavoro diviso” di una molteplicità di parti che danno vita a una unità organica³.

Le funzioni si collegano allora ai corpi di soggetti cui sono attribuiti determinati compiti e corrispondono alle sfere d'azione di loro competenza. Alla base della distinzione degli organi dello stato, comunque esso si presenti, deve esserci una funzione diversa che ne

² Cfr. IHERING, *Über Aufgabe und Methode der Rechtsgeschichtsschreibung in Entwicklungsgeschichte des römischen Rechts*, aus dem Nachlass herausgegeben von V. Ehrenberg, Breitkopf & Humblot, Leipzig, 1984, 1-45, trad. it., a cura di Racinaro, *La lotta per il diritto e altri saggi*, Milano, 1989, 217 ss., 222 ss., in cui si afferma che solo «chi chiude gli occhi di fronte alla storia può nutrire la credenza che la natura abbia posto i più elevati principi giuridici nel cuore dell'uomo.[...]Ciò che essa gli ha dato è null'altro che il bisogno»; lo scopo ha dato origine ai principi giuridici, e, «nel corso di uno sviluppo ulteriore, darà luce a una quantità di altri, di cui attualmente non abbiamo alcun sospetto». E chiarisce che la *naturalis* e la *civilis ratio*, la *ratio juris* e la *utilitas* valgono per essi come cose del tutto diverse. Ma la *ratio naturalis* è soltanto la *ratio civilis* caduta in dimenticanza, la *ratio juris* è soltanto la *utilitas* maturata [...] Dopo millenni «ciò che ha fatto ingresso come *ratio civilis* o *utilitas*, varrà, per tutti coloro che non conoscono i fatti storici, come *ratio naturalis*: la lignite sarà divenuta carbon fossile».

³ Sul punto, cfr. COSTA, *Lo stato immaginario*, Milano, 1986, 38 ss., partic. 44-46.

costituisca il fondamento⁴. E poiché tali compiti non si identificano ancora per il loro carattere omogeneo, né tanto meno in considerazione del contenuto della funzione, inizialmente non sono connotate da specifiche qualificazioni⁵. Fino allo stato moderno, gli “affari pubblici” non evocano una funzione pubblica dotata di una propria identità e distinta dalle altre⁶.

Nello stato assoluto non esiste alcuna distinzione delle attività se non quella riconducibile alla volontà monarchica, sebbene non manchino tentativi di razionalizzazione del potere in quanto necessario per il raggiungimento dei fini dello stato⁷.

Nello stato di polizia crescono i compiti pubblici⁸ parallelamente all'intensificarsi del mercantilismo e alla costruzione di uno stato

⁴ Cfr. JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre*, Berlin, O. Häring, 1914, III libro, trad. it. a cura di Petrozziello, *La dottrina generale del diritto dello stato*, Milano, 1949, 161, in cui si spiega che l'esigenza di ricondurre questi diversi organi o queste forme esteriori di manifestazioni di volontà dello stato a funzioni diverse rispondeva alla convinzione, della quale spesso neppure si aveva coscienza, «che alla separazione degli organi e delle forme dovesse servire come base una distinzione fondata nella realtà».

⁵ BENVENUTI, *Semantica di funzione*, in *Scritti giuridici*, cit., 3878.

⁶ Cfr. MANNORI-SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Bari, 2001, 146

⁷ Cfr. JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre*, cit. 162, che mette in luce l'arbitrarietà di tali tentativi, che solo apparentemente presentano un carattere razionale. Si pensi, ad esempio, agli sforzi di HOBBS di derivare dallo scopo dello stato i singoli diritti del sovrano, o a quelli di PUFENDORF, nella dottrina tedesca, che considera le “*partes potentiales summi imperii*” strumentali al raggiungimento dei fini statali. Nella totale assenza di principi, però, «rimesso completamente al beneplacito subiettivo in quali divisioni debbano frazionarsi le manifestazioni del potere supremo».

⁸ I doveri di governo del principe si moltiplicano estendendosi ad una serie di ambiti e di settori per garantire la sicurezza pubblica e privata delle persone, dei beni, della libertà, dell'onore; «il novero dei compiti pubblici si apre ad una polizia di benessere (*Wohlahrtspolicey*) che tutto sembra poter abbracciare, dai prodotti di prima necessità alla popolazione, alla sanità, all'ordine familiare, ai domestici, alla religione, all'istruzione ai costumi, alla prevenzione dei disastri naturali, all'agricoltura, alle manifatture, ai commerci cittadini...La proiezione disciplinante è

fiscale e militare, ma le ripercussioni sul piano delle funzioni degli apparati sono ridotte.⁹ A questa articolazione delle attività pubbliche non corrisponde un sistema di imputazione soggettiva esclusiva ad autorità amministrative non ancora identificabili¹⁰. La polizia continua a svolgere compiti di tipo regolativo-giudiziario secondo la tradizione di antico regime¹¹. In assenza di un apparato esecutivo, la minaccia

particolarmente ampia in materia religiosa, nella nuova temperie giurisdizionalistica secondo cui anche le Chiese devono infondere ubbidienza alle leggi e fedeltà allo Stato, ed educativa, dove la tutela si estende a scuole e università»: Mannori-Sordi, *Storia del diritto amministrativo*, cit. 159.

⁹ *Ibid*, 159.

¹⁰ Cfr. *ibid*, 160 ss., in cui si osserva che in Germania come in Francia le attività di polizia, nel settecento, non sono state ancora soggettivizzate, né sono divenute monopolio di un'autorità amministrativa. Nell'interpretazione dei giuristi tedeschi dell'ottocento, invece, lo stato di polizia esprimeva una precisa tipologia statale, composta non solo di assolutismo monarchico ma anche di apparati esecutivi, come emerge dalle pagine introduttive dell'opera di Otto Mayer (*Deutsches Verwaltungsrecht*, Leipzig, 1895-96, vol. I). E pertanto prevaleva l'idea che lo stato di polizia fosse, sin dai suoi esordi settecenteschi, vero e proprio stato amministrativo. Tuttavia, «l'alternarsi di tipologie statuali confliggeva, in primo luogo, con un percorso storico privo di cesure rivoluzionarie e al contrario ricco di continuità istituzionali e di prolungate persistenze cetuali, sia con itinerari di consolidazione dell'autorità nonché, parallelamente, di giuridicizzazione del potere, risalenti e progressive. Confliggeva, in secondo luogo, con una dottrina settecentesca dell'autorità che mai ne aveva esaltato onnipotenza e illimitatezza di estensione, come la stessa faticosa e lenta sostituzione del lemma *amministrazione* (*Verwaltung*) a quello di *polizia* (*Policey*) confermava dal piano linguistico» (Mannori-Sordi, op. cit., 165).

La difficoltà di comprendere i rapporti di diritto statale nell'impero in unione con il carattere patrimoniale della signoria territoriale è particolarmente rimarcata da JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre*, cit., 162-163, «nel senso che, in esso, al principe dello Stato particolare viene attribuita una confusa quantità di diritti di supremazia della più svariata natura». Gli *iura maiestatica* – stabilire la pace e la guerra, promulgare le leggi e le ordinanze di polizia, concedere privilegi - si mescolano con l'antico concetto delle regalie e da questa commistione risultano un numero indefinito di supremazie (*Hoheiten*), ripartite secondo l'oggetto. Ma con ciò «non si comprendono mai poteri distinti, bensì obietti separati del potere statale *unico*».

¹¹ Cfr. MANNORI-SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, cit., 161-162, dove si evidenzia che lo stesso Codice generale territoriale prussiano (ALR) «nel 1794 ancora colloca la *Policey* all'interno della funzione giurisdizionale, accanto alla giustizia civile e penale, in una versione tutta giustiziale che la definisce, specificamente e soltanto come giurisdizione di polizia. Lo *ius polittiae* prende forma giuridica nel codice, all'interno del catalogo degli *iura maiestatica*, secondo un'articolazione che vede ancora sostanzialmente contigue «potestas iudiciaria,

della sanzione assicura l'applicazione delle ordinanze e al tempo stesso la continuità dello stato.

L'esigenza di organizzare i corpi organici dello stato e di consentirne l'equilibrio è alla base della teoria della divisione dei poteri di Montesquieu¹², che affianca al potere legislativo un "potere esecutivo delle cose che dipendono dal diritto delle genti" e "un potere esecutivo di quelle che dipendono dal diritto civile¹³". Il potere esecutivo, in forza del quale il principe "fa la pace o la guerra, riceve le ambascerie, stabilisce la sicurezza, previene le invasioni", non è che la rappresentanza dello stato nelle relazioni con l'estero, mentre l'applicazione del diritto civile è affidata al potere giudiziario¹⁴. La

criminalis et politiae», conservando quella concezione globale del potere, non solo lontana dall'individuare una funzione materialmente amministrativa, ma pure incapace di autonomizzare completamente *Policey* e giustizia». La contrapposizione tra giustizia e amministrazione che si è sviluppata nella letteratura tedesca è dunque frutto della storia. Al riguardo, JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre*, cit., 164, osserva che «una decisa caratteristica materiale, che distingue la giustizia dall'amministrazione, non v'è e non può esservi; e perciò ancora oggi tutti i teorici si contentano di affermare che quest'antitesi si è sviluppata storicamente e che alla giustizia deve attribuirsi ciò che sulla base della evoluzione storica si considera come affari giudiziari. Il moderno sviluppo della giurisdizione amministrativa e dell'amministrazione fanno apparire sempre più la giustizia e l'amministrazione, nel loro senso tradizionale, come categorie puramente formali, che si collegano alla manifestazione esteriore delle autorità che ne sono investite: le quali categorie non sono in grado di spiegare le diversità delle funzioni statali che trovano in esse la loro espressione». Al fondo dell'interpretazione dell'illustre Autore c'è l'idea che l'«ingenua parificazione dell'attività dell'organo con la funzione dello Stato...non può risolvere in maniera soddisfacente gli importanti problemi teorici e pratici della dottrina delle funzioni» (p. 172).

¹² BENVENUTI, *Semantica di funzione*, in *Scritti giuridici*, cit., 3878

¹³ MONTESQUIEU, *Esprit de Loix*, XI, VI, De la Constitution d'Angleterre, Paris, 1979, vol I, 294. Sul punto, MANNORI-SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, cit., 146-147.

¹⁴ Al riguardo, Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, cit., 167, osserva che il «potere esecutivo si presenta presso Montesquieu con un travestimento di quello che Locke aveva chiamato il potere federativo: cioè l'attività dello Stato rivolta verso l'esterno». Cfr. MANNORI-SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, cit., 146-147.

razionalizzazione dell'azione dello stato è consequenziale all'esistenza stessa di tali poteri, in quanto "poli della sovranità",¹⁵ secondo una divisione in cui la funzione non ha una sua identità ma la trae dal rapporto con lo stato.

Tuttavia, pur nell'ambito di tale collegamento, la funzione aggrega in sé un complesso di attività omogenee connesse all'esercizio di un potere, e per questo si diversifica dalle altre dal punto di vista del contenuto.

Ciò consente di identificare gli atti delle singole funzioni attraverso l'individuazione del loro senso sostanziale¹⁶. Su questa linea, nella dottrina tedesca Otto Mayer perviene ad una rappresentazione delle funzioni come forze giuridiche, espressione di capacità dei singoli poteri e individua un criterio di distinzione tra le diverse categorie di atti in cui si manifestano i pubblici poteri.

L'analisi della funzione da un punto di vista materiale è ripresa da Jellinek, non senza rievocare gli scopi del diritto.

La teoria tedesca non poteva comprimere negli "anteriori stampi francesi"¹⁷ la vita dello stato, riproducendo le funzioni attraverso l'individuazione degli organi che le esercitano. Il monarca tedesco rappresenta esclusivamente il potere esecutivo. La diversità delle funzioni va ricercata obiettivamente, perché il potere unitario

¹⁵ BENVENUTI, *Semantica di funzione*, cit., 3878.

¹⁶ BENVENUTI, *Semantica di funzione*, cit., 3880-81.

¹⁷ JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre*, cit., 171

dello stato non si lascia frazionare nelle sue manifestazioni consentendo che si ripartiscano le funzioni tra gli organi corrispondenti¹⁸. Di conseguenza, è necessario distinguere tra funzioni materiali e funzioni formali.

Le funzioni materiali risultano dal rapporto tra l'attività dello stato e gli scopi dello stato. Tali funzioni sono ripartite tra le corrispondenti categorie di organi, che ne costituiscono il punto di partenza e di unificazione¹⁹.

Analogamente, nella dottrina italiana sembra prevalere una ricostruzione del concetto di funzione ancorata all'individuazione dei caratteri propri di ciascuna di essa attraverso i suoi contenuti.

La distinzione tra funzioni formali e materiali è ripresa da Orlando, che accentua le diversificazioni delle funzioni in base al contenuto²⁰. Raneletti distingue il criterio obiettivo, quello soggettivo

¹⁸ *Ibid*, 171

¹⁹ *Ibid*, 173 ss. Nell'arco della ripartizione delle funzioni si assegna all'amministrazione il posto centrale. «Despoti senza leggi e senza giudici si possono, quanto meno, concepire; lo Stato senza amministrazione sarebbe anarchia. L'amministrazione, inoltre, è la funzione più comprensiva: spetta ad essa tutta la preparazione della legislazione; l'attività giudiziaria è sorretta da essa ed essa assicura l'esecuzione della sentenza» (p. 174). Muove da qui la critica a Mayer (*Deutsches Verwaltungsrecht*, I, 7), «il quale, veramente, ha sott'occhio non le funzioni materiali, bensì le formali. Mayer elimina (I, pg. 9) dall'amministrazione le attività ausiliarie di diritto costituzionale (convocazione e chiusura dei *Landtag*, nomina dei membri della Camera dei Signori, etc.), giacché esse, secondo la sua concezione dell'amministrazione, non sono attività dello Stato già compiute per la realizzazione dei suoi scopi. Senonché, anche la nomina dei funzionari, che MAYER stesso attribuisce all'amministrazione, serve a rendere compiuto lo stato. Quelle attività ausiliarie si possono considerare come una speciale suddivisione dell'amministrazione, ma non come ad esse coordinate» (p. 174, nota 10).

²⁰ ORLANDO, *Principi di diritto costituzionale*, Firenze, 1917

e formale, ma caratterizza ciascuna in base all'attività svolta e agli scopi perseguiti²¹.

Gli obiettivi, i compiti dello stato appaiono quindi come elementi integranti dell'ordinamento.

2. Funzione e rappresentazione normativo-formale del fenomeno giuridico. Struttura e funzione.

Sul filo degli scopi entrano nella teoria del diritto le più contrastanti ideologie, destinate a restare fuori dalla scienza pura del diritto, in cui regna sovrana la razionalità della struttura con cui si spiega l'essenza del diritto positivo.

La separazione tra struttura e funzione è necessaria alla teoria kelseniana al fine di isolare la conoscenza giuridica dal collegamento con gli scopi e, per questa via, dalle discipline storico-sociologiche o etico-giuridiche²². La norma, di per sé, è un mezzo non è uno scopo, “ha però uno scopo solo in quanto essa viene fatta oggetto di considerazione teleologica”²³. Scopo della norma è di “produrre effettivamente”, di realizzare nel mondo dell'essere il comportamento

²¹ RANELETTI, *Principi di diritto amministrativo*, Napoli, 1912.

²² Cfr. PREUSS, *Gemeinde, Staat, Reich als Gebietskörperschaften*, Berlin, 1889, 369-370, in cui si afferma che il momento dello scopo trasforma ogni concetto di diritto pubblico in diritto politico; KELSEN, *Hauptproblem der Staatsrechtslehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*, J.C.B. Mohr, Tübingen, 1911, 1923, trad. it, a cura di A. CARRINO, *Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico*, Napoli, Esi, 1997, 75-76, 109. Sul punto, N. BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione*, Bari, 50 ss.

²³ KELSEN, *Hauptproblem* cit., 107.

che essa contempla come dovuto. Il “contenuto del dovere” è lo scopo. Ma accanto a questa problematica normativo-materiale è possibile una problematica puramente formale, che non riguarda il contenuto della norma, ma la sua forma, “non chiede *cosa* è dovuto, ma *come* è dovuto”²⁴.

Solo la problematica normativo-formale è rilevante per il metodo della scienza giuridica. La considerazione teleologica della norma, invece, non si distingue dalla sua considerazione causale, “in quanto come scopo della norma non appare altro che il suo effetto anticipato nel pensiero, e precisamente il suo effetto *causale*”. Ma questo aspetto è oggetto delle discipline esplicative – psicologia, storia, sociologia -, che colgono la norma come fatto della coscienza, nella sua collocazione causale nel mondo dell’essere²⁵.

La distinzione della scienza del diritto dalle altre scienze sociali è un passaggio fondamentale per l’evoluzione del metodo giuridico e naturalmente si accompagna alla critica serrata delle contrapposte teorie²⁶- e non solo²⁷ -, smascherandone i contenuti politici.

²⁴ *Ibid.*, 107.

²⁵ *Ibid.*, 107-109.

²⁶ Si veda in particolare la critica a Ihering, cui viene ascritta la “teoria dello scopo”, perché «proprio quella considerazione che Ihering eleva a conoscenza, del resto giustamente evidente e ovvia, per cui la produzione del diritto – attività umana come ogni altra – ha luogo ad uno scopo, non è assolutamente una considerazione specificamente giuridica, bensì una considerazione rivolta all’essere, a ciò che effettivamente accade nel suo nesso causale, dunque forse anche teleologico, è quindi una considerazione storico sociologica» (KELSEN, *op. cit.*, 125-126). E al tempo stesso si denunciano le contraddizioni interne del sistema di Ihering, che, polemizzando contro le definizioni teleologiche all’interno della giurisprudenza,

L'eliminazione degli scopi, e attraverso questi del contagio ideologico, dalla formazione dei concetti giuridici appare essenziale per far sì che tali concetti sussistano unicamente come categorie formali²⁸. Ciò non vuol dire escludere che la posizione di norme sia preordinata al raggiungimento di determinati fini, e quindi cada “sotto la legge dello scopo”²⁹, ma il problema teleologico resta fuori dalla teoria pura del diritto.

Se non assolutizzata, la struttura si congiunge con la funzione.

Nell'analisi di H. L. A. Hart la struttura, che risulta dalla combinazione di norme primarie e secondarie, è il cuore del sistema giuridico³⁰ e al tempo stesso svolge la funzione specifica di risolvere

contrappone lo scopo dell'istituto al contenuto, mentre tale conflittualità non è accettabile; «pittosto, nelle coppie antinomiche contenuto e forma da un lato, scopo e mezzo dall'altro, al contenuto corrisponde lo scopo, alla forma il mezzo» (ID, *op. cit.*, 127-128). Non diversamente, si evidenzia la “non univocità” della posizione di Jellinek, che da un lato, nel suo *Gesetz und Verordnungen* (1887, 192), che la giurisprudenza ha bisogno di caratteri formali per riconoscere in essi ciò che deve essere considerato come stato ed aggiunge in nota che lo scopo è sicuramente creatore del diritto, ma è un errore logico, dal punto di vista del metodo, confondere il creatore con la creazione; e dall'altro, nel suo *System der subjektiven öffentlichen Recht* (1905, 2. ed., 12 ss., 23 ss, 38ss.), «ha accettato, in totale contrasto con la sua concezione appena sviluppata, il momento dello scopo come criterio dei concetti giuridici in particolare nel diritto pubblico»: KELSEN, *op. cit.*, 125-126, nota (30). Sul «furore antiteleologico di kelsen e dei kelseniani», BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione*, cit., 50 ss.

²⁷ Il rifiuto del momento dello scopo nella formazione giuridica dei concetti espresso da GIERKE, *Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtssprechung*, Berlin, 1887, 611 e SEIDLER, *Das juristische Kriterium des Staates*, Tübingen, 1905, 10, non appare coerente con la teoria organica di cui sono sostenitori, in quanto lo specifico modo di considerazione organica, «affine al modo di considerazione delle scienze naturali e che coglie la volontà statale come realtà, fa presumere piuttosto il contrario, tanto più che i concetti di organo, organismo e organico sono pensabili soltanto come concetti di scopo»: KELSEN, *Hauptproblem*, cit., 122.

²⁸ *Ibid.*, 129.

²⁹ *Ibid.*, 129.

³⁰ HART, *The concept of law*, Oxford University Press, London, 1961, partic. 95, in cui si osserva che «If we stand back and consider the structure which has resulted

le carenze delle strutture sociali primitive: incertezza, staticità, inefficienza. Tale funzione è adempiuta proprio dal sistema fondato sulla composizione di norme primarie, che attengono alla condotta degli individui, e norme secondarie, che specificano come le norme primarie possano essere accertate, introdotte, eliminate, variate, e infine come si determina la loro violazione e la correlativa sanzione.

Ecco allora che la funzione specifica del diritto si realizza attraverso la struttura dell'ordinamento giuridico. Una tale composizione è invece del tutto estranea alla teoria pura, che ha bisogno di espellere ogni elemento spurio che possa contaminare la visione scientifica del diritto con elementi valutativi e in particolare teleologici ad essa esterni.

3. La funzione nella teoria istituzionalistica.

La dottrina italiana non si mostra particolarmente sensibile agli stimoli della teoria pura, ma sembra più attratta dalla composizione tra il momento sociale e quello giuridico realizzata da Santi Romano.

from the combination of primary rules of obligation with the secondary rules of recognition, change and adjudication, it is plain that we have here not only the hart of a legal system, but a most powerful tool for the analysis of much that has puzzled both the jurist and the political theorist». Sul punto, N. BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione*, cit., 49, partic. 98, in cui sottolinea che per caratterizzare i tre tipi di norme secondarie che ha creduto di individuare e per distinguerle dalle norme primarie, HART ricorre a criteri funzionali, infatti «quelle di riconoscimento hanno la funzione di porre rimedio all'incertezza di un sistema composto soltanto di norme primarie; le norme di mutamento hanno la funzione di preservare un sistema normativo dalla immobilità; quelle di giudizio hanno la funzione di provvedere alla sua maggiore efficacia».

Nello schema logico dell'Autore³¹ scompare la definizione del popolo come soggetto organicisticamente unitario e sintesi non scomponibile del polo sociale, com'era rappresentato da Orlando, e si introducono al posto di quello i gruppi sociali, assunti in blocco come elementi appartenenti a una categoria unitaria. Quindi, il gruppo sociale si trasforma in istituzione, organizzazione, ordinamento giuridico e su questa base si ridefinisce il concetto di diritto. In questa visione, i fini e i compiti dello stato entrano nell'ordinamento giuridico, che è sì mutevole e dinamico, come la società che rispecchia, ma è al tempo stesso un'entità unitaria.

Il concetto di funzione proposto dall'Autore non è più ancorato al potere e alla sovranità, ma va ricercato nella distinzione tra diritti, obblighi, poteri, potestà.

Il potere riguarda il momento in cui, avvalendosi della capacità giuridica, il soggetto la esprime per un determinato fine³².

Tra le potestà, si definiscono funzioni quelle che sono esercitate non per un interesse proprio, ma per un interesse altrui, oggettivo. E gli interessi oggettivi tutelati dallo stato – ossia gli stessi che lo stato

³¹ ROMANO S., *L'instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale e la sua legittimazione* (1901), in *Scritti minori*, I, *Diritto costituzionale*, Milano, 1950. Cfr. anche *Nozione e natura degli organi costituzionali dello Stato* (1898), ivi, 2 ss.

³² ROMANO S., *Poteri, potestà*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947, 173; *L'ordinamento giuridico*, Firenze, 1945; *Corso di diritto costituzionale*, Padova, 1926.

impersona – sono altresì interessi della collettività nel suo insieme e non solo dei suoi singoli componenti.

Sulla stessa linea, Giannini definisce la funzione come attività svolta nell'interesse altrui o della collettività, sia pur nei modi stabiliti dalle norme, e appare storicamente collegata all'attività dei *munera* o degli uffici³³. La ragione per cui una norma “funzionalizza” un'attività di una qualsiasi figura soggettiva sta nell'esigenza di controllare, specialmente le attività che non rispondono ad interessi propri del loro autore ma della generalità³⁴.

La funzione si caratterizza per l'inerenza dell'attività ad entità soggettive ed è quindi connessa all'organizzazione. Non ha una sua caratterizzazione oggettiva³⁵, ma riceve qualificazione giuridica dal diritto positivo. “La norma organizzativa che inquadra un centro di riferimento d'interessi in una qualche figura soggettiva riconosciuta,

³³ GIANNINI, *Corso di diritto amministrativo*, I, Milano, 1970, 440; *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, 1950; *L'attività amministrativa*, Roma, Jandi Sapi, 1962, 112.

³⁴ *Ibid*, 440, in cui si spiega che controllare «è assunto qui in un'accezione molto ampia, e giuridicamente non sempre propria; a controllare può essere un giudice (nei confronti del tutore, dell'amministrazione giudiziale), un organo amministrativo (nei confronti di un organo subordinato, di un concessionario, di un ente soggetto a tutela), il parlamento (nei confronti del governo), il corpo elettorale (nei confronti del parlamento); chi è controllato deve poter dar conto di ciò che ha fatto o non fatto, del perché, del come, e così via. La varietà delle figure soggettive dei controllori e dei controllati rivela quanto varie possano essere le organizzazioni e le configurazioni giuridiche dei rapporti; però vi sono due tratti comuni, ricorrenti in ogni caso: che il controllore emette un giudizio valutativo, che il controllato risponde di come ha disimpegnato la funzione».

³⁵ *Ibid*, 79, 220 ss.; 442 ss.

rende funzione l'attività di questo, e la sottopone alle discipline giuridiche, particolari delle varie specie di funzioni"³⁶.

Uno dei caratteri fondamentali dell'organizzazione è la distribuzione delle potestà tra gli uffici. Siccome l'attività dell'ufficio si identifica attraverso l'oggetto o il fine perseguito, "se e in quanto questa attività è funzione", è possibile che l'oggetto o il fine dell'attività vengano usati per distinguere tra loro le varie funzioni³⁷.

Per questa via, gli scopi entrano a connotare la funzione dal punto di vista del contenuto, sempre sotto l'ombrello del diritto positivo, consentendone la relativa classificazione³⁸.

4. Funzione come momento di connessione tra potere e atto.

Su un piano diverso si colloca l'idea di funzione di Benvenuti, che respinge ogni suggestione sociologica o politica per affermare un realismo giuridico incentrato sulla considerazione del fenomeno giuridico esistente in un dato tempo, basandosi su un procedimento induttivo.

"E precisamente induttivo in quanto parte dalla realtà dell'atto giuridico come produttore di effetti sulle situazioni giuridiche; e, sulla base di tali effetti, individua, in primo luogo, il concetto di funzione come elemento di connessione tra potere e atto e quindi come

³⁶ *Ibid.*, 220-221.

³⁷ *Ibid.*, 442

³⁸ *Ibid.*, 442

momento di trasmissione dell'energia giuridica contenuta in potenza nella norma e attualizzata nell'atto, e, poi, individua nel procedimento il luogo nel quale si manifesta sensibilmente la funzione”.

Secondo un'altra linea ricostruttiva, le funzioni si differenziano in base al loro oggetto. La norma che produce il potere può essere scomposta in precetto e sanzione.

Anche questa costruzione si avvale di elementi interni al sistema, cercando di unificare nel concetto di sanzione sia il momento della trasformazione del potere che quello della identificazione del potere.

5. Obiettivazione del potere e funzione obiettiva.

Il collegamento tra potere e atto, ossia la funzione che si inserisce nello spazio tra norma e atto, nella dinamica dello stato e dell'amministrazione in particolare, risponde all'esigenza di sciogliere il nodo della trasformazione del potere nell'ordinamento statale, con un concezione ancorata alle rappresentazioni classiche di questa trasformazione in termini di esercizio soggettivo del potere³⁹.

Le ragioni politiche e giuridiche che avevano condotto a tali rappresentazioni sono ormai parte della storia. In un ordinamento che ha le radici nella sovranità popolare e ne costituisce il riflesso, il potere è “un'espressione immediata dell'ordinamento, la

³⁹ BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, 1968, 229 ss, nota 18.

trasformazione del potere non può non essere un'attività dell'ordinamento⁴⁰».

Un tempo infatti era necessario trovare una giustificazione dogmatica alla sottomissione dello stato al diritto, avendo in mente la derivazione della volontà concreta dello stato dalla volontà del monarca, al più controllata dalle rappresentanze popolari e limitata dalla garanzia dei diritti soggettivi⁴¹.

Lo stesso potere statale è stato convogliato nel diritto soggettivo, in base a una costruzione del rapporto tra stato e cittadino come rapporto intersoggettivo, in cui lo stato e il cittadino stavano uno davanti all'altro, ciascuno con la propria pretesa⁴². Il potere statale divenne diritto soggettivo pubblico dello stato e lo stato stesso divenne soggetto giuridico.

Dato “il sicuro impianto dello stato e dell'ordinamento statale nella sovranità popolare”, il potere si riallaccia immediatamente alla sovranità⁴³: “l'obiettività del potere si afferma non come indifferenza agli interessi, ma come espressione obiettiva della misura di soddisfacimento degli interessi stessi. Onde anche la funzione, in

⁴⁰ *Ibid.*, 230, nota 19.

⁴¹ *Ibid.*, 230, nota 18.

⁴² *Ibid.*, 230, nota 18.

⁴³ *Ibid.*, 230, nota 18; *Ibid.*, Interpretazione costituzionale, Padova, 1990, 149.

quanto trasformazione del potere come forza qualificata, ne segue la sorte ed è obiettiva”⁴⁴

In questo quadro la divisione dei poteri non è che un’articolazione del potere politico, che di per sé è unitario e si riflette nel processo normativo, che a sua volta si articola in modo corrispondente a questa divisione⁴⁵. Il potere amministrativo traduce le norme in regole di rapporto specifiche tra lo stato e i singoli e il potere giudiziario ne assicura l’osservanza.

⁴⁴ BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, cit, 229 ss, nota 18. Cfr., dello stesso A., *Diritto amministrativo, Memorie e argomenti*, Padova, 2008, 47, in cui si afferma che «il potere è nell’ordine delle cose».

⁴⁵ *Ibid.*, 16

CAPITOLO II

FUNZIONE ESECUTIVA E PROCESSO

SOMMARIO. 1. Modelli giurisdizionali dell'amministrazione. - 2 Procedimento e atto. - 3. La funzione come figura dinamica dell'ordine giuridico.

1. Modelli giurisdizionali dell'amministrazione.

Nello schema della divisione delle funzioni di Montesquie, come si è visto (paragrafo 2), la funzione esecutiva non è che la rappresentazione dello stato nei rapporti con l'estero. Non c'è un riferimento alla funzione amministrativa. Tale concezione si iscrive pienamente una tradizione premoderna, nella quale per rintracciare l'amministrazione occorre cercare tra i documenti prodotti nella prassi tra le corti giudiziarie e i commissari regi. L'amministrazione non ha una sua specificità e ad essa ci si riferisce per indicare un'area preclusa alle magistrature giudiziarie⁴⁶.

La funzione amministrativa destinata a imporsi con autorevolezza sulla scena ottocentesca è ancora lontana. L'amministrazione è riconosciuta in quanto svolge un'attività preparatoria rispetto alla legge. Non è ancora esecuzione, ma funzione istruttoria rispetto ai compiti del sovrano legislatore.

⁴⁶ MANNORI-SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, cit., 146 ss.

L'autonomia della pubblica amministrazione e la specificità del suo diritto si realizzano in Francia, attraverso un lungo processo storico, che dai privilegi dell'antico regime si snoda attraverso la continuità della rivoluzione, trovando nel corso dell'ottocento un approdo sistematico nella scienza giuridica e nella giurisprudenza del Consiglio di Stato⁴⁷.

In Germania, l'affermazione della specificità dell'amministrazione avviene soprattutto ad opera della scienza giuridica, sensibile agli effetti che un'organizzazione speciale di giudici amministrativi ha sul diritto sostanziale. Tale specialità ha una natura duplice, che nasce dal confronto o dallo scontro tra autorità e libertà, destinata a tradursi nella continua tensione e ambivalenza tra privilegio da un lato e garanzia dall'altro, la cui espressione più significativa è l'atto amministrativo.

Si inserisce in questo contesto la ciclopica opera mayeriana, in cui la costruzione dell'atto amministrativo risente di tutta la tensione tra l'esigenza di giuridicizzare l'amministrazione e quella di liberarla dal vincolo giuridico. L'amministrazione, quale potere originario, accetta di sottoporsi al vincolo giuridico solo in quanto sia essa stessa a condurre il processo di giuridicizzazione. È fondamentale che in tale costruzione la giuridicità dell'atto non nasca dall'ordinamento, ma derivi dall'atto stesso, come se la manifestazione del potere si

⁴⁷ SORDI, *Tra Weimar e Vienna*, Milano, 1987, 43 ss.

legittimasse di per se stessa. E di conseguenza, l'atto amministrativo trova nella legge un limite possibile, ma non necessario, che interviene a tutela di diritti di libertà dei cittadini dagli atti del potere pubblico.

Il tentativo di giuridicizzazione dell'amministrazione, con la sua originaria ambivalenza, si svolge secondo un percorso teorico che influenzerà le successive elaborazioni.

Infatti, Otto Mayer istituisce un'analogia tra sentenza civile e atto amministrativo, elaborando un concetto giurisdizionale di amministrazione destinato a incidere sul diritto amministrativo e sulla sua processualizzazione⁴⁸.

Tale costruzione è frutto di una combinazione di potere e diritto. L'amministrazione, in quanto sovrana, si pone come fonte della trasformazione del potere in diritto. L'atto amministrativo ne è l'espressione ed è in grado di incidere nel rapporto con i cittadini, imprimendo la regola del rapporto, suscettibile di controllo secondo parametri normativi.

Attraverso successivi passaggi, e in particolare col rinnovamento teorico cui è sottoposta la funzione legislativa nel passaggio dalla costruzione statica a quella dinamica, questo modello dell'amministrazione costituisce un'ispirazione decisiva per le aperture garantistiche dell'amministrazione. La giustizia, infatti, è

⁴⁸*Ibid.*, 56 ss.

sempre apparsa come un terreno interamente conquistato al diritto e attraverso di esso passano i tentativi di estendere all'amministrazione il dominio del giuridico.

La riconduzione della funzione giurisdizionale e di quella amministrativa alla *legis executio* esaurisce un processo che non trova il suo culmine unicamente nel principio di legalità ma altresì “nei modi di esternazione della funzione”.

“In questo senso la proclamazione dell'unità strutturale di giurisdizione e amministrazione nella funzione «eteronoma» di creazione delle norme individuali non è soltanto l'immediata traduzione sul piano dei rapporti tra i poteri dello Stato del modello teorico dello Stufenbau”, ma anche il coronamento di una teoria generale che ha radici profonde⁴⁹.

La più ampia generalizzazione dei modelli giurisdizionali si celebra nelle pagine dei giuristi della Scuola di Vienna e in particolare di Merkl.

Il concetto di processo che fuoriesce dall'opera di Merkl solo apparentemente è dipendente dalla costruzione a gradi, ed esprime il modo in cui da una proposizione più alta si crea una proposizione di grado più basso, ma in realtà dà spazio a modelli di giuridicizzazione.

Il procedimento amministrativo ne è un'espressione, è “una Stufe di quei Prozesswegen che corrono lungo la piramide

⁴⁹ *Ibid.*, 190

dell'ordinamento⁵⁰, attraverso processi di collaborazione e di *Mitwirkung* che si iscrivono nell'orbita amministrativa.

Tale concezione, legata all'elaborazione globale di un'amministrazione di garanzia, è destinata ad influenzare le teorie successive.

2. Procedimento e atto.

I modelli giurisdizionali hanno rappresentato una tappa importante della crescita delle garanzie nei confronti del potere.

Il procedimento è il culmine dello sviluppo di tali modelli. Si incunea nel potere e diventa forma della discrezionalità amministrativa, modo di farsi dell'atto (Benvenuti).

Reagendo a tale impostazione, Giannini precisa che si può senz'altro affermare che il procedimento è forma necessaria della funzione, ma questa più che una regola o un principio è un'implicazione dello stato moderno come stato a pluralità di gruppi di comando e di controllo, per ciò che attiene alla legislazione e all'amministrazione, mentre per la giurisdizione è un'implicazione della struttura dialettica che le è connaturata e porta con sé sin dall'origine⁵¹.

⁵⁰ *Ibid.*, 190

⁵¹ GIANNINI, *L'attività amministrativa*, Roma, Jandi Sapi Editori, 1962, 112.

Inoltre, evidenzia che l'individuazione della nozione di procedimento che proviene dai giuristi austriaci – non senza ricevere soddisfacente elaborazione dogmatica – muove da una constatazione di fatto: che il provvedimento o l'atto amministrativo solitario è vicenda marginale, anzi, si è ritenuto da taluni, neppure esisterebbe; si è detto che l'attività amministrativa si eserciterebbe sempre, o quasi, mediante sequenze di atti. Quest'ultima affermazione è considerata in parte inaccettabile. A riprova di ciò l'Autore richiama l'attività di diritto comune dell'amministrazione, che spesso si sostanzia in dichiarazioni che non si inseriscono in alcuna sequenza di atti e provvedimenti emanati dall'amministrazione quando agisce come soggetto amministrativo non sempre sono inseriti in procedimenti.

La svalutazione del procedimento è specialmente connessa alle dottrine soggettivistiche, come emerge chiaramente dalla dottrina francese, con il consequenziale affievolimento delle capacità interne al procedimento come luogo di incontro dinamico tra amministrazione e società.

3. La funzione come figura dinamica dell'ordine giuridico.

L'individuazione della funzione come elemento della dinamica giuridica, che esprime il passaggio dal potere all'atto ha segnato una decisiva inversione di rotta rispetto al passato.

Se la funzione è il farsi dell'atto allora questa diventa visibile all'interno del procedimento. E se il procedimento è il culmine dello sviluppo dei modelli giurisdizionali dell'amministrazione, diventa immediatamente percettibile che si può approdare all'atto non solo attraverso il procedimento – come sequenza di atti in funzione dell'interesse della pubblica amministrazione – ma anche attraverso il processo, che si svolge invece anche nell'interesse dei destinatari dell'atto finale⁵². E questo contribuisce a portare alla luce la funzione in senso sostanziale.

In quest'ottica, tuttavia, la funzione è apparsa necessariamente legata al potere e condizionata sul nascere in senso amministrativo, legislativo, giurisdizionale⁵³. Se invece il potere è riallacciato immediatamente alla sovranità popolare e dunque deriva dall'ordinamento, la funzione può apparire come struttura dinamica che si presta a partizioni differenziate all'interno dell'ordinamento statale⁵⁴.

In tal senso, allora, la “sostanza processuale dell'attività”, che si rende visibile nel processo, che a sua volta diventa identificabile di per se stesso e non in relazione all'atto finale in cui sfocia⁵⁵.

⁵² BERTI, *Diritto e stato*, Padova, 1970, 328 ss.

⁵³ *Ibid.*, 329

⁵⁴ *Ibid.*, 329

⁵⁵ *Ibid.*, 331

Il processo rispetto al procedimento si caratterizza per la sua anima dinamica capace di inglobare i diversi interessi in conflitto, compresi quelli del destinatario dell'atto finale, ponendoli su uno stesso piano, per poi confluire nel provvedimento. Il procedimento, invece, che è il tratto di congiunzione tra funzione e atto finale, è più attratto nell'area del provvedimento che in quello della funzione⁵⁶.

A ben guardare, se si resta nell'ottica del provvedimento, procedimento e processo sono la stessa cosa, perché entrambi descrivono i presupposti dell'atto; mentre nell'ottica della funzione “se c'è processo, la funzione stessa emerge compiutamente al livello delle valutazioni giuridiche; se non c'è processo essa rimane interamente soffocata.”⁵⁷”

La funzione è dunque una figura dinamica dell'ordine giuridico.

“La voce nuova che è dentro all'idea di funzione è stata ascoltata molto di lontano e con poca attenzione. Ma essa invece segnava una diversa strada. Quale fosse questa strada è presto detto: tra la norma che conferisce il potere e il provvedimento, c'è appunto la funzione e non il soggetto con la sua volontà. La funzione è un elemento obiettivo, che come tale non premia necessariamente il soggetto pubblico, che non lo rende comunque vincente rispetto ai soggetti esterni. L'atto è il prodotto della funzione, vale a dire di ciò che si fa

⁵⁶ *Ibid.*, 330

⁵⁷ *Ibid.*, 331

nell'ambito della funzione, non l'espressione precostituita di un soggetto privilegiato»⁵⁸

Questa prospettiva implica la reiezione di ogni immagine soggettivistica dell'amministrazione e conduce ad una conoscenza obiettiva dei fenomeni del diritto pubblico. La funzione libera l'attività dal peso e dall'autorità dell'organizzazione pubblica, che non possono trasferirsi in modo totalitario nell'attività dell'amministrazione, fino a dominare il rapporto col privato, perché l'attività è obiettiva e non si riconduce alla volontà del soggetto, ma alla funzione e quindi al processo⁵⁹.

⁵⁸ *Ibid.*, 338.

⁵⁹ *Ibid.*, 338 ss.

CAPITOLO III

FUNZIONE E CONSENSO

SOMMARIO. 1. Principio consensuale e procedimento amministrativo. - 2. Struttura amministrativa e processualità. - 3. Processualità dell'amministrazione e definizione consensuale degli interessi. - 4. Gli accordi tra amministrazione e privati nella l. n. 241 del 1990. - 5. Conclusioni.

1. Principio consensuale e procedimento amministrativo.

In un mondo che ha superato, senza distruggerlo, il monolite stato-diritto, per procedere spedito sulla strada di un deciso, quanto consapevole, pluralismo⁶⁰, l'amministrazione pubblica è stata costretta ad uscire dal particolarismo giuridico in cui il legame troppo stretto col politico l'aveva rinchiusa per entrare nella rete degli scambi e nella logica del contratto⁶¹.

⁶⁰ Cfr. GUARINO, *Il governo del mondo globale*, Le Monnier, Firenze, 2000, 265, in cui mette in luce come la «creazione di un mondo globale di contrappesi, la consapevolezza degli stessi, non costituiscono il frutto di una casualità, ma sono una conseguenza inerente al nuovo stadio cui l'umanità è pervenuta nella sua evoluzione».

A tale proposito, si può rilevare facilmente che gran parte delle descrizioni sulla "Global governance" rievocano l'esperienza giuridica medievale, ma in una versione che appare caratterizzata innanzitutto dalla consapevolezza, se non dalla interiorizzazione dei conflitti, realizzando per questo condizioni che, come avverte l'illustre A., «appaiono abbastanza protette dall'imprevisto». Per ulteriori spunti, G. ROSSI, *Il conflitto epidemico*, Milano, 2003.

⁶¹ Cfr. BERTI, *Il principio contrattuale nell'attività amministrativa*, in Scritti in onore di Giannini, Milano, 1988, II, 49, in cui si osserva che in «un mondo dominato dallo scambio, dove anche la reciproca riconoscibilità dei soggetti politici e privati avviene in ragione di scambio o di contratto, sarebbe assurdo pensare che l'amministrazione pubblica si debba, al contrario, ritirare in una sorta di esilio

Il principio consensuale è rimasto a lungo estraneo all'area pubblicistica e alla dogmatica imperniata sullo schema mayeriano, fondata sull'identità tra potere pubblico e supremazia (Mehrwert)⁶², o al più ha trovato spazio ai margini delle trattazioni di teoria generale, come forma alternativa all'esercizio dell'azione amministrativa, di cui infine si negava la possibilità⁶³. Occorreva attendere che il potere pubblico venisse ricondotto sotto l'ala del politico e condizionato da un'attribuzione legale per indebolire la supremazia dell'amministrazione e arrivare a scioglierne la specialità⁶⁴. Solo così la negozialità ha varcato i muri dell'amministrazione imperativa, mostrando tutta la sua attitudine a disciplinare i rapporti amministrativi, soprattutto nel campo delle attività.

Ed è proprio nell'ambito delle prestazioni che lo stato ha esercitato sempre di più le forme tipiche del diritto comune, liberandosi della "forte ipoteca pubblicistica disegnata a fine Ottocento attraverso il concetto di *service public*, inteso insieme come istituzione e regime amministrativo⁶⁵. I tratti marcatamente autoritativi dell'amministrazione sono andati progressivamente scomparendo dietro a un'amministrazione che si manifestava secondo

monacale, per custodire gelosamente le icone del potere imperativo, dell'atto unilaterale, e via dicendo».

⁶² Sulle teorie giuridiche nel primo dopoguerra, B. SORDI, *Tra Weimar e Vienna*, cit., partic. 144 ss.

⁶³ *Ibid*, 141 ss.

⁶⁴ *Ibid*, 142 ss.

⁶⁵ MANNORI- SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Laterza, Bari-Roma, 2004, 521.

statuti privatistici, mettendo in ombra i caratteri dell'imperatività che trovavano la loro rappresentazione finale nel provvedimento tipico⁶⁶. Questi caratteri non contraddistinguono più l'agire amministrativo, sempre meno univoco, ma convivono, e a volte si intrecciano, con una pluralità di statuti secondo i quali si muove l'amministrazione⁶⁷. I modelli di esercizio dell'autorità pubblica si sono diversificati, ridisegnati, moltiplicati per far fronte alle esigenze di un'economia avanzata⁶⁸. La sfera di amministrazione diretta si riduce, lasciando ai privati il compito dell'erogazione, mentre si accresce la funzione di regolazione, di controllo, di garanzia dell'autorità pubblica. A tal fine entrano in scena figure di importazione anglo-americana, le autorità indipendenti, per diradare il grigiore delle zone in cui pubblico e privato si avvicinano fino a confondersi.

Tale processo non implica, naturalmente, che la cura degli interessi collettivi sia assoggettata a regole privatistiche o ad autorità private, lasciando nella penombra il diritto pubblico. Tutt'altro.

D'altro canto, rispetto all'ampio pluralismo preesistente, la stessa "codificazione rappresentò un esproprio: il diritto privato da diritto dei

⁶⁶ Cfr. BERTI, *Il principio contrattuale*, cit., 54.

⁶⁷ Cfr. BERTI, *Il principio contrattuale*, cit., 55, in cui si osserva che «da una amministrazione monodimensionale, occorre passare a un'amministrazione pluridimensionale, e ciò non tanto dal punto di vista della pluralità dei soggetti amministrativi e delle loro più o meno labili autonomie, ma dal punto di vista della pluralità e della complessità politica, economica e tecnica degli interessi e degli strumenti dell'azione amministrativa, intesa a sua volta come una faccia dell'ordinamento»; MANNORI-SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, cit., 525 ss.

⁶⁸ Cfr. GUARINO, *Il governo del mondo globale*, cit., che offre uno sguardo d'insieme sul sistema della globalità.

privati si cambiò radicalmente nel diritto pubblico avente ad oggetto i rapporti tra i privati”⁶⁹. Il rapporto amministrativo, al contrario, nasce già su una piattaforma che ha interiorizzato i conflitti, gli interessi, ed esprime la sua ragion d’essere proprio nella capacità di ordinare la pluralità nell’esercizio di una funzione organizzativa⁷⁰. Tale funzione è di per sé neutra e può esprimersi attraverso atti diversi dal punto di vista della loro qualificazione giuridica, ma pur sempre espressione di una funzione unitaria, che fonda la sua esistenza sull’accettazione di un rapporto fondamentale con la società⁷¹. L’amministrazione, sotto questo profilo, ha la sua matrice nell’ordinamento e si porta perennemente dietro un “debito di funzionalità rispetto ai bisogni collettivi”⁷², che può affrontare con gli strumenti originari del comando, o con gli strumenti del consenso, o del controllo senza mai alterare la sua essenza pubblicistica.

Sia che si impronti su paradigmi privatistici, sia che si ispiri alla logica del comando, il rapporto tra amministrazione e cittadino si svolge sempre all’interno di una dinamica processuale⁷³, nell’ambito

⁶⁹ GROSSI, *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano, 1998, p. 21.

⁷⁰ Cfr. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, 1963.

⁷¹ Cfr. BERTI, *La responsabilità pubblica*, Padova, 1997, 172, in cui si mette in luce la relazione necessaria tra organizzazione e linguaggio giuridico.

⁷² BERTI, *Corso breve di giustizia amministrativa*, Padova, 2004, 65.

⁷³ Cfr. GOLDSCHMIDT, *Der Prozess als Rechtslage*, Julius Springer, Berlin, 1925, 244 ss., 263 ss; MERKL, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Julius Springer, Wien, 1927, 213; BENVENUTI, voce *Giustizia amministrativa*, in *Enc. dir.*, vol. XIX, Milano, 596 ss; ID, voce *Giudicato (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, vol. XVIII, Milano, 1969, 897, nota (14); BERTI, *Connessione e giudizio amministrativo*, Padova, 1970, 20, nota (8).

della quale l'azione amministrativa si oggettivizza, e trova definizione nell'atto finale tipico, che potrà essere alternativamente un provvedimento o un contratto.

In ogni caso, il rapporto amministrativo precede il momento della tipizzazione del procedimento e dell'atto finale⁷⁴. Tale atto si pone al culmine di un processo che non si esaurisce nella mera applicazione di una proposizione maggiore – la legge – che vi imprime il marchio della legittimità, ma comprende anche il modo (creativo) in cui si estrinseca la capacità pubblica e si condensa in una proposizione più bassa. È questa dinamica, imperniata sulla teoria gradualistica,⁷⁵ che conduce alla norma individuale, all'esito di un processo di obiettivazione della funzione amministrativa.

Il soggetto privato non rimane mai del tutto estraneo a tale processo, non solo perché destinatario degli effetti dell'atto, ma perché attratto nella sfera amministrativa, come soggetto dell'organizzazione⁷⁶. Il procedimento amministrativo, veicolo fondamentale della partecipazione del privato all'esercizio della funzione, si incarna nel potere pubblico - che già incorpora il consenso del privato - e diviene il modo di farsi dell'atto⁷⁷. Il

⁷⁴ BERTI, *Corso breve di giustizia amministrativa*, cit., 108.

⁷⁵ Cfr. H. KELSEN, *Il primato del parlamento*, Milano, 1982, 87 ss., 96 ss. Sul punto, SORDI, *Tra Weimar e Vienna*, cit., 159.

⁷⁶ BERTI, *La responsabilità pubblica*, cit., 272-273.

⁷⁷ BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, 118 ss.; ID, *Eccesso di potere amministrativo per vizio della funzione*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1950, 1 ss.

procedimento, contiene dentro di sé tutte le potenzialità per fungere da luogo di incontro dinamico tra l'amministrazione e i privati⁷⁸, e in quanto tale è la sede che meglio si presta alla valorizzazione di un rapporto amministrativo che si svolga anche in forma consensuale.

2. Struttura amministrativa e processualità.

Esiste una correlazione molto stretta tra la struttura dell'amministrazione e il tipo di processo che si svolge al suo interno⁷⁹.

Nelle sue prime versioni, il procedimento⁸⁰ appariva intimamente collegato alla giustizia amministrativa, come rappresentazione necessaria alla conoscenza dei presupposti dell'atto, ai fini del suo sindacato giurisdizionale. Non era un luogo di comunicazione reale tra amministrazione e cittadini, ma apriva uno squarcio sul velo dietro cui si muoveva il potere pubblico nell'esercizio della discrezionalità. Il procedimento rendeva riconoscibile, e quindi controllabile, la costruzione dinamica della fattispecie.

Accanto al procedimento, inteso come sequenza di atti attraverso cui si forma la volontà amministrativa, si delinea un processo

⁷⁸ BERTI, *Diritto e stato*, Cedam, Padova, 1986, 325 ss, partic. 338.

⁷⁹ *Ibid*, 583

⁸⁰ Sul procedimento, cfr. A. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, Milano, 1949; BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, cit., 118 ss.; ID, *Eccesso di potere amministrativo per vizio della funzione*, cit., 1; PASTORI (a cura di), *La procedura amministrativa*, Milano, 1964, 96 ss.

decisionale che è frutto della trasposizione all'interno dell'amministrazione del modello giurisdizionale⁸¹. Il processo non si esaurisce in una serie di fasi attraverso le quali si svolge il passaggio dalla norma astratta a quella individuale, ma presuppone il contraddittorio degli interessi, il confronto reale tra le parti. Il metodo processuale mette in luce l'ingresso del privato nell'area amministrativa, ne valorizza il contributo e lo attrae nell'orbita di una decisione, che definisce il rapporto dal punto di vista prevalente dell'amministrazione, ma al tempo stesso ingloba i termini del conflitto, sempre che questa sia frutto di imparzialità.

Mentre il procedimento in senso stretto rientra nell'area del provvedimento, il processo va ricondotto alla funzione, "quando non si identifichi completamente con essa"⁸².

Dal punto di vista della funzione, nel suo aspetto processuale, emerge tutta la dinamica giuridica del rapporto tra amministrazione e privato, che può realizzarsi secondo schemi diversi, pur sempre predeterminati dalla legge. Tale dinamica è stata in parte sommersa, o quanto meno ridotta nelle sue potenzialità, da una rappresentazione soggettivistica dell'amministrazione⁸³, nella quale si facevano

⁸¹ Sui modelli giurisdizionali dell'amministrazione, cfr. B. SORDI, *Tra Weimar e Vienna*, cit., 189 ss.

⁸² BERTI, *Diritto e stato*, cit., 330.

⁸³ *Ibid*, 338 ss.

prevalere i meccanismi dell'imputazione formale dell'atto al suo autore, al di fuori di una valorizzazione oggettiva delle attività.

Questa visione appare oggi lontana, e capovolta. Lo spazio del pubblico si è popolato di una pluralità di figure, nate per lo più da processi di privatizzazione, che perseguono fini collettivi in veste privatistica e, pur muovendosi secondo i paradigmi del diritto comune, sono attratti nell'orbita dell'amministrazione. L'intervento diretto del potere pubblico nell'economia si è fortemente ridotto, mentre si è accresciuta la funzione di controllo e di garanzia degli apparati pubblici. La struttura organizzativa dello stato si è frammentata, reticolata, aperta. Molti compiti si sono privatizzati e gran parte delle attività con cui si perseguono fini pubblici non sono più mediate dallo schermo degli enti pubblici tradizionali.

I tempi sembrano maturi perché questa amministrazione, che porta alla luce il suo volto obiettivo, abbandoni l'idea dell'atto come risultato della decisione di un soggetto formalmente pubblico, e lo rappresenti come espressione finale dell'esercizio di una funzione obiettiva, e quindi di un processo. In questa prospettiva, si apre lo spazio di una comunicazione autentica tra amministrazione e privati, nell'ambito del quale la soluzione del conflitto, predeterminata dalla norma per la realizzazione dell'interesse pubblico prevalente, non si trova necessariamente in modo autoritario, ma anche secondo schemi negoziali. Di conseguenza, la decisione finale potrà prendere la forma

del provvedimento o quella del contratto, ma di un contratto che si colloca pur sempre nell'area pubblicistica, non essendo altro che un modo alternativo di manifestarsi della funzione.

3. Processualità dell'amministrazione e definizione consensuale degli interessi.

La definizione del fenomeno giuridico, attraverso il processo di concretizzazione di proposizioni più alte, mostra tutta la sua ricchezza di contenuti e le sue possibilità creative proprio nel momento in cui la sostanza giuridica, solo astrattamente descritta dalla legge, si compone dinamicamente con gli interessi individuali secondo un modulo negoziale. Tale dialettica non basta di per sé a conferire al rapporto amministrativo contorni privatistici, ma rappresenta uno dei possibili modi attraverso i quali il processo di attuazione del diritto scende negli abissi delle particolarità, arricchendosi di nuovi elementi⁸⁴ con l'apporto diretto dei destinatari della regola finale. È in questa

⁸⁴ Tale fenomeno è reso particolarmente visibile dalle immagini di MERKL, *Il duplice volto del diritto*, Milano, 1987, 303 ss: «La mente corre al sistema nervoso costituito dal cervello e al sistema dei vasi sanguigni, che ha il suo centro nel cuore. Ancor più significativa è però un'immagine che rappresenta non già un essere ma un divenire. Il fiume che precipita in cataratte separate fra loro da bacini di depurazione ci offre un quadro del divenire giuridico, cui concorrono una interpretazione conoscitiva e una interpretazione creativa. In questo suo cadere, in questo suo formale precipitare lungo il corso del suo sviluppo, la materia giuridica viene profondamente rimestata; ed è qui che s'inserisce il lavoro di chiarimento della scienza giuridica. Le acque, tuttavia, vale a dire il divenire giuridico, non si arrestano ma progrediscono vorticosamente verso la meta finale; e qui nuovamente c'è motivo per un nuovo lavoro scientifico di chiarimento, e così via di seguito, finché lo sviluppo dei fenomeni giuridici si esaurisce, finché la corrente va a sfociare nel mare delle particolarità».

amalgama che la materia giuridica, in origine ancora scarna, assume un assetto compiuto in relazione al caso singolo⁸⁵. Sotto questo profilo, la negoziazione col privato rivela un carattere strumentale rispetto a tutto lo svolgimento giuridico che è destinato a giungere ad uno stadio finale, in cui il conflitto si acquieta. Il provvedimento o il contratto appaiono allora come la traduzione statica di tale sviluppo, anche se, nel caso in cui questo sviluppo si riveli viziato nella sua evoluzione, può sempre riprendere vita davanti agli organi giurisdizionali.

In tale prospettiva, l'esercizio dell'azione amministrativa sembra snodarsi all'interno di una struttura oggettiva, nella quale si compie la scelta tra possibili soluzioni diverse, idealizzate dal legislatore. L'accordo col privato sulla scelta da compiere attira il privato in tale struttura e ne anima al massimo la partecipazione. Il confluire di questa scelta in un contratto rivela allora il modo in cui la carica discrezionale si è tradotta nell'atto con cui si definisce il confronto degli interessi.

Tale atto appare come l'espressione finale di pulsazioni giuridiche, trasmesse dalla legge all'amministrazione, per immettersi

⁸⁵ A questo proposito, MERKL, *Il duplice volto del diritto*, cit., 294, evidenzia che la struttura materiale del diritto allo stadio della legge «non è ancora completa e sul piano conoscitivo può essere anticipata solo in termini formali, attraverso il rinvio al volere o all'agire, ancora sconosciuti, di chi deve applicare il diritto». Ed osserva: «Pensare che colui che applica il diritto si attenga ad una sola ricetta significa credere nei miracoli giuridici» (p. 290).

nel particolare con un processo di interpretazione che è al tempo stesso conoscenza e creazione.

Di questo divenire giuridico, nello spazio amministrativo, la legge sul procedimento descrive le diverse sequenze.

4. Gli accordi tra amministrazione e privati nella l. n. 241 del 1990.

Gli accordi tra amministrazione e privati aventi per oggetto il contenuto discrezionale del provvedimento conclusivo del procedimento, nonché gli accordi sostitutivi di tale provvedimento sono stati riconosciuti dalla legge 7 agosto 1990, n. 241, che ammette la determinazione consensuale del contenuto discrezionale del provvedimento.

Con tale norma si supera l'idea, prospettata in dottrina, che il contratto debba essere doppiato da un atto provvedimentale⁸⁶, fondata su una concezione imperativistica del potere e sulla sua necessaria unilateralità. Tale atto, pur riducendosi a un mero rivestimento formale di una decisione concertata, era considerato necessario ai fini

⁸⁶ L'estensione dell'impostazione dualistica, originariamente riferita ai rapporti di tipo concessorio, si deve essenzialmente a GIANNINI, *L'attività amministrativa*, Jandi Sapi, Roma, 1962, 26; ID, *Diritto amministrativo*, II, Milano, 1993, 426 ss, in cui si parla espressamente di «contratti a oggetto pubblico». Cfr., tra gli altri, con riferimento alle concessioni, SILVESTRI, voce *Concessioni*, in *Enc. dir.*, Milano, vol. VII, 1988, 374 ss., 376, partic. nota (35). Per un'efficace sintesi dei diversi orientamenti, MARZUOLI - SORACE, voce *Concessioni amministrative*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. III, Torino, 1989, 280 ss.; BRUTI LIBERATI, *Consenso e funzione nei contratti di diritto pubblico*, Milano, 1996, 11 ss., 25 ss; ID, voce, *Accordi pubblici*, in *Enc. dir., Agg.*, vol. V, 2 ss.

del sindacato del giudice amministrativo, che non si sarebbe potuto esplicitare su un atto di natura privatistica. L'art. 11 della legge n. 241 attribuisce espressamente la cognizione delle controversie relative alla formazione, conclusione ed esecuzione degli accordi alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, superando in radice la tesi dualistica.

Secondo un diverso orientamento⁸⁷, gli accordi tra amministrazione e privati resterebbero attratti nell'area del diritto comune. Questa impostazione, che ha come presupposto la possibilità di disporre dell'oggetto pubblico, vorrebbe valorizzare la parità del soggetto pubblico e di quello privato. Tuttavia, non basta estrarre il rapporto dallo spazio pubblico e trasportarlo in quello del diritto comune per portare la parità fuori dal mito. Occorrerebbe in tal caso un codice *ad hoc* per garantire l'equilibrio del rapporto, per coprire le asimmetrie informative, per bilanciare le forze in gioco, non diversamente da quanto avviene nei contratti con le imprese o,

⁸⁷ Cfr. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative*, Jovene, Napoli, 1981, 294 ss, con riferimento alle concessioni; con accenti diversi, ID, voce *Concessioni amministrative*, in *Enc. giur.*, vol. VII, Istituto dell'Enc. it. Treccani, Roma, 1988, 1ss. D'altro canto, occorre rilevare che le diverse qualificazioni che hanno connotato le concessioni sono derivate in gran parte dalle «ambivalenze» che caratterizzano l'istituto concessorio, per il fatto di «cadere a mezzo tra la zona del potere normativamente definito e l'area della libertà economica o mercantile»: BERTI (a cura di), *Introduzione*, in *Rapporti associativi tra amministrazioni pubbliche e imprese*, Bologna, 1994, 16. Sul punto, criticamente, BRUTI LIBERATI, *Consenso e funzione nei contratti di diritto pubblico*, cit., 24, con ampi riferimenti alle tesi «pan-privatistiche» riproposte in dottrina dopo l'introduzione dell'art. 11 della l n. 241/90 (p. 33, nota 62). Per una qualificazione degli accordi in questione come «*species* del *genus* contratti che l'amministrazione è abilitata a concludere nella sua capacità di soggetto giuridico», CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2006, 242.

generalizzando, con i poteri privati. A ben guardare, la parità può entrare nella dimensione realistica del rapporto amministrativo valorizzando l'essenza delle figure pubblicistiche, fatte di doverosità e di responsabilità, e quindi chiamando l'amministrazione a rispondere degli effetti della propria azione, dei disservizi, dei ritardi, dei pregiudizi arrecati ai privati.

Ma soprattutto, la parità entra nel rapporto amministrativo quando si apre lo spazio di un confronto obiettivo degli interessi in conflitto, svolto con un metodo processuale, con un dibattimento, e il risultato di questo confronto si traduce nell'atto, o nel contratto. Gli accordi di cui all'art. 11 della l. n. 241 rappresentano uno dei possibili esiti di questo confronto, presuppongono il procedimento e lo concludono "in ogni caso nel perseguimento del pubblico interesse" (comma 1).

La natura pubblicistica dell'accordo si evince in particolare dalla sua specifica disciplina, che in deroga ai principi del codice civile, attribuisce all'amministrazione la facoltà di recedere dal contratto per sopravvenuti motivi di pubblico interesse, salvo l'obbligo di indennizzare i privati per i pregiudizi verificatisi.

Il recesso consentito all'amministrazione, secondo un primo orientamento, si basa su una valutazione discrezionale⁸⁸, per la rilevanza giuridica che la legge attribuisce al perseguimento del

⁸⁸ Cfr., per tutti, BRUTI LIBERATI, *Consenso e funzione nei contratti di diritto pubblico*, cit., 35

pubblico interesse, che è uno dei caratteri tipici dell'attività discrezionale. Secondo una diversa impostazione, si tratta invece di un diritto potestativo che si giustifica alla luce di un regime privatistico⁸⁹.

La configurazione di tale potere presenta tratti peculiari rispetto al sistema del codice civile⁹⁰, mentre appare più coerente con un quadro pubblicistico, come tipica espressione di autotutela amministrativa. Tale lettura sembra anche in linea col parallelo potere di revoca del provvedimento, disciplinato per la prima volta dalla legge n. 15/2005 (art. 21-quinquies).

L'attribuzione della cognizione del rapporto oggetto dell'accordo disciplinato dall'art. 11 della l. n. 241 alla competenza esclusiva del giudice amministrativo consente una tutela piena del rapporto, che può essere sindacato in modo penetrante, anche sotto il profilo dell'eccesso di potere.

5. Conclusioni.

Il rapporto amministrativo, definito attraverso l'accordo, porta alla luce un coinvolgimento dinamico dei cittadini all'esercizio del potere,

⁸⁹ In tal senso, tra gli altri, CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 244.

⁹⁰ Nel sistema del codice civile il recesso è generalmente ammesso nei contratti di durata, ossia nei contratti "la cui esecuzione si protrae nel tempo, a volte per molti anni" (somministrazione, contratti ad esecuzione continuata o periodica aventi per oggetto un *facere*, contratto di non fare, contratto che prevede modalità adempitive che non si esauriscono in un solo fatto, ma si frazionano in una pluralità di fatti, quale la vendita con pagamento del prezzo a rate o il mutuo con pagamento rateale della somma). Al di fuori di queste ipotesi, il recesso costituisce un'eccezione alla regola, introdotta dalla legge o dal contratto.

all'interno di una struttura che contiene in se stessa sia l'autorità sia i destinatari. Nel momento in cui i destinatari sono richiamati, non solo idealmente, ma concretamente sulla scena amministrativa per la realizzazione di risultati voluti dalla collettività, si accresce, di conseguenza, "l'identità amministrativa della società"⁹¹. O, almeno, diviene più consapevole.

L'immedesimazione nell'organizzazione amministrativa non trova solo giustificazione in una accettazione di principio di un rapporto fondamentale tra stato e cittadini, che porta dietro di sé l'accettazione del potere, ma prende corpo attraverso la "sensibilità alla sostanza degli interessi e alla giustizia della decisione e dell'attività esecutiva"⁹².

La configurazione di procedure sottratte a una sintesi unilaterale della pluralità degli interessi e aperte a raccogliere un'adesione oggettiva, anziché indotta, della società, lasciata pur sempre nell'ombra di un agire imperativo, rinvigorisce la legittimazione democratica dell'amministrazione. La fedeltà al radicamento democratico si misura sulla razionalità di decisioni, che affondano nella legalità sostanziale⁹³, in cui si fanno confluire azioni responsabili, per il perseguimento di obiettivi pubblici.

⁹¹ BERTI, *La responsabilità pubblica*, cit., 402.

⁹² *Ibid.*

⁹³ *Ibid.*

CAPITOLO IV

ATTIVITÀ FUNZIONALIZZATE. GESTIONI PUBBLICHE.

SOMMARIO: 1. Trasformazioni dell'amministrazione. Pluralismo e complessità degli apparati pubblici. - 2. Enti pubblici economici e funzione pubblica. - 3. Società miste e funzione pubblica. - 4. Gestione funzionale. Azionariato pubblico e principio di libera circolazione dei capitali. - 5. Attività funzionalizzate e struttura societaria. Tra discrezionalità e scelte imprenditoriali. Limiti della discrezionalità e vizi della funzione. - 6. Funzionario e manager pubblico sotto i riflessi della discrezionalità. I diversi parametri di giudizio delle scelte imprenditoriali.

1. Trasformazioni dell'amministrazione. Pluralismo e complessità degli apparati pubblici.

Le rappresentazioni ottocentesche della specialità amministrativa esprimevano una raffigurazione semplificata e ideologica della funzione pubblica, oggi del tutto inadeguata a descrivere la struttura multiforme e la complessità dei compiti e degli statuti dell'amministrazione contemporanea⁹⁴.

La dinamica evolutiva è ben nota. Il modello tradizionale dell'amministrazione è la "piramide". È disegnata dal Cavour con la legge 23 marzo 1853, n. 1843: numero limitato di ministeri; separazione tra livello politico e livello amministrativo; organizzazione statale periferica tramite i prefetti, posti a loro volta alle dipendenze del Ministero dell'interno. È un'organizzazione molto

⁹⁴ Cfr. MANNORI-SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, cit., 527 ss.

semplice, nell'ambito della quale l'azione amministrativa si esprime attraverso organi ed enti pubblici. Assume contorni ancora più netti in Francia, dove l'art. 20 della Costituzione del 1958 sancisce il principio in base al quale il governo dispone dell'amministrazione. Così ideata come una struttura compatta, la pubblica amministrazione post-unitaria assomiglia ad un maestoso transatlantico che naviga sicuro verso il nuovo secolo. Ma già a partire dai primi anni del '900, preoccupanti iceberg minacciano di affondare questa superba nave. Si tratta degli interessi pubblici, che vanno gradualmente diversificandosi. Frammentandosi, gli interessi iniziano a sfuggire all'area del controllo statale e degli enti esponenziali preposti alla loro tutela. La crisi del modello monolitico di amministrazione assume contorni netti a partire dal secondo dopoguerra, quando la società civile diventa ancora più complessa. L'attuale assetto multiorganizzativo delle funzioni pubbliche presenta i connotati della frammentarietà e della differenziazione. Il primo connotato (la frammentarietà) deriva dal pluralismo e dalla complessità degli apparati pubblici (che spesso comporta delle duplicazioni e sovrapposizioni di competenze). La differenziazione, invece, è riconnessa alla specificità dei compiti assegnati alle singole amministrazioni. Le organizzazioni pubbliche operano sempre più a tutela di interessi settoriali, categoriali e territoriali; interessi non omogenei e spesso confliggenti con altri interessi pubblici e che

esigono un proprio spazio rappresentativo ed un proprio potere negoziale

Il fenomeno del pluralismo assume connotazioni nette in seguito alla cessazione del secondo conflitto mondiale, momento dal quale si registra la moltiplicazione di figure soggettive estranee all'ordinamento statale (ad esempio gli enti pubblici territoriali). Organizzandosi in enti *“che non solo esercitano attività amministrativa, ma sottraggono attività allo Stato”*,⁹⁵ queste amministrazioni tendono, così, ad acquisire una sfera di autonomia nei confronti del governo. Al contempo, il proliferare di amministrazioni erogatrici di servizi determina il temperamento del carattere autoritativo dell'azione amministrativa.

Questa evoluzione determina importanti conseguenze. La prima è l'erosione della tradizionale sfera di sovranità statale, ormai ripartita su (almeno) tre livelli di governo: europeo, statale e locale. Un'altra è la crisi del modello gerarchico, soppiantato da strutture e modelli organizzativi di coordinamento e di raccordo. Un'altra ancora è il superamento della tradizionale corrispondenza tra poteri e funzioni pubblicistiche, legato al progressivo affermarsi del modello sussidiario di esercizio di tali funzioni. In questo scenario, contrassegnato da un evidente pluralismo istituzionale, a fronte del complessivo ammutinamento degli interessi pubblici dello Stato, la

⁹⁵ GIANNINI, *Diritto amministrativo*, III ed., vol. I, Milano, 1993, 131.

piramide si sgretola. Si trasforma in un arcipelago in cui non esiste più *la* pubblica amministrazione, ma *le* pubbliche amministrazioni.

2. Enti pubblici economici e funzione pubblica.

Tale nuova orbita ricostruttiva muove da un processo di oggettivizzazione dell'attività e dell'organizzazione amministrativa, segnata da una progressiva desoggettivizzazione delle figure chiamate ad essere centri di imputazione dei rapporti amministrativi. Di qui la possibilità di ricondurre l'attività imprenditoriale all'interno di una nozione più ampia di amministrazione.

A ben vedere, la Cassazione coglie nel segno. Come accennato, comune denominatore dell'evoluzione dell'amministrazione è la disarticolazione dei poteri pubblici, le cui ragioni vanno primariamente ricercate nella complessità assunta dalla società civile, che ha determinato una diversificazione degli interessi pubblici, che non sono più riconducibili all'area del controllo statale. Per un verso, si assiste all'attrazione nell'area privatistica di una parte di attività dei poteri pubblici; per altro verso, alla partecipazione dei privati all'esercizio della funzione amministrativa. L'apparato amministrativo diventa così "amministrazione oggettivata" (dalla norma), che si risolve "*in momenti di coagulo della titolarità di funzioni amministrative secondo modi in parte tradizionali, in parte nuovi ed*

eterogenei"⁹⁶. Il tratto di fondo di questa nuova realtà è che "le istituzioni tradizionali non sono in grado di compiere il miracolo di risolvere l'equazione del rapporto tra governanti e governati". Le decisioni pubbliche finiscono, così, per essere la risultante di un "groviglio di interessi, di volontà e di errori"⁹⁷.

Come accennato, l'attuale arcipelago di poteri pubblici, così, è contraddistinto dalla presenza di strutture intermedie, e organizzatorie difficilmente inquadrabili all'interno della tradizionale dicotomia ente-organo⁹⁸. Si pensi agli *officia* (o uffici oggettivi), centri attivi di imputazione degli enti di fatto, (quali i partiti politici o i sindacati, in particolare, le rappresentanze sindacali aziendali ovvero gli organismi locali delle associazioni sindacali previsti dall'art. 28 della l. n. 300 del 1970). È il caso, ancora, dei *munera*, centri attivi di imputazione a carattere temporaneo e straordinario, quali gli ausiliari della funzione amministrativa o giurisdizionale, oppure delle strutture di coordinamento e di raccordo, delle amministrazioni composte, delle amministrazioni-organo (di altre amministrazioni). Per finire, operano

⁹⁶ VALENTINI, *Figure, rapporti, modelli organizzatori- Lineamenti di teoria dell'organizzazione*, in *Trattato di diritto amministrativo*, diretto da SANTANIELLO, Padova, 1996, 9. Sul concetto di "amministrazione oggettivata", da ultimo, BELLAVISTA, *L'oggettività giuridica dell'agire pubblico*, Padova, 2001, 177.

⁹⁷ DAHRENDORF, *Dopo la democrazia*, Roma-Bari, 2001, 12.

⁹⁸ La più lucida ricostruzione dell'agire sociale e politico delle strutture intermedie è certamente da ricondurre allo studio delle "poliarchie" di R. A. DAHL, nel suo fondamentale testo *Who Governs? Democracy and power in an American City*, Yale University, Connecticut, New Haven, 11 e ss. Sul versante pubblicistico, interessanti considerazioni in materia sono sviluppate nel volume *Dallo stato monoclasse alla globalizzazione*, a cura di CASSESE e GUARINO, Milano, 2001.

enti pubblici economici e società miste cui vengono esternalizzate (dagli enti politici) delicate attività di rilievo pubblico.

La Cassazione⁹⁹ è giunta pertanto ad una essenziale affermazione di principio: *“l’amministrazione svolge attività amministrativa non solo quando esercita pubbliche funzioni e poteri autoritativi, ma anche quando, nei limiti consentiti dall’ordinamento, persegue le proprie finalità istituzionali mediante un’attività disciplinata in tutto od in parte dal diritto privato”*, gli enti pubblici economici – soggetti pubblici per definizione che perseguono fini del pari pubblici con risorse di eguale natura – svolgono anch’essi attività amministrativa, rispetto alla quale queste forme costituiscono nient’altro che lo strumento a tali fini utilizzabile e utilizzato.

3. Società miste e funzione pubblica.

Attratti nell’orbita pubblicistica gli enti pubblici economici, il passo alle società pubbliche è breve. Entrambi ricadono nella nozione di impresa pubblica. È, infatti, impresa pubblica ogni entità che eserciti un’attività economica (a prescindere dal suo *status* giuridico e dalle sue modalità di finanziamento) che sia assoggettata al potere di controllo effettivo dei pubblici poteri sulla medesima¹⁰⁰. Il potere di

⁹⁹ Cass., sez. un., 22 dicembre 2003, n. 19667

¹⁰⁰ C. Giust. CE, 21-09-1999, n. 219/97, *Maatschappij Drijvende Bokken B V*, in *Raccolta*, 1999, I, 6121. Conf. C. Giust. CE, 12.09.2000, n. 180/98, n. 184/98 *Guida al dir.*, 2000, fasc. 36, 95, con nota di Riccio.

controllo ricorre nei casi in cui i pubblici poteri possono esercitare, direttamente o indirettamente, un'influenza dominante in ragione della proprietà, della partecipazione finanziaria e dell'ordinamento dell'impresa (norme che disciplinano la gestione dell'impresa). L'influenza dominante è presunta quando lo Stato o altri enti territoriali detengano la maggioranza del capitale sottoscritto dall'impresa; oppure dispongano della maggioranza dei voti cui hanno diritto le azioni emesse dall'impresa; o possano designare più della metà dei membri del consiglio di amministrazione, del consiglio direttivo o del consiglio di vigilanza delle società.

Sulla base della ricostruzione della giurisprudenza europea, in diritto comunitario, oltre alla distinzione tra impresa pubblica e impresa privata, assume importanza la diversificazione tra imprese pubbliche e poteri pubblici. Il tratto discrezionale tra i due concetti è stato rinvenuto nello svolgimento di un'attività di produzione, di scambio di beni o servizi orientata al mercato (riferimento dell'offerta di beni e servizi alla curva di domanda). Ove sussista questo elemento, si è in presenza di un'impresa pubblica. È ammessa la possibilità che uno stesso soggetto cumuli l'esercizio di attività imprenditoriali e funzioni pubblicistiche. In quest'ipotesi, l'organismo in questione è assoggettato a regimi diversi a secondo del tipo di attività esercitata (teoria della separazione). Nel caso in cui questa separazione non sia possibile, si applica il principio della prevalenza (non è necessario,

peraltro, che l'impresa pubblica abbia una personalità distinta dallo Stato o da altri enti pubblici).

Decisiva tappa di questo fronte evolutivo è l'inclusione dei soggetti societari nell'area del controllo, secondo una ricostruzione che evoca l'autorevole idea¹⁰¹ per cui la ragione della funzionalizzazione di un'attività di una qualsiasi figura soggettiva sta nell'esigenza di controllare. Ciò spiega perché storicamente “la funzione sia apparsa in ordine all'attività dei *munera* e degli *officia*: erano attività svolte nell'interesse altrui o di collettività nel loro insieme da controllare appunto perché non nell'interesse del loro autore”¹⁰².

Ecco allora che le sezioni unite della Cassazione con la sentenza 26 febbraio 2004, n. 3899¹⁰³ assoggettano al controllo del giudice contabile la responsabilità di amministratori di una società per azioni (SO.GE.MI – avente a oggetto mercati all'ingrosso), pressoché interamente partecipata dal Comune, per il danno a quest'ultimo arrecato con la stipula di un contratto, frutto di un accordo illecito¹⁰⁴. A sostegno di tale conclusione si precisa che neanche la liberalizzazione del settore in cui opera la società comporta la

¹⁰¹ GIANNINI, *Diritto amministrativo*, I, cit., 440.

¹⁰² *Ibid.*, 440.

¹⁰³ In Foro it., 2005, I, 2675 ss (o in www.dirittodeiservizipubblici.it/sentenze).

¹⁰⁴ *Ibid.* In argomento, PINOTTI, *La responsabilità degli amministratori di società tra riforma del diritto societario ed evoluzione della giurisprudenza, con particolare riferimento alle società a partecipazione pubblica*, in *Rass. giur. energia elettrica*, 2004, p. 509 ss.; MERUSI, *Sentieri interrotti della legalità*, Bologna, 2007, p. 179.

sottrazione dell'*agere* lesivo dei suoi dipendenti alla magistratura contabile "*cosicché le delibere comunali richiamate dai resistenti, che ne vorrebbero dedurre l'esclusione del carattere di servizio pubblico, sembrano più correttamente interpretabili come rinuncia del Comune a gestire direttamente tali attività, demandandole a un ente diverso*".

È importante precisare che la società in questione ha due caratteristiche: è totalmente partecipata dal comune (è quindi impresa pubblica) e gestisce un servizio pubblico. Per questo, affermano le Sezioni unite, fermo il carattere pubblico del servizio relativo all'impianto e all'esercizio di mercati annonari all'ingrosso di Milano, anche escludendo che la SO.GE.MI agisce come *longa manus* del comune e quindi in una situazione di compenetrazione organica, non può certamente negarsi che tra tale società e l'ente territoriale si fosse stabilito un rapporto di servizio, ravvisabile ogni qual volta si instauri una relazione (non organica) ma funzionale caratterizzata dall'inserimento del soggetto esterno nell'iter procedimentale dell'ente pubblico come compartecipe dell'attività a fini pubblici di quest'ultimo. Rapporto di servizio che implica responsabilità per danno erariale, non rilevando in contrario la natura privatistica dell'ente affidatario e/o dello strumento contrattuale con il quale si è costituito e attuato il rapporto in questione.

Considerazioni analoghe sono state sviluppate in una successiva pronuncia riguardante gli amministratori di un consorzio di sviluppo industriale¹⁰⁵.

La ricostruzione della Cassazione è stata il volano di una intensa attività della Corte dei conti, che ha individuato tratti di pubblicità in numerose imprese pubbliche (Enel, Eni, ecc.)¹⁰⁶, fino ad abbracciare le ipotesi di holding esercitante il controllo sulla concessionaria (Corte dei conti, sez. giur reg Lombardia, 24 ottobre 2003, n 1198¹⁰⁷). Richiamando il novellato codice civile in tema di società (art. 2497 ss) - che codifica gli stretti vincoli che legano tra loro società appartenenti a uno stesso gruppo e, in particolare, le società controllate alle relative controllanti -, in tale statuizione si precisa che, nonostante l'alterità formale dei due soggetti, la prima esercita il potere decisionale sugli atti posti in essere dalla seconda.

Occorre evidenziare, tuttavia, che la giurisprudenza della Corte dei Conti esorbita dagli argini segnati dalla Cassazione. Questa, infatti si era limitata ad attrarre nell'area pubblicistica l'operato di

¹⁰⁵ Cass, sez un, 25 maggio 2005, n. 10973, in *Foro it*, 2005, I, 2674; Cass, sez un, 20 giugno 2006, n 14101, (in *Mass.*, 2006, 1145), per la quale il dato essenziale che radica la giurisdizione contabile nell'attuale assetto normativo è rappresentato dall'evento dannoso verificatosi a carico di una pa e non dal quadro di riferimento - pubblico o privato - nel quale si colloca la condotta produttiva del danno.

¹⁰⁶ Corte dei conti, sez giur. Reg Lombardia, 9 febbraio 2005, n 32, (in *Riv Corte conti*, 2005, I, 1, p. 137, con nota di Lombardo, *In tema di giurisdizione della Corte dei conti in ordine alla responsabilità di amministratori di società per azioni partecipate dallo stato*); Corte dei conti, sez giur reg Lombardia 22 febbraio 2006, n 114, in *Giornale dir. amm.*, 2006, 534.

¹⁰⁷ In *Foro amm.-Cons. Stato*, 2003, 3134 ss.

amministratori di una società totalitaria esercente un servizio pubblico. In generale, la Suprema corte non sembra soffermarsi tanto sui profili soggettivi per trarne indici di pubblicità, intesa in senso sostanziale, quanto piuttosto sulla natura oggettivamente pubblica dell'attività o del servizio svolto. La Corte dei conti, invece, abbraccia anche l'operato di imprese pubbliche non totalitarie (e neanche maggioritarie ma con *golden share* quali *Enel ed Eni*) per attività che non costituiscono servizio pubblico (attività liberalizzata di produzione di energia elettrica). Il salto in lungo spiccato dal giudice contabile – non è impercettibile.

D'altro canto, le pronunce della Cassazione, riferite ad enti pubblici economici, non hanno investito direttamente le strutture privatistiche costituite per lo svolgimento di compiti pubblici, né possono leggersi come anticipazione di un tale approdo¹⁰⁸.

Il processo di privatizzazione si è svolto secondo una duplice direttrice, da un lato lasciando il controllo nelle mani dell'amministrazione, che tuttavia si muove secondo moduli organizzativi diversi, ma con gli stessi strumenti e per gli stessi fini, perseguiti ora con strutture formalmente private ma ben lontane dalla causa delle società codicistiche (privatizzazioni formali); dall'altro

¹⁰⁸ Così, D'AURIA, *Amministratori e dipendenti di enti economici e società pubbliche*, cit., partic. 2687 ss.

spostando il controllo in capo ai privati (privatizzazioni sostanziali)¹⁰⁹. Di conseguenza – secondo i più autorevoli giuristi¹¹⁰ – si tratta di verificare di volta in volta se la figura soggettiva privata costituisca uno strumento dell'amministrazione (nel senso di essere legata a questa da un rapporto di servizio) per lo svolgimento di compiti istituzionali o se operi al di fuori dell'amministrazione, in situazioni di concorrenza sul mercato, per quanto sottoposta a poteri o controlli pubblicistici, o partecipata (anche in prevalenza) da organismi pubblici, pur potendo assolvere, anche nel secondo caso, compiti cui l'amministrazione è tenuta nell'interesse generale (es, alcuni servizi forniti da Poste italiane spa). Tale visuale coincide con quella che conduce all'attrazione nella sfera pubblicistica di organismi formalmente privati, caratterizzati da un'influenza pubblica dominante sulla proprietà e sull'attività di gestione e sul piano funzionale dalla svolgimento di servizio pubblico¹¹¹. Pertanto, lo svolgimento, da parte della figura soggettiva privata, di funzioni o servizi pubblici *“non comporta che l'intera sua attività ricada nella disciplina pubblicistica, ma che a tale disciplina siano sottoposti i soli segmenti di attività nei quali prevale lo svolgimento di funzioni o servizi*

¹⁰⁹ *Ibid.*

¹¹⁰ *Ibid.*

¹¹¹ *Ibid.* Cfr. Cons. St., sez. VI, 2 marzo 2001, n. 1206, in Foro it. 2002, III, 425 ss.

pubblici, tutti gli altri restando soggetti alla disciplina privatistica”¹¹².

La Cassazione, invece, non effettua distinzioni e opta per il criterio di collegamento dato dall’esistenza di un rapporto di servizio tra figura soggettiva privata e amministrazione.

4. Gestione funzionale. Azionariato pubblico e principio di libera circolazione dei capitali.

L’amministrazione pubblica tradizionale si caratterizza per la connessione tra funzione politica e funzione di gestione, dal momento che le attività di cura degli interessi pubblici si svolge nei confini segnati dalla legge.

La gestione pubblica, invece, è una sorta di prosecuzione dell’azione amministrativa in ambiti diversi da quelli propri delle funzioni tradizionali, veicolate dalla legge, e ne esprime gli aspetti più dinamici perseguendo sempre nuovi obiettivi a seconda dei mutevoli bisogni della collettività¹¹³. Fulcro della gestione è l’attività di

¹¹² BERTI, *Cenni sulla responsabilità pubblica tra controllo amministrativo e giurisdizione della Corte dei conti*, in *Riv. Corte conti*, 2005, V, 6, p. 340 ss.

¹¹³ Per tale classificazione cfr. SCIASCIA M., *Diritto delle gestioni pubbliche*, Milano, 2007, 8 ss. in cui si differenziano le funzioni dell’amministrazione in senso classico dalle gestioni funzionali sul presupposto che l’ancoraggio alla legge rappresenti un momento di staticità dell’*agere* pubblico tradizionale, che “si ferma alla fissazione di alcuni aspetti – dall’istituzione e dall’organizzazione alla definizione degli obiettivi dell’attività di gestione - , che tendono a completare, per i casi specifici, le missioni istituzionali della P.A.”; mentre la gestione ne esprime il momento dinamico, attraverso una pluralità di mezzi operativi, in vista del soddisfacimento di esigenze collettive continuamente avanzate.

amministrazione degli aspetti economico-aziendali dello stato e degli altri enti pubblici, nonché l'organizzazione e il funzionamento degli apparati strumentali a tale attività e di quelli intesi a realizzare una garanzia oggettiva¹¹⁴.

L'espansione della sfera degli interventi pubblici nei vari settori della vita sociale ed economica ha comportato in particolare lo sviluppo delle gestioni classiche e il prospettarsi di nuove forme di gestione¹¹⁵.

Così al fianco delle tradizionali gestioni finanziaria (che ha per oggetto il denaro e valori analoghi) e patrimoniale (che ha per oggetto le varie categorie di beni pubblici nonché le gestioni di servizi in economia) vi sono nuove gestioni come quella dei servizi, delle imprese pubbliche ed altre.

Ciò che appare rilevante per la loro definizione e individuazione non è più la forma che assumono, ma la provenienza delle fonti finanziarie che le alimentano.

L'attrazione nella sfera pubblicistica dei soggetti economici si muove su due direttrici:

- a) utilizzazione di risorse pubbliche da parte del soggetto (pubblico o privato);
- b) controllo pubblico sull'ente societario.

¹¹⁴ *Ibid.*, 9.

¹¹⁵ *Ibid.*, 7 ss.

Ma sulle due fattispecie non si è conseguito lo stesso grado di certezza. Rispetto al primo i margini di opinabilità sono certamente minori. Se è la connotazione pubblica del bene o della risorsa finanziaria il polo di attrazione nell'area pubblicistica, allora è indifferente la natura pubblica o privata del soggetto che li gestisce.

Il ragionamento è ineccepibile: se l'ente pubblico, invece di utilizzare direttamente la risorsa pubblica, si rivolge al privato per effettuare tale gestione funzionale, è naturale che questi debba rispondere del proprio operato, nel caso di depauperamento della risorsa. Tuttavia, non basta la gestione di una risorsa pubblica ma occorre che tale risorsa sia finalizzata al perseguimento di un programma di interesse pubblico, secondo modalità di gestione che conferiscano al gestore la qualifica (sostanziale) di organo indiretto dell'amministrazione. A tal fine, non è necessario un formale atto di concessione (secondo l'ormai superato paradigma *Siena Parcheggi*). È sufficiente anche un contratto. Ma questa connotazione sostanziale di organo indiretto è essenziale.

La seconda questione è più spinosa. Se la regione attribuisce al soggetto privato A 100.000 euro per perseguire un programma di interesse pubblico regionale, è certo che A deve rispondere per la gestione di tale somma. Ma se la regione compra le azioni di B s.p.a., gli amministratori di B s.p.a. possono essere chiamati a rispondere della gestione della società secondo le regole della responsabilità

pubblica? La Cassazione risponde (sino ad oggi): sì, quando la società è totalitariamente pubblica e gestisce un servizio pubblico. La Corte dei conti, dal canto suo, risponde: sì (semplicemente) se è un'impresa sotto il controllo pubblico.

Ma la partecipazione finanziaria pubblica è una risorsa pubblica? La partecipazione finanziaria detenuta dallo Stato o da un ente territoriale di una spa è la stessa cosa dell'affidamento a tale soggetto di una somma per il perseguimento di un programma di interesse pubblico? La risposta è no. Manca il secondo elemento: il programma di interesse pubblico cui è finalizzata la risorsa. O meglio, è possibile che l'ente pubblico costituisca o compri le azioni di una società e al contempo indirizzi l'azione della medesima verso programmi di pubblico interesse. Così come è altrettanto possibile che un ente privatizzato continui a svolgere la medesima attività pubblica anche dopo la dismissione della partecipazione pubblica. Ma la possibilità non è necessità. Esiste infatti l'alternativa opposta: l'ente partecipato svolge attività non direttamente connesse alla realizzazione di programmi di pubblico interesse. Insomma, l'amministratore dell'ente partecipato è assoggettato a controllo non in quanto impresa pubblica, ma perché ricorrono gli elementi per qualificarlo organo indiretto della p.a.. E la partecipazione pubblica non è una condizione sufficiente per tale qualificazione, occorrendovi la finalizzazione dell'attività dell'ente rispetto a programmi di pubblico interesse.

Insomma, il problema è refrattario a generalizzazioni. Va affrontato caso per caso. L'opposta tesi, che vede l'amministratore dell'impresa pubblica attratta nell'area amministrativa, si scontrerebbe con uno dei principi cardine della vigente costituzione economica: il principio di neutralità (o equiordinazione). Previsto dall'art. 295 del Trattato CE, questo principio sancisce la regola in base alla quale l'applicazione delle norme del Trattato è indifferente rispetto al regime di proprietà, pubblica o privata, delle imprese. Tale regola si coordina con il primo paragrafo dell'art. 86 del Trattato CE. Questa disposizione sancisce il divieto, per gli Stati membri, di introdurre o mantenere nei confronti delle imprese pubbliche regimi contrastanti con le disposizioni del Trattato, soprattutto con le disposizioni dettate in materia di concorrenza (artt. 81-89 Trattato CE) e con quelle che vietano le discriminazioni in base alla nazionalità (art. 12 Trattato CE)¹¹⁶. In altri termini, l'impresa pubblica può operare sul mercato, ma deve essere assoggettata al medesimo regime dell'impresa privata.

Esaminiamo questi profili. Una delle quattro libertà fondamentali comunitarie è la libera circolazione dei capitali all'interno dello spazio dell'Unione (art. 3 comma 1 lett. c ed art. 56 del Trattato CE). In base all'allegato I della direttiva 88/361/CE, rientrano nel concetto di "movimento di capitali" due diverse tipologie di operazioni

¹¹⁶ Sull'art. 86 del Trattato, M. C. BARUFFI, in *Commentario breve ai Trattati della Comunità e dell'Unione europea*, Padova, 2001, sub, art. 86, 448.

finanziarie. La prima è rappresentata da quello che, in termini finanziari, viene definito “investimento di portafoglio”. Si tratta dell’acquisto, da parte di non residenti, di titoli in imprese nazionali, effettuato non per influire nella gestione dell’impresa, ma semplicemente a fini speculativi. La seconda tipologia d’operazione riconducibile ai movimenti di capitali è la c.d. “partecipazione ad investimento diretto”. Con quest’espressione si intende l’investimento realizzato per partecipare alla gestione della società.

Il diritto alla libera circolazione di capitali si coniuga con la simmetrica libertà di movimento sancita dagli artt. 3 e 56 del trattato CE in tema di diritto di stabilimento. A norma dell’art. 43 del Trattato CE i cittadini di altri Stati membri dell’UE devono avere il diritto di acquistare partecipazioni di controllo, di esercitare integralmente i diritti di voto ad esse connessi e di gestire le imprese nazionali alle stesse condizioni stabilite da un determinato Stato membro per i propri cittadini. Questa garanzia viene denominata “principio del trattamento nazionale”. In particolare, la Commissione ha precisato che il divieto imposto agli investitori di un altro Stato membro di acquisire più di un determinato numero di azioni con diritto di voto delle società nazionali o l’obbligo di chiedere l’autorizzazione per l’acquisto delle azioni oltre una certa soglia costituisce una restrizione alle operazioni di investimento. Dal canto suo, il giudice europeo è univocamente orientato nel ritenere che il principio del “trattamento

nazionale” vieti non soltanto le discriminazioni a carattere diretto ed esplicito, bensì, in generale, tutte quelle misure che potrebbero condurre a questo risultato. Vi sono, tuttavia, casi in cui il trattato ammette delle restrizioni al diritto di stabilimento e alla libera circolazione dei capitali, casi riconducibili a tre tipologie generali. La prima riguarda le ipotesi in cui dette attività partecipino, sia pure occasionalmente, all’esercizio di pubblici poteri (art. 45). La seconda investe i casi in cui il legislatore nazionale preveda un regime particolare per i cittadini stranieri che sia giustificato da motivi di ordine pubblico, di pubblica sicurezza o di sanità pubblica (art. 46). La terza riguarda, infine, le ipotesi in cui gli Stati membri prendano iniziative finalizzate ad impedire le violazioni della disciplina interna, soprattutto, in materia di fiscalità, di vigilanza prudenziale sulle istituzioni finanziarie o, ancora, per fissare procedure per la dichiarazione dei movimenti di capitali a scopo d’informazione amministrativa o statistica (art. 58).

Tuttavia, per un verso, tutte queste misure non devono costituire un mezzo di discriminazione arbitraria o una restrizione dissimulata del libero movimento dei capitali, e, per altro verso, come emerge da una pacifica interpretazione della Corte di Giustizia, tali misure devono essere proporzionate rispetto alla finalità da raggiungere e, in ogni caso, non possono essere fondate su considerazioni di ordine

economico¹¹⁷. A ben vedere, quest'orientamento riflette un'impostazione di carattere generale del giudice europeo. Secondo la Corte di Giustizia, i provvedimenti nazionali potenzialmente restrittivi dell'esercizio delle libertà sancite dal trattato per essere legittimi devono soddisfare quattro condizioni: non devono determinare discriminazioni in sede applicativa; devono essere giustificati da motivi imperiosi d'interesse pubblico; devono essere idonei a garantire lo scopo perseguito; non devono andare oltre quanto è necessario per il conseguimento del medesimo.

Le considerazioni che precedono – circa la necessità di valutare caso per caso se possano ricondursi nella sfera pubblicistica ed essere quindi assoggettati ai conseguenti controlli gli atti degli amministratori delle società a partecipazione pubblica – trovano un *habitat* confortevole nell'orbita ricostruttiva comunitaria. Quando lo Stato o l'ente territoriale compra o detiene azioni di una società, non fa altro che esercitare la propria capacità di diritto privato. Compie un'azione in sé neutra. Soprattutto se esercita una partecipazione di portafoglio: vuole semplicemente utili. La soglia di attenzione si eleva nel caso di partecipazione ad investimento diretto. In questo caso vuole partecipare alla gestione della società. E allora, è probabile che la stessa venga ad essere imbrigliata nell'interesse pubblico. Ma non

¹¹⁷ Corte di Giustizia, sent. 14 maggio 1993, *Federation de distributeurs cinematographiques*, causa 1993, *Commerzbank*, causa 330/91, in *Racc.*, 1993, I/2239.

basta. Occorre verificare il tipo di attività. La correlazione tra l'attività societaria e gli interessi pubblici.

La questione della pubblicità di fatto di enti societari è stata ben scandagliata dal giudice amministrativo. Chiamato a decidere la legittimità di una previsione normativa che escludeva i soggetti pubblici dal novero dei soggetti ammessi a partecipare ad una procedura di dismissione di azioni di società in mano pubblica, è pervenuto ad una duplice soluzione interpretativa. Da un lato, ha affermato il carattere pubblicistico di soggetti che, benché privati, sono sottoposti a controllo pubblicistico (nel caso di specie controllo di maggioranza dell'azionista pubblico). Dall'altro, è pervenuto all'importante conclusione che il principio di neutralità, sancito dall'art. 295 del Trattato, non comporta necessariamente l'obbligo di identico trattamento tra imprese pubbliche e private. Secondo i giudici amministrativi, quindi, la norma in questione investe il profilo strutturale delle imprese pubbliche, e non quello del regime da applicare. Questo secondo aspetto, ad avviso del Consiglio di Stato, è preso in considerazione dall'art. 86 paragrafo 1; disposizione, questa, che vieta non già l'applicazione di differenziazioni *tout court* tra imprese pubbliche e private, bensì quelle differenziazioni che non siano giustificate, proporzionali ed obiettive¹¹⁸. Muovendo da questi

¹¹⁸ C. St., sez. VI, 1 aprile 2000 n. 1885, in *Foro it.*, 2001, III, 71, nota di CARROZZA, FRACCHIA.

assunti, il Consiglio di Stato ha ritenuto che il carattere pubblicistico di alcune imprese, che continuano ad essere affidatarie di rilevanti interessi, le pone in una situazione di specialità rispetto a quelle private.

Sbaglia per eccesso, invece, l'orientamento su cui oggi sembra attestarsi il giudice contabile. Quello in base al quale le imprese a controllo pubblico si muoverebbero sempre in un'orbita pubblicistica. Come ha precisato il giudice amministrativo, le imprese pubbliche possono legittimamente trovarsi in una situazione giuridica differente rispetto a quelle private solo nei casi in cui siano affidatarie di rilevanti interessi pubblici. È necessario, quindi, verificare l'esistenza di questo presupposto. Occorre accertare con massimo rigore se sussista la funzionalizzazione dell'ente societario al conseguimento di interessi collettivi. La ricorrenza di questo requisito teleologico non deve essere valutata sulla base di dati formali, quali la sussistenza di una concessione, ma sulla base di elementi sostanziali, quali le attività esercitate dal soggetto stesso. Nei casi di enti privatizzati, in particolare, occorre accertare se l'organismo societario assolva le medesime funzioni dell'ente pubblico di derivazione secondo una sostanziale linea di continuità

Insomma, occorre sfuggire da vuoti apriorismi (partecipazione societaria uguale strumentalità a fini pubblici dell'ente partecipato) e meccanici automatismi (controllo pubblico uguale regime pubblico).

Certo, per far questo ci vuole responsabilità. E non basta il richiamo - spesso erroneamente fatto dalla Corte dei conti - alla nozione di organismo di diritto pubblico; concetto che serve solo a identificare il soggetto tenuto (in aggiunta agli enti pubblici) all'osservanza della normativa delle gare. La dimostrazione della strumentalità dell'ente rispetto a programmi di interesse pubblico è faticosa. Provare e dimostrare in concreto, inoltre, espone a vaglio critico. È rischioso per il giudice, che espone le proprie sentenze a serrate critiche.

5. Attività funzionalizzate e struttura societaria. Tra discrezionalità e scelte imprenditoriali. Limiti della discrezionalità e vizi della funzione.

Vi è un secondo aspetto: quello della distinzione nell'ambito delle società pubbliche tra scelte discrezionali e scelte manageriali. Solo le prime infatti ricadono nello spazio pubblicistico e sono assoggettate ai relativi controlli.

Il tema è complesso. Soprattutto perché presuppone il trapianto di una normativa nata con riferimento alle p.a. tradizionali e difficilmente adattabile alle strutture societarie.

Per esempio, la legge n. 20 del 1994 sancisce l'insindacabilità, da parte del giudice contabile, delle scelte discrezionali dell'amministrazione. Ora, l'attività degli apparati pubblici è -

appunto - discrezionale, non libera nel fine. La discrezionalità amministrativa consiste nella possibilità, attribuita agli organi amministrativi, di scegliere tra più comportamenti giuridicamente leciti, al fine di perseguire uno scopo pubblicistico conforme alla causa del potere esercitato. Alla P. A. è riconosciuto, in sostanza, uno spazio di azione che si estrinseca attraverso la possibilità di scelta tra più soluzioni, ma l'ambito operativo di tale scelta è circoscritto dall'esistenza dell'interesse pubblico da realizzare e dagli ulteriori interessi pubblici e privati che convivono con esso. Qualunque deviazione funzionale da questo schema integra un eccesso di potere.

Considerazioni assolutamente diverse valgono per gli amministratori e i dipendenti di società. Gli atti da questi emanati non sono certo discrezionali. Sono atti di diritto privato in genere non funzionalizzati. Ciò posto, si tratta di atti che restano estranei all'area pubblicistica.

Pertanto anche la sfera dei controlli pubblici non può estendersi fino ad inglobare atti che sono espressione della libertà di iniziativa economica. Non può, in altri termini, ingessare l'iniziativa dei pubblici amministratori, costringendola in confini così angusti da paralizzarne o, quanto meno, condizionarne gravemente l'attività. Di qui il *dictum* della Cassazione: il controllo non può spingersi fino "all'articolazione concreta e minuta dell'iniziativa intrapresa dal pubblico amministratore", poiché la valutazione dei mezzi utilizzati

per attuare scelte discrezionali è ammissibile solo quando questi mezzi manifestino una “assoluta ed incontrovertibile estraneità” rispetto ai fini¹¹⁹.

Tale verifica va svolta *ex ante*, accertando se tale estraneità esisteva al momento della scelta che l'amministratore doveva effettuare, con il parametro dell'*homo eiusdem condicionis et professionis*. Non deve considerare i risultati, positivi o negativi, *ex post*. Non è possibile apprezzare in concreto e in base ad una valutazione postuma la congruenza e razionalità della scelta discrezionale con i fini istituzionali dell'ente. In questa eventualità, infatti, si entrerebbe nel merito delle scelte con cui il fine è stato perseguito. In sostanza, in presenza di scelte discrezionali il giudice può valutare i casi di eccesso di potere per irragionevolezza. Può valutare, cioè, quelle scelte che, andando oltre i limiti della razionalità, sconfinano nell'arbitrio, della perché dettati da incongruità, illogicità, irrazionalità incoerenza, sproporzionalità della scelta dei mezzi rispetto ai fini, raffrontati con parametri obiettivi, valutabili *ex ante* e rilevabili anche dalla comune esperienza.

¹¹⁹ Cass., sez. un., 29 gennaio 2001, n. 33, in Foro it., 2001, I, 1171 ss, con nota di D'AURIA, *Responsabilità amministrativa e insindacabilità di scelte discrezionali di amministratori pubblici*. La vicenda di cui si è occupata la Suprema corte riguarda la spesa sostenuta dal Comune di Milano per inviare alcuni giornalisti italiani ad una mostra sul disegno industriale organizzata a Schanghai. Analogamente, Cass, sez. un, 6 maggio 2003, n. 6851, cit. Oggetto di contestazione in tal caso è l'asserita incompatibilità di alcune spese per manifestazioni disposte dai dirigenti dell'ASI (finanziamento del concerto di Spoleto, spettacolo Green Placet di Spoleto e partecipazione al festival nazionale dell'Unità) rispetto ai fini istituzionali dell'ente.

Tali figure sintomatiche, com'è stato autorevolmente sostenuto¹²⁰, rappresentano un'alterazione della relazione che collega i principi e le norme di carattere generale connaturate all'essenza dell'ordinamento giuridico amministrativo – dall'essere ordinamento amministrativo deriva l'esigenza della logicità, come dall'essere ordinamento giuridico di uno stato di diritto deriva l'esigenza della giustizia; dall'essere ordinamento giuridico amministrativo deriva la necessità di corrispondere alle esigenze dipendenti dalla struttura organica in cui tale ordinamento si manifesta – con l'atto amministrativo¹²¹.

Tali principi pertanto non attengono agli elementi del singolo atto, ma costituiscono “la disciplina dell'attività amministrativa che si esercita per quell'atto, e precisamente costituiscono la condizione di legittimità della funzione amministrativa”¹²².

Ma la Cassazione apre la porta al controllo pubblico, che può spingersi fino a verificare la conformità alla legge dell'attività amministrativa, in base ai criteri di economicità ed efficacia previsti dall'art. 1 della legge sul procedimento. Pertanto, il controllo include il rapporto tra gli obiettivi conseguiti e i costi sostenuti di una determinata attività gestionale in base a tali parametri di legittimità.

¹²⁰ BENVENUTI, *Eccesso di potere amministrativo per vizio della funzione*, in Rass, dir. Pubbl., 1950, 29 ss.

¹²¹ *Ibid.*, 26-29.

¹²² *Ibid.*, 29.

La strada è pericolosa. L'art. 1 sancisce i principi di economicità e di efficienza dell'azione amministrativa. Ebbene, tali canoni sono il merito per definizione. In realtà questi affondano nel rapporto tra costi-risultati, obiettivi-risultati e mezzi-risultati. Ciò che è sindacabile è l'attività irragionevolmente e manifestamente inefficace, inefficiente e antieconomica. Si conferma, così, la precedente giurisprudenza¹²³, per la quale l'articolazione concreta e minuta rientra nell'ambito delle scelte di cui il legislatore ha sancito l'insindacabilità, sempre che esse non siano "palesamente irrazionali".

Rimane sempre sul tappeto il tema del sindacato sulle scelte manageriali.

Le Sezioni unite (Cass, sez. un., 28 marzo 2006, n 7024¹²⁴) hanno osservato che la nozione di discrezionalità va intesa in senso unitario qualunque sia il giudice – amministrativo, ordinario, contabile - chiamato ad esprimersi su di essa. Si esclude, pertanto, che il controllo possa estendersi alle concrete articolazioni dell'agire amministrativo, dovendo riguardare anche l'aspetto funzionale di quest'ultimo, cioè la congruenza degli atti rispetto ai fini imposti, in via generale o in modo specifico, dal legislatore.

Sono queste le principali linee argomentative tracciate dalla Cassazione:

¹²³ Cass, sez un, 29 gennaio 2001, n 33, cit; 6 maggio 2003, n 6851, cit.

¹²⁴ In Foro it., 2007, I, 2484, con nota di D'AURIA.

a) l'art. 1 della l. 241/90 prescrive che l'esercizio dell'attività amministrativa deve ispirarsi a criteri di economicità e di efficacia, che assumono rilievo sul piano della legittimità e non della mera opportunità;

b) la verifica della legittimità dell'attività amministrativa non può prescindere dalla valutazione del rapporto "di ragionevole proporzionalità" tra obiettivi conseguiti e costi sostenuti;

c) pertanto, la violazione di tali criteri può assumere rilievo anche nel giudizio di responsabilità amministrativa, essendo l'illegittimità dell'atto amministrativo presupposto necessario, anche se non sufficiente, della colpevolezza dell'autore¹²⁵;

d) l'insindacabilità delle scelte della p.a. è un principio immanente nell'ordinamento costituzionale, fondato sul principio di legalità e su un controllo giurisdizionale che non può travalicare in esercizio dell'attività amministrativa, posto che la possibilità di effettuare scelte elettive fra più comportamenti è connaturata all'amministrazione quando agisce come autorità;

e) dalla necessità di ricondurre l'esercizio del potere discrezionale al principio di legalità" discende che "lo stesso non può consistere in mero arbitrio e che devono essere assicurate le varie forme possibili di sindacato indiretto (quale quello classico dell'eccesso di potere nelle sue varie forme), in qualunque sede giurisdizionale;

¹²⁵ Cass, sez un, 29 settembre 2003, n 14488, cit.

f) la mancanza di una riserva di amministrazione implica che qualsiasi giudice possa riesaminare l'interpretazione e l'applicazione di norme giuridiche espresse negli atti amministrativi;

g) la verifica dell'osservanza di detti criteri da parte dell'amministrazione "non può comportare un controllo che vada al di là della ragionevolezza"; pertanto, uno scorretto esercizio del potere di riesame sull'applicazione delle clausole generali contenute nella l. 241/90, art. 1, non costituisce invasione della sfera discrezionale, ma *error in iudicando*, non denunciabile in Cassazione quale vizio attinente alla giurisdizione;

h) la verifica della corretta applicazione di una clausola generale non è sindacato di discrezionalità, ma controllo (anche se limitato) di legittimità, per cui il suo esercizio non pone un problema di sindacato della discrezionalità amministrativa.

L'argomentazione è nitida. Ma la Cassazione precisa che di discrezionalità può correttamente parlarsi soltanto in relazione ad attività di rilievo pubblicistico, soprattutto quando la stessa è regolata dal principio di tipicità dell'atto amministrativo; senza confondere tale fenomeno con quello della libertà di scelta attribuita all'amministrazione quando la stessa agisce come imprenditore, nella quale non vige il detto principio regolatore.

Ciò posto, *quid iuris* per le scelte imprenditoriali?

La Cassazione dice esplicitamente che si può correttamente parlare di discrezionalità soltanto in relazione ad attività di rilievo pubblicistico, senza confondere tale fenomeno con quello della libertà di scelta attribuita all'amministrazione quando la stessa agisce come imprenditore. Pertanto, si afferma¹²⁶, richiamando insegnamenti di Giannini, dove c'è agire imprenditoriale sia pure in vista del perseguimento di interessi pubblici non c'è discrezionalità in senso proprio, ma scelte di comportamento che possono essere scrutinate sulla base della clausola di ragionevolezza.

In altri termini, solo il comportamento assurdo del manager, manifestamente in violazione della legge, palesemente arbitrario e contrario a ogni strategia imprenditoriale potrebbe cadere nell'orbita dei controlli pubblicistici.

Spunti interessanti, in proposito, emergono dalla riflessione sugli effetti della nuova riforma del diritto societario¹²⁷. In particolare sull'interpretazione dell'art. 2449, comma 3, per il quale gli amministratori e i sindaci di società con partecipazione dello Stato o di enti pubblici sono equiparati a coloro che traggono investitura dall'assemblea, salvo una diversa disciplina dei diritti e obblighi degli

¹²⁶ PINOTTI, *La violazione dei principi di economicità, efficacia e pubblicità può essere accertata dal giudice contabile solo attraverso un controllo di ragionevolezza che va tenuto distinto dal controllo sul potere "discrezionale"*: sezioni Unite della Cassazione, atto terzo, in www.contabilità-pubblica.it, 5.

¹²⁷ Cfr. PINOTTI, *Scelte autonome di gestione, scelte discrezionali e scelte tecniche: limiti di valutabilità nel giudizio di responsabilità amministrativa*, in AAVV, *Responsabilità amministrativa e giurisdizione contabile* (ad un decennio dalle riforme), cit, 549 ss.

amministratori in base a leggi speciali. Il riconoscimento di un modello derogatorio conduce, secondo alcune tesi, ad accreditare la penetrazione degli interessi pubblici nella causa societaria e dunque un diverso contenuto di diritti e obblighi di tali amministratori, in base alla legge.

Secondo altre impostazioni si dovrebbe escludere che anche in base alla nuova disciplina l'ente pubblico abbia un potere di ingerenza sul soggetto nominato in grado di condizionarne l'attività¹²⁸. Questo potere di direttiva non potrebbe portare a ritenere prevalenti gli interessi dell'ente su quelli della società. Il senso della riserva è quindi ricondotto alla salvaguardia di un regime differenziato per le società a partecipazione pubblica, nei limiti di compatibilità con le norme imperative dettate dal codice civile. Di conseguenza, la responsabilità verso la società o verso il socio pubblico non potrebbe fondarsi sulla sola violazione di obblighi inerenti alla realizzazione del fine pubblico, dovendosi anche compenetrare con il fine imprenditoriale. Il limite di compatibilità tra interesse sociale e interesse pubblico non può essere stabilito a priori, ma in base a singoli atti gestori.

Si giunge, per questa via, a escludere la responsabilità degli amministratori per sola violazione di regole pubblicistiche. Questi sono chiamati a rispondere delle scelte compiute in base al canone

¹²⁸ *Ibid*, 549 ss.

della diligenza di matrice civilistica, o scaturente dall'applicazione di un regime speciale.

La misura della perizia richiesta non può ritagliarsi sul modello astratto di un imprenditore tipo¹, ma si dovrà ricavare dal grado di diligenza impiegato per giungere alla decisione finale¹²⁹.

Non essendo possibile configurare un (art 2381, ult comma c.c., “gli amministratori sono tenuti ad agire in modo informato”). Non è configurabile un obbligo di amministrare con profitto. Il sindacato del giudice dovrà riferirsi al momento in cui la decisione è adottata, valutando la razionalità della scelta, l'entità del rischio, la proporzionalità delle iniziative intraprese rispetto agli obiettivi programmati, ma non potrà avere per oggetto i risultati dell'operazione.

Analogo orientamento è espresso dalla dottrina commercialistica¹³⁰ che ritiene non vincolanti per gli amministratori eventuali direttive riferibili al socio pubblico, né convincente il tentativo di argomentare una diversa posizione degli amministratori di nomina pubblica dal nuovo testo dell'art 2449 cc. Da tale norma si desume che, finché non interviene una legge speciale la posizione degli amministratori resta assoggettata al diritto comune. Anzi,

¹²⁹ Cfr. *ibid*, 552 ss.

¹³⁰ IBBA, *Azione ordinaria di responsabilità e azione di responsabilità amministrativa in materia di società in mano pubblica. Il rilievo della disciplina privatistica*, in AAVV, *Responsabilità amministrativa e giurisdizione contabile (ad un decennio dalle riforme)*, cit, 309 ss.

sembra che la riforma del diritto societario abbia dotato gli amministratori di spa di maggiore autonomia rispetto a direttive assembleari o extraassembleari, previsto prevedendo che “la gestione dell’impresa sociale spetta esclusivamente agli amministratori” (art 2380 bis cc) e che l’ottemperanza a una delibera assembleare non esime gli amministratori dalla responsabilità non solo verso i creditori sociali ma anche verso la società (arg ex art 2364, n 5 cc)¹³¹.

In ogni caso, secondo questa interpretazione, non è possibile configurare una responsabilità per mancato conseguimento di scopi pubblici, dato che gli amministratori sono chiamati a perseguire l’interesse sociale e su questo metro va valutata la loro responsabilità.

6. Funzionario e manager pubblico sotto i riflessi della discrezionalità. I diversi parametri di giudizio delle scelte imprenditoriali.

Il sindacato del giudice sulle scelte compiute dall’amministratore di società partecipate non può svolgersi con gli stessi parametri con cui si valuta la responsabilità del funzionario, se non alterando la specificità di figure create per muoversi nello spazio del mercato, secondo le regole della concorrenza. Tali figure, geneticamente sensibili a impulsi di carattere economico, reattive rispetto alle esigenze dell’utenza e alle variabili del mercato, non possono essere

¹³¹ *Ibid*, 310.

riassorbite nel modello del funzionario tipico¹³². Di conseguenza, l'esigenza di rispettare la discrezionalità delle scelte, avvertita in modo forte dal legislatore rispetto all'amministratore pubblico, appare ancor più incisiva di fronte alle scelte del manager pubblico¹³³. Le decisioni di quest'ultimo non si formano, pur dinamicamente, su un terreno predisposto dal legislatore, e dunque secondo parametri normativi, ma nascono dalla valutazione di fattori diversi ed imprevedibili che governano sistemi economici complessi in cui sono destinate a produrre effetti. La scelta del manager passa attraverso il rischio d'impresa connesso alla gestione di una società ed è frutto di analisi economiche non di applicazione di norme.

Quando si passa da un'attività pubblicistica ad una privatistica l'area della discrezionalità si amplia, perché si passa da un'attività funzionalizzata rispetto a finalità di pubblico interesse ad un'attività quanto meno conformata rispetto alle stesse finalità.

La diversità delle fattispecie sostanziali evidenziate impone una conseguenziale differenziazione dei parametri di giudizio applicabili alle varie situazioni. L'amministratore di una società di capitali, pur caratterizzata da un punto di vista strutturale da un'influenza dominante dei pubblici poteri e da un punto di vista funzionale da

¹³² CAPUTI JAMBRENGHI, *Azione ordinaria di responsabilità ed azione di responsabilità amministrativa in materia di società in mano pubblica. L'esigenza di tutela degli interessi pubblici*, in AAVV, *Responsabilità amministrativa e giurisdizione contabile (ad un decennio dalle riforme)*, cit, 376 ss.

¹³³ *Ibid.*

obblighi di servizio pubblico, non può essere assimilato ad un funzionario-tipo¹³⁴. A differenza di quest'ultimo, infatti, il manager effettua valutazioni di mercato caratterizzate da ampia imprevedibilità soprattutto sul versante dei costi in ragione della stessa imponderabilità *ex ante* del gioco della domanda e dell'offerta¹³⁵.

In base a tali considerazioni appare condivisibile il principio giurisprudenziale secondo il quale lo scrutinio sulla responsabilità deve svolgersi in questi casi soltanto *ex ante* e in astratto e non in base ai risultati *ex post* acclarati.

In conclusione, l'attività amministrativa si può svolgere nelle forme e nei modi del diritto privato, con la conseguenza che la differenziazione fra l'azione collettiva e quella individuale si coglie esclusivamente sul piano degli effetti, e cioè della responsabilità¹³⁶. In passato l'ambito amministrativo si definiva attraverso la propria organizzazione e quest'ultima si riversava con regolamenti, atti generali e speciali sul comportamento di coloro che, sempre per investitura formale, erano chiamati ad agire in nome dell'amministrazione stessa¹³⁷. Ora non è più possibile leggere l'amministrazione attraverso i consueti meccanismi di imputazione soggettiva delle singole fattispecie, ma occorre valutare contenuti e

¹³⁴ *Ibid.*

¹³⁵ *Ibid.*

¹³⁶ Cfr. G. Berti, *Cenni sulla responsabilità pubblica tra controllo amministrativo e giurisdizione della Corte dei conti*, cit., 340 ss.

¹³⁷ *Ibid.*

attività. Sembra che l'amministrazione abbia abbandonato il letto della soggettività ed abbia cercato la sua definizione nell'aspetto oggettivo dei risultati da raggiungere, con la valorizzazione dell'obiettivo finale cui l'ente è tenuto. La logica che governa il dovere di rispondere dei danni arrecati è rovesciata rispetto al passato: non si risponde per la posizione che riveste il soggetto, ma per quanto compiuto in circostanze di per sé obbligate¹³⁸. La responsabilità e l'obbligazione che ne è alla base possono allora colpire indifferentemente un soggetto di diritto comune, e quindi una società, o un soggetto appartenente all'area tradizionale dell'amministrazione pubblica. La responsabilità non nasce dall'appartenere a un ordine speciale, ma dal rapporto fra ciò che si compie e i fini, i modi, le conseguenze di ciò che è compiuto¹³⁹.

¹³⁸ *Ibid.*

¹³⁹ *Ibid.*

CAPITOLO V

GESTIONI PUBBLICHE E RIFLESSI SULLA RESPONSABILITÀ PUBBLICA

SOMMARIO: 1. Essenza delle figure pubblicistiche: doverosità e responsabilità. – 2. Trasformazione amministrativa e giurisdizione contabile. – 3. Il travaso della discrezionalità amministrativa nelle scelte d'impresa. – 4. Conclusioni.

1. Essenza delle figure pubblicistiche: doverosità e responsabilità.

La responsabilità amministrativa, figura della doverosità connessa all'appartenenza al mondo amministrativo, riassume le dinamiche di un ambito giuridico in sé conchiuso e, al tempo stesso, ne riflette la composizione. Pluralità soggettiva e tensione verso una definizione obiettiva dello spazio pubblicistico, valorizzando attività e scopi da raggiungere, delineano il volto dell'amministrazione, sconvolgendone i tratti formali che per tanto tempo l'avevano caratterizzata.

Non si rintraccia questa amministrazione nel gioco delle investiture e delle personificazioni degli interessi collettivi né la si legge attraverso i consueti meccanismi di imputazione soggettiva delle singole fattispecie, ma anzi, al rovescio, guardando al destino delle azioni e al modo in cui sono compiute e improntandole al principio della responsabilità. Lo spirito del dover rispondere esce da un ordine speciale dei rapporti, valica le barriere della soggettività e le stesse

separazioni tra attività amministrativa e di diritto privato, che quasi si disciolgono al cospetto dei fini da perseguire, saliti al vertice di un costruito unitario, e ne diventano i meri strumenti. Forme, non più pure, ma sorte dalla commistione di regole tratte da complessi giuridici diversi e piegate pragmaticamente alle esigenze di un'organizzazione che vorrebbe manifestarsi più per l'oggettività del metodo in funzione dei risultati che in ragione dell'appartenenza soggettiva ad un'area particolare. L'azione amministrativa, fuori dagli ancoraggi tradizionali, si coglie per lo più sul piano degli effetti e dunque delle responsabilità di chi li ha prodotti¹⁴⁰; e i soggetti chiamati a dar conto del proprio operato, a loro volta, sembrano ricevere la propria identità dai fini che si prefiggono, dall'approdo al collettivo, ed infine dal modo stesso in cui sono obbligati a rispondere.

Paradossalmente, in un quadro che esalta la pluralità e la diversità giuridica, sembra perdersi proprio la riconoscibilità di ciascun ente a partire dalla "cosa in sé" e quindi la possibilità di una differenziazione sostanziale basata sui limiti di ciascuna figura e sulla conseguente esclusione dell'"altro da sé". Ecco allora che l'omologazione attraverso i fini perseguiti, criterio convenzionale di un "pensare per

¹⁴⁰ In questo senso, BERTI, *Cenni sulla responsabilità pubblica tra controllo amministrativo e giurisdizione della Corte dei conti*, in Riv. Corte conti, 2005, fasc. 6, p. 338 ss, partic. 340.

oggetti e non per soggetti”¹⁴¹, non è che il punto d’arrivo di una unificazione necessaria dell’universo pubblicistico. Questa unificazione emerge chiaramente dalla sottoposizione a controllo da parte del giudice contabile di tutta una serie di soggetti giuridici - enti economici, e soprattutto imprenditori organizzati in forme e modi privatistici, ma sorretti dall’erario pubblico o comunque diretti da organi della pubblica amministrazione -, che entrano nel mondo amministrativo sia dal punto di vista attivo, per lo svolgimento di attività obiettivamente pubbliche, sia dal punto di vista passivo, perché chiamati a rispondere del proprio agire. Concentrarsi sui fini o sui risultati allora non vuol dire scavalcare il problema delle identità soggettive ma scolpirle alla luce della doverosità, e quindi della responsabilità¹⁴².

2. Trasformazione amministrativa e giurisdizione contabile.

Se l’orizzonte amministrativo si estende oltre i limiti della soggettività, i confini della giurisdizione contabile possono ampliarsi fino ad inglobare figure tratte dal mondo dei privati ma legate alla sfera della finanza pubblica.

¹⁴¹ *Ibid.*, p. 341

¹⁴² Cfr. *ibid.*, partic. p 342-343, dove si afferma che «l’amministrazione si oggettiva e si unisce sotto il profilo del controllo, specialmente di quello che ha per oggetto la gestione e il raggiungimento di benefici nell’interesse sociale o generale» e infine si aggiunge che «la responsabilità è tutto per il diritto, se non ci fosse la responsabilità non ci sarebbe neppure il diritto. Ecco allora che se c’è una responsabilità amministrativa c’è ancora il diritto amministrativo» (p. 344).

Sembra questo, infatti, l'elemento trainante di tutta una categoria di soggetti imprenditoriali verso l'area del controllo del giudice contabile, cui restano assoggettati amministratori e dipendenti di enti pubblici economici - come emerge dalle ultime decisioni delle Sezioni unite della Cassazione¹⁴³, che superano il dogma dell'insindacabilità delle scelte relative allo svolgimento di attività di impresa¹⁴⁴ -

¹⁴³ Cfr. Cass., sez. un., 22 dicembre 2003, n. 19667, in Foro amm., 2004, II, p. 685, con nota di URSI, *Verso la giurisdizione esclusiva del giudice contabile: la responsabilità erariale degli amministratori delle imprese pubbliche*; in Foro it., 2005, I, p. 2676, con nota di D'AURIA, *Amministratori e dipendenti di enti economici e società pubbliche: quale "revirement" della Cassazione?* Con tale pronuncia si inverte la precedente rotta giurisprudenziale e si afferma il principio per cui sono «attribuiti alla Corte dei conti i giudizi di responsabilità amministrativa, per fatti commessi dopo l'entrata in vigore dell'art. 1 comma ult., l. 14 gennaio 1994, n. 20, anche nei confronti di amministratori e dipendenti di enti pubblici economici (restando invece per tali enti esclusa la responsabilità contabile), essendo irrilevante il fatto che detti enti – soggetti pubblici per definizione, istituiti per il raggiungimento di fini del pari pubblici attraverso risorse di eguale natura – perseguano le proprie finalità istituzionali mediante un'attività disciplinata in tutto o in parte dal diritto privato». Nello stesso senso, Cass., sez. un., 26 febbraio 2004, n. 3899, in Foro it., 2005, I, 2675 ss; Cass., sez. un., 25 maggio 2005, n. 10973, in Foro it., 2005, I, 2674 ss.; Cass., sez. un., 20 giugno 2006, n. 14101, in Foro it., 2007, I, 486 ss.

¹⁴⁴ La Cassazione inizialmente respingeva la tesi della Corte di conti, che intendeva estendere la propria giurisdizione sugli enti pubblici economici (*ex plurimis*, Corte conti, sez. riun., 21 marzo 1983, n. 330, in Cons. St., 1983, II, p. 533; Corte conti, sez. giur. reg. Lombardia, 17 febbraio 2000, n. 296, in Riv. Corte conti, 2000, fasc. 2, p. 95, per la quale lo schema societario, in ipotesi di privatizzazione soltanto formale, si allontana da quello ordinario del codice civile ed impone una valutazione di carattere sostanziale che si avvicina alla nozione comunitaria di organismo di diritto pubblico. La valutazione della natura pubblicistica va fatta perciò in concreto, secondo un criterio oggettivo funzionale, sicché i dirigenti di tali soggetti giuridici devono ritenersi pubblici ufficiali, in quanto concorrono alla formazione della volontà dell'ente; Corte conti, sez. giur. reg. Marche, 2 luglio 2001, n. 28, in Dir. proc. amm., 2002, p. 432, con nota adesiva di GOISIS, *Note sulla sussistenza della giurisdizione della Corte dei conti in materia di responsabilità di amministratori e funzionari di società in mano pubblica*) e da parte della dottrina (tra gli altri, MONTELLA, *Verso il superamento della distinzione tra "pubblica funzione" e "pubblico servizio" e conseguenze in tema di giurisdizione della Corte dei conti*, in www.amcorconte.it; ORICCHIO, *La giustizia contabile*, Napoli, 2001, p. 153). Sul punto, cfr., tra gli altri, AVALLONE, TARULLO, *Il giudizio di responsabilità amministrativo-contabile innanzi alla Corte dei conti*, Padova, 2002, p. 36; ATELLI

(a cura di), *Giurisdizione della Corte dei conti e responsabilità amministrativo-contabile a dieci anni dalle riforme*, Napoli (Satura), 2005, p. 15.

La giurisprudenza della Suprema corte è stata a lungo ferma nel ritenere insindacabili da parte del giudice contabile le scelte gestionali degli amministratori di imprese pubbliche, considerando la giurisdizione contabile estensibile solo agli atti che esorbitano dall'attività imprenditoriale per collegarsi all'esercizio di funzioni pubbliche espletate in sostituzione di amministratori dello stato o di un ente pubblico non economico, ovvero all'esercizio di poteri autoritativi di autoorganizzazione. Cfr., *ex plurimis*, Cass, 2 marzo 1982, n. 1282, in Foro it., I, p. 1596; Cass., 14 dicembre 1985, n. 6328, in Giur. it., 1986, I, 1, p. 1667; Cass, 14 dicembre 1985, n. 6329, in Foro it., 1985, I, p. 3091, in cui si esclude che la giurisdizione in materia di responsabilità contabile si estenda agli enti di gestione di partecipazioni statali (Iri, Eni, Egam, Ente cinema etc), perché il carattere vincolante delle direttive e dei programmi politici e ministeriali nel settore, e la conseguente strumentalità dell'attività di detti enti rispetto ai fini dello stato, non valgono a escludere la natura privatistica dell'attività stessa, consistente nella gestione di partecipazioni azionarie secondo canoni e criteri di economicità propri della holding o capogruppo di società di capitali; Cass., sez. un., 17 ottobre 1992, n. 11436, in Mass., 1992; Cass., sez. un., 22 ottobre 1992, n. 11560, in Foro it., 1994, I, 872, per la quale al fine di devolvere alla cognizione della Corte dei conti i giudizi di responsabilità a carico di amministratori e funzionari di enti pubblici economici è necessaria non solo la natura pubblica dell'ente danneggiato dalla condotta di tali soggetti, ma anche l'assoggettamento della gestione della risorsa monetaria nei vari momenti della destinazione, dell'impegno, dell'erogazione e della contabilizzazione ai vincoli previsti per la spesa del denaro pubblico, nonché il collegamento causale dell'evento dannoso con l'inosservanza, da parte dell'autore della condotta, degli obblighi di servizio su di lui gravanti, con la conseguenza che in mancanza di uno solo di tali requisiti viene meno la giurisdizione del giudice contabile a vantaggio della competenza dell'ago (in questo caso si trattava di amministratori dell'ente Ferrovie dello stato); Cass., sez. un., 2 febbraio 1998, n. 9780, in Foro it., 1999, I, 575, con nota di D'AURIA, *Brevissime in tema di giurisdizione sulla responsabilità degli amministratori di enti pubblici economici*; Cass, sez. un., 21 novembre 2000, n. 1193, in Cons. St., 2001, II, 745, con nota di PALOMBO; Cass., sez. un., 17 luglio 2001, n. 9649, in Foro it., II, 2792. Anche quando l'attività di natura privatistica si risolve in comportamenti illeciti, da cui derivano pretese conseguenze risarcitorie in capo agli amministratori, si è esclusa la giurisdizione della Corte dei conti, trattandosi di comportamenti posti in essere nell'esercizio di attività di impresa (è stato il caso, per es., dei fondi neri dell'Iri, in cui la cognizione dell'azione di responsabilità promossa contro gli amministratori dell'ente per occultamento e utilizzazione illecita di disponibilità finanziarie della società del gruppo è stata attribuita all'ago da Cass. 15 novembre 1989, n. 4860, in Foro it., 1989, I, p. 3402). A sostegno di detto orientamento si richiama l'interpretazione dell'art. 103, comma 2, Cost., che riconosce a tale articolo «soltanto la finalità di riservare alla Corte dei conti la giurisdizione nelle materie di contabilità pubblica, secondo ambiti la cui concreta determinazione, peraltro, è rimessa alla discrezionalità del legislatore» (Corte cost. 20 novembre 1998, n. 371, in www.giurcost.org). Di conseguenza per l'attribuzione alla cognizione del giudice contabile della materia considerata sarebbe necessaria una *interpositio legislatoris*.

nonché delle società nate dal processo di privatizzazione¹⁴⁵. Non manca in tali pronunce il tradizionale richiamo all'esistenza di una relazione (non organica) ma funzionale, caratterizzata dall'inserimento del soggetto nell'organizzazione amministrativa come partecipante di attività volte all'attuazione di fini pubblici¹⁴⁶,

¹⁴⁵ In ordine alla responsabilità amministrativa degli amministratori di società a partecipazione pubblica, cfr. Corte conti, sez. giur. reg. Lombardia, 9 febbraio 2005, n. 32, in Riv. Corte conti, 2005, fasc. 1, p. 137, con nota di LOMBARDO, *In tema di giurisdizione della Corte dei conti in ordine alla responsabilità di amministratori di società per azioni partecipate dallo stato*; Corte conti, sez. giur. reg. Lombardia, 22 febbraio 2006, n. 114, in Giornale dir. amm., 2006, n. 534, che affermano la sussistenza della propria giurisdizione in materia, muovendo dal recente *revirement* giurisprudenziale della Cassazione (cfr. nota 4), dall'interpretazione dell'art. 103, comma 2, Cost. come norma immediatamente precettiva, oltre che dall'art. 7 della l. 27 marzo 2001, n. 97, da cui si desume la volontà del legislatore di estendere la giurisdizione contabile nei confronti di dipendenti di s.p.a in mano pubblica almeno nelle ipotesi collegate a fattispecie penali. Ulteriore argomento si trae da C. cost., 28 dicembre 1993, n. 466, in www.giurcost.org, per la quale le società per azioni derivate dalla trasformazione di enti pubblici economici di cui all'art. 15 della l. 8 agosto 1992, n. 359 restano assoggettate al controllo di gestione previsto dall'art. 12 della l. 21 marzo, 1958, n. 259, finché permanga una partecipazione esclusiva o permanente dello stato al capitale azionario delle stesse.

¹⁴⁶ Nella configurazione del rapporto di servizio ha assunto rilevanza, in giurisprudenza, il criterio dell'inserimento nell'organizzazione pubblica. Cfr. tra le altre, Cass., sez. un., 5 aprile 1993, n. 4060, in Riv. Corte conti, 1993, 2, II, 206, in cui si afferma che l'esistenza di un rapporto funzionale tra autore dell'illecito ed ente pubblico che subisce il danno si riscontra non solo quando vi sia un rapporto di impiego in senso proprio e ristretto, ma anche "quando sia comunque individuabile un rapporto di servizio in senso lato", con partecipazione ai poteri e alle competenze dell'amministrazione; più recentemente, Corte cost., 24 ottobre 2001, n. 340 (in www.giurcost.org), per la quale la responsabilità amministrativa "non richiede necessariamente l'esistenza di un rapporto di impiego o la qualità di dipendente, ma il semplice inserimento nella organizzazione della pubblica amministrazione con lo svolgimento di funzioni proprie della stessa amministrazione (argomentando dagli artt. 28 e 97 della Costituzione). Sul punto, cfr., RISTUCCIA, *La giurisdizione in materia di responsabilità degli amministratori degli enti pubblici economici: un vecchio problema dinanzi a nuovi scenari*, in Riv. Corte conti, 1995, IV, 1, 411 ss.; AVALLONE, TARULLO, *Il giudizio di responsabilità amministrativo-contabile innanzi alla Corte dei conti*, cit., p. 38 ss. Sul rapporto di servizio, cfr. SCOCA (a cura di), *La responsabilità amministrativa e il suo processo*, Padova, 1997, 63 ss. In senso critico, SCHIAVELLO, *Responsabilità amministrativa*, in Enc. dir., Agg., III, Milano, 1999, p. 911 ss., partic. 913, che considera il collegamento tra giurisdizione contabile e rapporto di servizio frutto di un equivoco, ritenendo che il criterio di collegamento sia dato invece dal rapporto d'ufficio, nell'ambito di un'impostazione che configura la responsabilità amministrativa come «contrattuale» e la

per radicare la giurisdizione contabile. Ma non è questo il fulcro del nuovo orientamento giurisprudenziale. Il criterio del rapporto di servizio è talora abbandonato dalla Cassazione¹⁴⁷ per attrarre nell'orbita amministrativa soggetti, anche privati, che, in base a qualsiasi titolo (concessione amministrativa o contratto privato), gestiscono denaro pubblico. La linea di discriminazione tra la giurisdizione ordinaria e quella contabile si sposta dalla qualità del soggetto passivo alla natura del danno e degli scopi perseguiti¹⁴⁸.

Basta un coinvolgimento, anche minimo, di denaro pubblico e lo sviamento dalle finalità perseguite dall'amministrazione, perché la condotta produttiva del danno cada sotto la lente del giudice contabile, essendo irrilevante lo sfondo (pubblico o privato) in cui l'azione si colloca.

responsabilità di amministratori e dipendenti per il danno prodotto ad amministrazioni o enti pubblici diverse da quelle di appartenenza come conseguenza dell'«obbligo di diligenza relativo a quelle determinate attribuzioni di ufficio in atto espletate (anche se contingenti)», che possono spiegarsi anche facendo riferimento al concetto di «contatto sociale», ovvero alla categoria del «rapporto contrattuale di fatto».

Per spiegare l'assoggettamento anche di soggetti privati alla disciplina pubblicistica e quindi la responsabilità degli amministratori, in dottrina si è rievocata la tesi dell'organo indiretto (Cass., sez. un., 29 dicembre 1990, n. 1222, in Foro it., 1991, I, p. 3410): CARROZZA FRACCHIA, *Appalti di lavori, attività oggettivamente amministrativa e qualificazione del soggetto*, in Foro it., 2001, III, 164; D'AURIA, *Amministratori e dipendenti di enti economici e società pubbliche*, p. 2688.

¹⁴⁷ Cass., sez. un., ord. 1 marzo 2006, n. 4511, in Foro it., I, p. 1734, con nota di D'AURIA. Il criterio della sussistenza del rapporto di servizio per radicare la giurisdizione contabile è decisamente superato da Corte conti, sez. Molise, 7 ottobre 2002, n. 234, che individua nella natura delle risorse finanziarie il presupposto per l'incardinazione della giurisdizione, segnando il passaggio dalla responsabilità amministrativa alla responsabilità finanziaria, intesa come forma di responsabilità patrimoniale per danno alle pubbliche finanze.

¹⁴⁸ Cass., sez. un., 1 marzo 2006, n. 4511, in Foro it., I, 1737, con nota di D'AURIA.

La responsabilità amministrativa degli amministratori di società a partecipazione pubblica si spiega sul filo che lega sostanza e processo.

Sull'influsso del diritto comunitario si afferma una nozione sostanziale di amministrazione¹⁴⁹, sganciata dalle espressioni formali dei diversi soggetti, che diventano involucri, rivestimenti. E allora si parla di neutralità dello schema societario rispetto all'organizzazione pubblica, per superare le antinomie dei processi reali, che non si lasciano ricomporre nelle consuete fattispecie normative, anzi se ne distaccano negli elementi fondamentali, in primo luogo nella causa. Non può negarsi che le figure nate dalla trasformazione degli enti pubblici dell'economia in cui si strutturava il sistema delle partecipazioni statali fossero inizialmente molto lontane dalla causa propria delle fattispecie societarie previste dal codice civile¹⁵⁰. La Corte costituzionale¹⁵¹ ha dunque affermato che le società nate dalla privatizzazione non potevano sottrarsi al controllo di gestione finanziaria¹⁵², finché la modifica giuridica non fosse sostanziale, ossia finché il coinvolgimento dello stato al capitale azionario restasse esclusivo o prevalente. Questa dissociazione tra forma e sostanza non sembra destinata a risolversi, ma anzi ad accentuarsi, diventando il

¹⁴⁹ Cfr., per tutti, M.A. SANDULLI (a cura di), *Organismi e imprese pubbliche*, Milano, 2004.

¹⁵⁰ Così, OPPO, *Privatizzazioni: aspetti privatistici*, in MARASÀ (a cura di), *Profili giuridici delle privatizzazioni*, Torini, 1998, 17; ss; D'AURIA, *Amministratori e dipendenti di enti economici e società pubbliche*, cit., p. 2687.

¹⁵¹ C. cost., 28 dicembre 1993, n. 466, cit.

¹⁵² Art. 12, l. 21 marzo 1958, n. 259

connotato fondamentale di figure che, per la natura delle attività svolte e delle risorse impiegate, finiscono col ricadere nel campo magnetico dell'amministrazione¹⁵³. Ma la forza attrattiva della

¹⁵³ Questo risultato, secondo una parte della dottrina, presenta molti profili critici. Tali profili sono rilevati, in particolare, da TORCHIA, *Responsabilità civile e responsabilità amministrativa per le società in partecipazione pubblica: una pericolosa sovrapposizione*, in *Servizi pubblici e appalti*, 2006, 2, per la quale questo orientamento finisce "per tradire la logica stessa dell'istituto della responsabilità". Esso si iscrive in una recente tendenza, seguita anche dalla giurisprudenza amministrativa, a confondere pubblico e privato, soprattutto per le materie e i settori sottoposti a processi di privatizzazione, "trasformando l'ibridazione tra pubblico e privato che è tipica del diritto amministrativo in una sovrapposizione all'interno della quale il pubblico finisce sempre per prevalere sul privato, perché [...] il primo viene considerato come valore, mentre il secondo è considerato come uno strumento neutrale. In particolare si rileva che le società in mano pubblica sono soggette alla responsabilità ex art. 2043 (come tutti i soggetti dell'ordinamento, comprese le amministrazioni) e per essere sottoposte a responsabilità amministrativa, in assenza di una norma espressa, "occorrerebbe enucleare un rapporto di servizio fra amministratori e società, o forse fra amministratori e socio pubblico, assimilabile al rapporto intercorrente fra l'amministrazione e il suo dipendente e dimostrare, altresì, che a tale rapporto sia riconducibile una responsabilità diversa e ulteriore rispetto a quella che il codice civile prevede per l'amministrazione nei confronti della società, dei soci e dei creditori". Tali elementi sono oggi ritenuti sussistenti dalla Cassazione con lo spostamento dei criteri di rilevanza dalla natura del soggetto danneggiante alla natura del patrimonio e del soggetto danneggiato, oltre che degli scopi perseguiti. "Diviene irrilevante, così, la natura privata del soggetto, dequotingo a mero schermo formale l'adozione del modello della società per azioni, mentre diviene cruciale la natura (o anche solo l'origine) erariale del patrimonio, a volte anche in connessione con la natura pubblica delle attività svolte". La giurisprudenza invoca la sostanza delle cose ma non può valicare precisi limiti, innanzitutto il rispetto del principio di legalità. "Non c'è alcuna norma nel nostro ordinamento che preveda la sottoposizione degli amministratori delle società in partecipazione pubblica alla responsabilità amministrativa e alla giurisdizione della Corte dei conti".

Il mancato rispetto del principio di legalità, anzi della riserva di legge, è rimarcato soprattutto da MERUSI, *Pubblico e privato nell'istituto della responsabilità amministrativa*, in *Responsabilità amministrativa e giurisdizione contabile (ad un decennio dalle riforme)*, (Atti del convegno di Varenna, 15-17 settembre 2005), p. 112 ss; in ID, *Sentieri interrotti della legalità*, Bologna, 2007, p. 168 ss, per il quale la responsabilità amministrativa riformata si configura come sanzione pecuniaria personale alternativa e sostitutiva rispetto alla responsabilità patrimoniale di diritto comune e solleva dubbi di legittimità costituzionale per la mancata predeterminazione legislativa dei presupposti e dei criteri per quantificare la sanzione.

Cfr. anche CORSO, *Impresa pubblica, organismo di diritto pubblico, ente pubblico: la necessità di un distinguo*, in SANDULLI M.A. (a cura di), *Organismi e imprese pubbliche*, cit., 91 ss., che richiama la volontà del legislatore di modificare lo stato

pubblicità, che arriva fino alle società che agiscono in mercati liberalizzati, in pieno regime di concorrenza, anche perseguendo scopi di interesse collettivo, non può a sua volta produrre trasformazioni genetiche di tali imprese, riducendole a entità tutte pubblicistiche, se non con il rischio di alterarne l'essenza, e quindi l'agilità, l'attività, la gestione del rischio, la massimizzazione del profitto, la concorrenzialità. In una parola la specificità.

3. Il travaso della discrezionalità amministrativa nelle scelte d'impresa.

Il nuovo regime dell'impresa pubblica, *la deregulation* e le dinamiche di un mercato concorrenziale caratterizzano in tutta

di cose esistente attraverso la privatizzazione, sottolineando che tale volontà sarebbe stata ignorata dal Consiglio di stato nella nota sentenza (sez VI, 2 marzo 2001, n. 1206, in Foro it., 2002, II, p. 426 ss.), in cui si afferma che anche quando svolge attività imprenditoriale Poste Italiane s.p.a. ha una qualificazione pubblicistica, negando in tal modo che la privatizzazione abbia potuto trasformare il soggetto pubblico (Azienda postale e poi ente pubblico economico) in soggetto privato (p. 92).

Alla luce più recente giurisprudenza amministrativa in merito al processo di trasformazione degli enti pubblici economici in società per azioni a maggioranza partecipazione pubblica, il fenomeno delle privatizzazioni costituisce «più che un ossimoro una vera e propria illusione»: SCOCA, *L'Enel spa e gli ossimori della giurisprudenza amministrativa*, in Rass. giur. energia elettrica, 1997, p. 47 ss. Anche quando la giurisprudenza sembra riconosce (Tar Lazio, sez III, 29 marzo 1996, n. 663, ibid, p. 221 ss) che “il collegamento con la funzione amministrativa dell'attività di un privato non ne trasforma la natura”, come è avvenuto a proposito degli atti dell'Enel spa, ciò non è «sufficiente allo stesso giudice per confermare la qualificazione degli atti negoziali dell'Enel come atti di diritto privato”, risultati da un procedimento amministrativo di evidenza pubblica imposto da norme comunitarie. All'illustre studioso non resta che denunciare le «meraviglie del diritto comunitario», che trasforma l'autonomia privata in potere discrezionale.

l'Europa occidentale¹⁵⁴ un sistema che non enfatizza il mantenimento del controllo sulle società che gestiscono servizi di interesse generale, anche dopo la loro privatizzazione, bensì la libertà di circolazione dei capitali e l'autonomia privata¹⁵⁵. Le imprese pubbliche che si muovono in questo contesto improntano le proprie attività a un criterio di massimizzazione dei profitti, che può essere perseguito attraverso strategie aziendali, volte a realizzare il miglior rapporto tra risorse impiegate e beni e servizi prodotti. Di conseguenza, l'amministratore di tali imprese non definisce le proprie decisioni all'esito di un percorso logico giuridico caratterizzato da una minuta applicazione di norme positive su cui si plasma un'attività legittima, ma si ispira a tecniche proprie delle scienze economiche e regola i suoi comportamenti a seconda delle opportunità del mercato, affrontando di volta in volta i rischi tipici dell'imprenditore. Tale

¹⁵⁴ Cfr. LANE J.E., *Public administration and public management*, Londra, New York, Routledge, p. 190 ss.

¹⁵⁵ Cfr. le pronunce con cui la Corte di giustizia ha più volte dichiarato l'incompatibilità della *golden share* con il diritto comunitario, salvo restrizioni alla libera circolazione dei capitali che siano effettivamente necessarie per garantire obiettivi di interesse generale, in presenza di grave e concreta minaccia a interessi fondamentali della collettività e rispettino il requisito della proporzionalità: Corte di Giustizia, 23 maggio 2000 Commissione/Repubblica italiana, in Racc. giur., 2000, p. 3811 ss.; id, 4 giugno 2002 Commissione/Repubblica portoghese, ibid, 2002, p. 4731 ss.; id, 4 giugno 2002 Commissione/Francia, ibid, p. 4781 ss.; id, 4 giugno 2002 Commissione/Regno del Belgio, ibid, p. 4809 ss.; id, 13 maggio 2003, Commissione/Regno di Spagna, ibid, 2003, p. 4581; id, 13 maggio 2003 Commissione/Regno unito e Irlanda del Nord, ibid, p. 4641 ss.; id, 28 settembre 2006 Commissione/Regno dei Paesi Bassi, cause riunite C-282/04 e C-283/04, in Foro it., 2006, IV, p. 612 ss., annotata da FRENI, *Golden schare, ordinamento comunitario e liberalizzazioni asimmetriche: un conflitto irrisolto*, in Giorn. dir. amm., 2007, 2, p. 145 ss.

figura non è pertanto sovrapponibile a quella del funzionario tipico¹⁵⁶, in quanto fuoriesce da un quadro pubblicistico per muoversi nell'economia di mercato e quindi in un'orbita privatistica nella quale lo spazio della discrezionalità si amplia, perché si passa da un'attività funzionalizzata rispetto a finalità di pubblico interesse ad un'attività quanto meno conformata rispetto alle stesse finalità.

L'esigenza di rispettare la discrezionalità delle scelte - fissata nell'art. 1 della l. 14 gennaio 1994, n. 20¹⁵⁷ e implicita nel nostro sistema costituzionale¹⁵⁸ - subordina il sindacato del giudice contabile a un preciso limite, che diventa più stringente nel caso di amministratori di società nate da processi di privatizzazione, per non paralizzarne o condizionarne fortemente l'attività. Diversamente se ne negherebbe la stessa funzione¹⁵⁹.

Tuttavia, se il potere discrezionale non cade sotto il controllo del giudice, salvo i limiti in cui per legge si sarebbe dovuto esplicitare, non

¹⁵⁶ Così, CAPUTI JAMBRENGHI, *Azione ordinaria di responsabilità ed azione di responsabilità amministrativa in materia di società in mano pubblica. L'esigenza di tutela degli interessi pubblici*, in AAVV, *Responsabilità amministrativa e giurisdizione contabile (ad un decennio dalle riforme)*, cit, 377.

¹⁵⁷ Nel testo sostituito dall'art. 3, dl. 23 ottobre 1996, n. 543, convertito con modificazioni dalla l. 20 dicembre 1996, n. 639. Sul controllo giudiziale in materia di valutazioni discrezionali o di merito, PARISIO (a cura di), *Potere discrezionale e controllo giudiziario*, Milano, 1998.

¹⁵⁸ Cfr. Cass., sez. un., 28 febbraio 2006, n. 7024, in Foro it. on line, dove si sottolinea che la l. n. 20 del 1994, art. 1, «non contiene alcun principio innovativo, essendo l'insindacabilità – da parte di qualunque giudice – delle scelte discrezionali affidate alla p.a. un principio immanente dell'ordinamento costituzionale, fondato sul principio di legalità dell'amministrazione, e su un controllo giurisdizionale di quest'ultima che non può travalicare in esercizio di attività amministrativa».

¹⁵⁹ In questo senso, CAPUTI JAMBRENGHI, *Azione ordinaria di responsabilità ed azione di responsabilità amministrativa in materia di società in mano pubblica. L'esigenza di tutela degli interessi pubblici*, cit., p. 378.

può essere sottovalutato l'«essenziale effetto conformatore»¹⁶⁰ sulla configurazione degli spazi discrezionali svolto dai principi di economicità e di efficacia contenuti nell'art. 1, l. 7 agosto 1990, n. 241¹⁶¹, alla luce dei quali si approfondisce lo spettro d'indagine giurisdizionale sull'azione amministrativa, arrivando fino alle singole articolazioni delle scelte compiute¹⁶². Tali principi però, come chiarito dalla Suprema corte, vanno intesi come clausole generali, “concetti giuridici indeterminati”, con espressione coniata dalla dottrina tedesca *unbestimmte rechtsbegriffe*¹⁶³. Di conseguenza, il controllo sul rispetto di questi criteri da parte dell'amministrazione non intercetta l'esercizio del potere discrezionale, traducendosi in un

¹⁶⁰ Cass., sez. un., 29 settembre 2003, n. 14488, in Riv. corte conti, 2003, fasc. 6, p. 213; sez. un., 28 febbraio 2006, n. 7024, cit.

¹⁶¹ Cfr. Cass., sez. un., 29 settembre 2003, n. 14488, cit., per la quale l'insindacabilità nel merito delle scelte discrezionali, sancita dall'art. 1 della l. 20/94, non priva la Corte dei conti della possibilità di controllare la conformità alla legge dell'attività amministrativa, che deve ispirarsi ai criteri di economicità ed efficacia previsti dall'art. 7 della l. 7 agosto 1990, n. 241 e, pertanto, la Corte non travalica i limiti esterni quando valuta il rapporto tra gli obiettivi conseguiti e i costi sostenuti di una determinata attività gestionale in base a tali parametri di legittimità; Cass., sez. un., 6 novembre 2003, n. 19356, in Guida al diritto, 2004, n. 12, p. 34 ss; sez. un., 25 gennaio 2006, n. 1376, in Mass., 2006, p. 490; Corte conti, sez. I, giur. centrale d'appello, 23 settembre 2005, n. 292, in www.lexitalia.it, con nota di PERIN, *Alcune precisazioni sull'insindacabilità delle scelte discrezionali*; C. conti, sez. giur. Lombardia, 2 maggio 2005, n. 324, in www.corteconti.it nonché in in Dir. amm., 2006, con nota di LILLO, *La discrezionalità amministrativa tra discrezionalità e merito*, p. 1069 ss.; Cass., sez. un., 28 febbraio 2006, n. 7024, cit.

¹⁶² In questo senso, Cass., sez. un., 28 febbraio 2006, n. 7024, cit. La giurisprudenza precedente era orientata diversamente, in quanto considerava inammissibile che il sindacato del giudice contabile potesse spingersi fino all'articolazione concreta e minuta dell'iniziativa intrapresa dal pubblico amministratore: Cass., sez. un., 29 gennaio 2001, n. 33, in Foro it., 2001, I, 1171, con nota di D'AURIA, *Responsabilità amministrativa e insindacabilità di scelte discrezionali di amministratori pubblici*; Cass., sez. un., 6 maggio 2003, n. 6851, in Riv. Corte conti, 2003, fasc. 3, p. 300 ss., nonché in Foro amm., Cds, 2003, p. 2885.

¹⁶³ Cass., sez. un., 18 gennaio 2001, n. 5, in Foro it., 2002, I, p. 1194 ss; Cass., sez. un., 28 febbraio 2006, n. 7024, cit.

controllo sulla legittimità che, in ogni caso, non può andare al di là della ragionevolezza¹⁶⁴.

Il principio di economicità, definitivamente penetrato nell'azione amministrativa e quindi nel rapporto tra autorità e cittadino, porta comunque il giudice verso una verifica della razionalità economica delle scelte o delle operazioni compiute dall'amministratore, riflesse nel rapporto di proporzione tra mezzi e fini.¹⁶⁵

Su questa linea le privatizzazioni sembrano l'ultimo anello di congiunzione della capacità giuridica di diritto pubblico con quella di diritto privato¹⁶⁶, che vorrebbero confluire in una capacità unitaria, col duplice effetto di vivificare la parità tra tutti i soggetti dell'ordinamento ma anche di velarne le identità. E quindi i relativi

¹⁶⁴ Cass., sez. un., 28 febbraio 2006, n. 7024, cit., in cui si precisa che «uno scorretto esercizio del potere di riesame sull'applicazione delle clausole generali contenute nella l. 241 del 1990, art 1, non costituisce invasione della sfera discrezionale, ma *error in iudicando*, non denunciabile in Cassazione quale vizio attinente alla giurisdizione», con la conseguenza che «la verifica della corretta applicazione di una clausola generale non è sindacato di discrezionalità, ma controllo (anche se limitato) di legittimità, per cui il suo esercizio (e cioè la concreta applicazione della regola al caso concreto) non pone un problema di sindacato della discrezionalità amministrativa». Sul punto, cfr. PINOTTI, *Accertamento della violazione dei principi di economicità, efficacia, pubblicità e controllo sul potere discrezionale: sezioni Unite della cassazione, atto terzo*, in www.rivistacorteconti.it, p 6, che sottolinea il rigore dogmatico di tale passaggio motivazionale per la separazione che viene operata dalla Corte «tra controllo sul potere discrezionale e controllo sulla violazione dei criteri di economicità ed efficienza (clausole generali)» e legge tali enunciazioni come «incoraggiamento rivolto ai giudici “dell'amministrazione” a riappropriarsi, come giudici ormai del fatto e non (solo) dell'atto, dell'ampio strumentario giuridico di cui dispone il giudice ordinario per controllare la corretta interpretazione e applicazione dei c.d. concetti giuridici indeterminati o clausole generali, senza ricorrere a schemi teorici che si attagliano esclusivamente all'agire secondo modelli autoritativi».

¹⁶⁵ Cfr. BENVENUTI, *Introduzione al tema*, in PARISIO (a cura di), *Potere discrezionale e controllo giudiziario*, cit., p. 6

¹⁶⁶ Cfr. *ibid.*, p. 6-7

atti non prendono la propria colorazione da chi li ha prodotti, ma da processi di obiettivazione di interessi pubblici o sociali che penetrano nella causa di ciascun atto gestorio.

Sotto questo profilo, gli atti di società derivate dalla privatizzazione non sembrano impregnati nei fini pubblici né ricalcano schemi tipici descritti da norme, alla luce delle quali individuare lo spazio della discrezionalità, ma appaiono piuttosto come un coagulo di finalità (societarie e pubbliche) da perseguire attraverso scelte imprenditoriali, che possono essere scrutinate sulla base della clausola di ragionevolezza¹⁶⁷.

L'accertamento della responsabilità degli amministratori da parte del giudice contabile non può essere improntato esclusivamente a regole pubblicistiche, ma deve essere riferito ad una figura imprenditoriale che, pur potendo perseguire fini pubblici, agisce in un'economia di mercato secondo principi civilistici, in primo luogo col dovere di diligenza previsto dall'art. 2381 c.c, ossia il dovere di "agire in modo informato".

¹⁶⁷ Cfr. GIANNINI, *Le imprese pubbliche in Italia*, in Riv. soc., 1958, p. 227. Sulla teoria delle scelte razionali, cfr. POLICE, *La predeterminazione delle scelte amministrative*, Napoli, 1997, p. 94 ss.; PINOTTI, *Scelte autonome di gestione, scelte discrezionali e scelte tecniche: limiti di valutabilità nel giudizio di responsabilità amministrativa*, in AAVV, *Responsabilità amministrativa e giurisdizione contabile (ad un decennio dalle riforme)*, cit., p. 523, nota (77).

Il giudizio sulla razionalità delle scelte rispetto ai fini deve essere effettuato in base ad una valutazione della decisione *ex ante*¹⁶⁸, tenendo conto del calcolo dei rischi con specifiche conoscenze di un professionista, e non ritagliato sui risultati finali di un'operazione imprenditoriale¹⁶⁹.

Una verifica spinta oltre questo confine comporterebbe il superamento da parte del giudice contabile dei limiti esterni della sua giurisdizione¹⁷⁰.

4. Conclusioni.

Il ruolo interpretativo della Corte dei conti va rimodellandosi in relazione alle trasformazioni dell'amministrazione, e quindi al rapporto tra autorità e cittadino, che si rende pienamente visibile nel momento in cui si misura alla luce della legalità e della doverosità. La

¹⁶⁸ Per una consolidata massima giurisprudenziale, lo scrutinio sulla responsabilità deve svolgersi solo in astratto ed *ex ante*, limitandosi ad apprezzare al momento della scelta e non già in base ai risultati, positivi o negativi, *ex post* acclarati la compatibilità della scelta discrezionale con i fini istituzionali dell'ente e con il parametro del limite della irragionevolezza: *ex pluribus* C. conti, sez. giur. Lombardia, 30 giugno 2005, n. 467, in Riv. Corte conti, 2005, fasc. 1, p. 98 ss; C. conti, sez. I giur. centr. app., 1 aprile 2003, n. 115/A, in Riv. corte conti, 2003, fasc. 2, p. 100 ss.

¹⁶⁹ Cfr. PINOTTI, *Scelte autonome di gestione, scelte discrezionali e scelte tecniche*, cit., p. 552.

¹⁷⁰ Cfr. Cass., sez. un., 6 maggio 2003, n. 6851, cit.; sez. un., 12 novembre 2003, n. 17014; sez. un., 3 novembre 2005, n. 2129, che hanno riconosciuto che il fenomeno del travalicamento dei limiti esterni della giurisdizione contabile, per effetto di un'eventuale intrusione del giudice nella sfera delle attribuzioni istituzionali dell'amministrazione, pone un problema di riparto di giurisdizione e non di limiti interni della competenza, in quanto il sindacato della Corte dei conti è subordinato ad un limite preciso ed invalicabile, sancito da una specifica norma di legge, "volto ad escludere che le valutazioni di tale giudice possano sovrapporsi e/o sostituirsi alle scelte rimesse in via esclusiva alla discrezionalità amministrativa".

parità dei soggetti – pubblico e privato – , su cui si sono concentrati gli sforzi della dottrina più sensibile¹⁷¹, acquista autentica sostanza se si immerge in strutture che superano definitivamente gli schemi del passato¹⁷², per entrare in un ordine giuridico unitario che va letto nell’ottica della responsabilità. Se la responsabilità è la chiave attraverso cui il giudice conosce la posizione dei soggetti giuridici, allora anche il soggetto privato quando diventa protagonista di attività di interesse pubblico, entra nello spazio amministrativo non più come titolare di interessi legittimi, o di pretese, ma al rovescio con la sua responsabilità¹⁷³.

¹⁷¹ BENVENUTI, *Per un diritto amministrativo paritario*, in Scritti in onore di Guicciardi, Padova, 1975, p. 807 ss

¹⁷² BERTI, *La scienza del diritto amministrativo nel pensiero di Feliciano Benvenuti*, Atti del convegno di Venezia, 11 dicembre 1999, Padova, p. 14.

¹⁷³ Cfr. BERTI, *Cenni sulla responsabilità pubblica tra controllo amministrativo e giurisdizione della Corte dei conti*, cit., 342

Conclusioni

Un dato accomuna il dibattito politico e giuridico degli ultimi anni: la scarsità delle risorse pubbliche. Lungi dall'essere quel forziere inesauribile, la finanza pubblica è una risorsa scarsa. Attinge dai cittadini e dalle imprese con il peso fiscale. Segna le modalità con cui vengono perseguiti gli interessi pubblici e la stessa effettività di tale conseguimento. È ormai ben noto il problema di molte strutture sanitarie che non riescono più a garantire le risorse essenziali (posti letto, farmaci, sale rianimazione) per mancanza di risorse finanziarie. Del resto, sin dalla fine degli anni '80 la finanza non è più rivolta a dare attuazione al programma di governo, ma diventa essa stessa programma di governo, nella triplice direzione del risanamento finanziario, del contenimento delle spese e della stabilità monetaria¹⁷⁴.

La lesione dell'erario, insomma, è lesione di bene collettivo. Forse tra i più preziosi. Quello che permette di conseguire tutti i bisogni collettivi, posto che un fine pubblico senza le risorse per attuarlo è semplice demagogia. Eppure, non sempre la questione viene correttamente compresa. Per esempio, è ben noto che dopo il

¹⁷⁴ R. PEREZ., *La finanza pubblica*, in *Trattato di diritto amministrativo, Diritto amministrativo generale*, II, 546.

riconoscimento della risarcibilità della lesione degli interessi legittimi, il giudice amministrativo tende, spesso, a respingere la domanda di sospensione giurisdizionale del provvedimento impugnato perché, comunque, il privato potrebbe ottenere ristoro delle proprie ragioni economiche tramite la domanda risarcitoria. Il ragionamento non fa una piega: il privato può ottenere un risarcimento del danno economico che si matura nelle more del giudizio di merito. Ma il danno che le finanze dell'amministrazione risentono dall'obbligo risarcitorio? La possibilità che un comune o una regione possa non essere tenuta a pagare il danno che si matura in pendenza della decisione di merito non può essere un interesse giuridicamente rilevante che il giudice può prendere in considerazione, quantomeno, nel bilanciamento di interessi (pubblici e privati) che deve accompagnare ogni domanda di sospensiva?

Ad oggi, il tema è sottostimato.

Filo d'Arianna del problema sono i caratteri dell'organizzazione pubblica. Se l'amministrazione si identifica per l'oggetto e per il fine (amministrare i beni, ricoverare gli infermi, imporre tributi, rendere giustizia¹⁷⁵) e se questa attività è funzione svolta nell'interesse generale di conseguenza è un'attività da controllare¹⁷⁶.

¹⁷⁵ GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1970, 442.

¹⁷⁶ Cfr. *ibid.*, 440.

Il garante (tanto in sede giurisdizionale quanto in sede di controllo) dell'interesse erariale è rimasto il giudice contabile. La Corte dei conti, del tutto correttamente tende ad adeguarsi al mutamento delle forme di utilizzazione delle risorse pubbliche. In un primo momento è l'ente statale che utilizza le somme derivanti dal prelievo fiscale per perseguire interessi pubblici. A mano a mano che il sistema socio-economico si allarga, nascono strutture e organizzazioni intermedie tra individui e stato. Si registra, in particolare, la moltiplicazione di figure soggettive estranee all'ordinamento statale (regioni, comuni, ecc.). Al contempo, la proliferazione di amministrazioni erogatrici di servizi determina l'attrazione nell'area privatistica di una cospicua fetta di attività dei poteri pubblici e, per altro verso, la partecipazione dei privati all'esercizio della funzione amministrativa. Si amplia, insomma, il novero dei soggetti che utilizzano risorse pubbliche: gli enti territoriali; gli enti pubblici funzionali; i privati chiamati a perseguire programmi di pubblico interesse mediante finanziamenti pubblici. Per effetto di questo ampliamento della gestione della finanza pubblica, si realizza negli ultimi anni un – plausibile – allargamento del sindacato giurisdizionale della Corte dei conti per le ipotesi di *mala gestio* della risorsa pubblica. Assoggettato al controllo giurisdizionale della Corte dei conti è chi gestisce il bene pubblico.

I soggetti che si trovano ad operare in queste amministrazioni sono chiamati, così, a rispondere del danno cagionato all'erario dei rispettivi enti in cui operano. Iniziata la stagione delle privatizzazioni, si affaccia, poi, il problema della sussistenza della giurisdizione contabile sugli amministratori e i dipendenti di società per azioni risultanti dalla privatizzazione di enti pubblici.

In definitiva, nodo del problema è il riconoscimento della giurisdizione contabile in presenza di elementi di pubblicità e, al rovescio, l'identificazione di tali elementi: la natura pubblica del soggetto danneggiato con il quale sussiste un rapporto di servizio o la natura pubblica del denaro o dei valori oggetto della gestione nell'ambito della quale si è verificato l'evento fonte di responsabilità. In particolare, nella configurazione del rapporto di servizio assume rilevanza il criterio dell'inserimento nell'organizzazione pubblica¹⁷⁷. L'esistenza di un rapporto funzionale tra autore dell'illecito e l'ente pubblico che subisce il danno si riscontra non solo quando vi sia un rapporto di impiego in senso proprio e ristretto, ma anche “quando sia comunque individuabile un rapporto di servizio in senso lato”, con partecipazione ai poteri e alle competenze dell'amministrazione¹⁷⁸.

¹⁷⁷ Tra le altre, Cass., sez. un., 5 aprile 1993, n 4060, in *Riv. Corte conti*, 1993, 2, II, 206.

¹⁷⁸ *Ibid.* Più recentemente, Corte cost., 24 ottobre 2001, n. 340 (in www.giurcost.org), per la quale la responsabilità amministrativa “non richiede necessariamente l'esistenza di un rapporto di impiego o la qualità di dipendente, ma il semplice inserimento nella organizzazione della pubblica amministrazione con lo svolgimento di funzioni proprie della stessa amministrazione (argomentando dagli

Il diritto – e soprattutto il diritto giurisprudenziale – è poroso per definizione: si alimenta degli stimoli che provengono da tutto l'ordinamento. In questo caso vari elementi esercitano un significativo influsso nell'elaborazione teoria e giurisprudenziale. *In primis* vi è l'orientamento della magistratura penale su fatti corruttivi perpetrati da manager di società pubbliche e enti pubblici economici. La magistratura penale, infatti, considera - in questi anni - incaricati di pubblico servizio i dipendenti di enti pubblici economici (es. aziende municipalizzate) ma non quelli che operano nell'ambito di società gestite nel sistema delle partecipazioni pubbliche. Ritiene, tuttavia, che nell'esercizio delle attività inerenti al pubblico servizio, il personale di enti quali l'Ente Ferrovie S.p.A. rimanga assoggettato allo statuto penale della pubblica amministrazione, nonostante l'avvenuta trasformazione dell'ente in società per azioni¹⁷⁹.

Inoltre, in questa nuova orbita ricostruttiva un peso significativo è esercitato dalla sentenza della Corte costituzionale 28 dicembre 1993, n. 466. Con tale statuizione la Consulta decreta il permanere del controllo successivo della gestione spettante alla della Corte dei conti sugli enti privatizzati. A sostegno di tale assunto si osserva che la

artt. 28 e 97 della Costituzione). Sul punto, cfr., RISTUCCIA, *La giurisdizione in materia di responsabilità degli amministratori degli enti pubblici economici: un vecchio problema dinanzi a nuovi scenari*, cit., 411 ss.; AVALLONE, TARULLO, *Il giudizio di responsabilità amministrativo-contabile innanzi alla Corte dei conti*, cit., 38 ss. Sul rapporto di servizio, cfr. SCOCA (a cura di), *La responsabilità amministrativa e il suo processo*, cit., 63 ss.

¹⁷⁹ Cass. 6 febbraio 1997, n. 43661.

semplice trasformazione in società per azioni degli enti pubblici economici non determina di per sé l'estinzione di tale controllo, finché permanga inalterato nella sostanza l'apporto finanziario dello stato alla struttura economica dei nuovi soggetti. Le ragioni poste a base del controllo non possono considerarsi superate dal mutamento della veste giuridica degli enti, se a questa non faccia seguito una modifica di carattere sostanziale nell'imputazione del patrimonio, tale da sottrarre l'ente trasformato alla disponibilità dello Stato. Il controllo perderà la sua ragion d'essere – precisa la Consulta - nel momento in cui il processo di privatizzazione, attraverso la dismissione delle quote azionarie, avrà assunto connotati sostanziali, tali da determinare l'uscita delle società derivate dalla sfera della finanza pubblica.

Non sono poche, peraltro, le perplessità e le note critiche suscitate dal progressivo percorso estensivo della giurisdizione contabile ai soggetti economici. Tale percorso, è percepito da alcuni Autori¹⁸⁰ come espressione di una tendenza alla sovrapposizione di pubblico e privato all'interno della quale il pubblico finisce sempre per prevalere sul privato, posto che il primo è avvertito come valore, mentre il secondo è considerato come uno strumento neutrale. Si osserva¹⁸¹, inoltre, che le società in mano pubblica sono chiamate a rispondere in base all'art. 2043 c.c., non diversamente dagli altri soggetti

¹⁸⁰ Tra gli altri, L. TORCHIA, *Responsabilità civile e responsabilità amministrativa per le società in partecipazione pubblica: una pericolosa sovrapposizione*, cit., 2.

¹⁸¹ *Ibid.*

dell'ordinamento, e per essere sottoposte a responsabilità amministrativa, in assenza di una norma espressa, occorrerebbe individuare un collegamento tra amministratori e socio pubblico analogo al tipico rapporto di servizio che lega il dipendente pubblico all'ente di appartenenza. Si configurerebbe in tal modo un'ipotesi di responsabilità ulteriore rispetto a quella di diritto comune e societario.

L'interpretazione giurisprudenziale sembra andare oltre i limiti segnati dal principio di legalità, perché nessuna norma assoggetta le società a partecipazione pubblica alla giurisdizione contabile¹⁸².

La configurazione della responsabilità amministrativa di tali soggetti presuppone uno spostamento dell'occhio del giudice dall'investitura formale del soggetto danneggiante all'attività obiettivamente svolta e alla natura (erariale) del patrimonio impiegato. Presuppone, insomma, un'immersione nella sostanza.

Ecco allora che la trasformazione dell'amministrazione e la doverosità vanno abbracciate al punto che l'una non esiste senza l'altra. E ogni affondo del pubblico nel privato esalta la funzione dell'attività svolta e la responsabilità di chi la svolge.

¹⁸² *Ibid.*

BIBLIOGRAFIA

AVALLONE, TARULLO, *Il giudizio di responsabilità amministrativo-contabile innanzi alla Corte dei conti*, Padova, 2002.

ATELLI (a cura di), *Giurisdizione della Corte dei conti e responsabilità amministrativo-contabile a dieci anni dalle riforme*, Napoli (Satura), 2005.

BARUFFI, in *Commentario breve ai Trattati della Comunità e dell'Unione europea*, Padova, 2001.

BELLAVISTA, *L'oggettività giuridica dell'agire pubblico*, Padova, 2001.

BENVENUTI, *Eccesso di potere amministrativo per vizio della funzione*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1950.

BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952.

BENVENUTI, voce *Giustizia amministrativa*, in *Enc. dir.*, vol. XIX, Giuffrè, Milano ID, voce *Giudicato (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, vol. XVIII, Giuffrè, Milano, 1969.

BENVENUTI, *Per un diritto amministrativo paritario*, in *Scritti in onore di Guicciardi*, Padova, 1975.

BENVENUTI, *Introduzione al tema*, in PARISIO (a cura di), *Potere discrezionale e controllo giudiziario*, Milano, 1998.

BENVENUTI, *Semantica di funzione*, in *Scritti giuridici*, V, Milano, Vita e pensiero, 2006.

BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Cedam, Padova, 1963.

BERTI, *Connessione e giudizio amministrativo*, Cedam, Padova, 1970.

BERTI, *Diritto e stato*, Cedam, Padova, 1986.

BERTI, *Il principio contrattuale nell'attività amministrativa*, in Scritti in onore di Giannini, Giuffrè, Milano, 1988, II.

BERTI (a cura di), *Introduzione*, in *Rapporti associativi tra amministrazioni pubbliche e imprese*, Bologna, 1994.

BERTI, *La responsabilità pubblica*, Padova, 1997.

BERTI, *La scienza del diritto amministrativo nel pensiero di Feliciano Benvenuti*, Atti del convegno di Venezia, 11 dicembre 1999, Padova.

BERTI, *Corso breve di giustizia amministrativa*, Padova, 2004.

BERTI, *Cenni sulla responsabilità pubblica tra controllo amministrativo e giurisdizione della Corte dei conti*, in Riv. Corte conti, 2005, fasc. 6, p. 338 ss.

BERTI, *Diritto amministrativo. Memorie e argomenti*, Padova, 2008.

BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione*, Bari, 2007.

BRUTI LIBERATI, *Consenso e funzione nei contratti di diritto pubblico*, Giuffrè, Milano, 1996.

BRUTI LIBERATI, voce, *Accordi pubblici*, in *Enc. dir., Agg.*, vol. V, 2 ss.

CAPUTI JAMBRENGHI, *Azione ordinaria di responsabilità ed azione di responsabilità amministrativa in materia di società in mano pubblica. L'esigenza di tutela degli interessi pubblici*, in AAVV, *Responsabilità amministrativa e giurisdizione contabile (ad un decennio dalle riforme)*, Atti del Convegno di Varenna (15-17 settembre 2005).

CASSESE - GUARINO (a cura di), *Dallo stato monoclasse alla globalizzazione*, Milano, 2001.

CARROZZA-FRACCHIA, *Appalti di lavori, attività oggettivamente amministrativa e qualificazione del soggetto*, in Foro it., 2001.

CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2006.

CORSO, *Impresa pubblica, organismo di diritto pubblico, ente pubblico: la necessità di un distinguo*, in SANDULLI M.A. (a cura di), *Organismi e imprese pubbliche*, Milano, 2004.

COSTA, *Lo stato immaginario*, Milano, 1986.

R. A. DAHL, *Who Governs? Democracy and power in an American City*, Yale University, Connecticut, New Haven.

DAHRENDORF, *Dopo la democrazia*, Roma-Bari, 2001.

D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative*, Jovene, Napoli, 1981.

D'ALBERTI, voce *Concessioni amministrative*, in *Enc. giur.*, vol. VII, Istituto dell'Enc. it. Treccani, Roma, 1988.

D'AURIA, *Brevissime in tema di giurisdizione sulla responsabilità degli amministratori di enti pubblici economici*, in *Foro it.*, 1999, I, 575.

D'AURIA, *Amministratori e dipendenti di enti economici e società pubbliche: quale "revirement" della Cassazione?* in *Foro it.*, 2005, I, p. 2676.

D'AURIA, *Responsabilità amministrativa e insindacabilità di scelte discrezionali di amministratori pubblici*, in *Foro it.*, 2001, I, 1171.

FRENI, *Golden schare, ordinamento comunitario e liberalizzazioni asimmetriche: un conflitto irrisolto*, in *Giorn. dir. amm.*, 2007.

GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, 1950.

GIANNINI, *Le imprese pubbliche in Italia*, in *Riv. soc.*, 1958, p. 227.

GIANNINI, *L'attività amministrativa*, Roma, Jandi Sapi, 1962.

GIANNINI, *L'attività amministrativa*, Jandi Sapi, Roma, 1962.

GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1970.

GIERKE, *Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtssprechung*, Berlin, 1887.

GOISIS, *Note sulla sussistenza della giurisdizione della Corte dei conti in materia di responsabilità di amministratori e funzionari di società in mano pubblica*), in *Dir. proc. amm.*, 2002, p. 432.

GOLDSCHMIDT, *Der Prozess als Rechtslage*, Julius Springer, Berlin, 1925.

GROSSI, *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Giuffrè, Milano, 1998

GUARINO, *Il governo del mondo globale*, Le Monnier, Firenze, 2000

H. L. A. HART, *The concept of law*, Oxford University Press, London, 1961.

IBBA, *Azione ordinaria di responsabilità e azione di responsabilità amministrativa in materia di società in mano pubblica. Il rilievo della disciplina privatistica*, in AAVV, *Responsabilità amministrativa e giurisdizione contabile (ad un decennio dalle riforme)*, cit, 309 ss.

IHERING, *Über Aufgabe und Methode der Rechtsgeschichtsschreibung in Entwicklungsgeschichte des römischen Rechts*, aus dem Nachlass herausgegeben von V. Ehrenberg, Breitkopf & Humblot, Leipzig, 1984, trad. it., a cura di Racinaro, *La lotta per il diritto e altri saggi*, Milano, 1989.

JELLINEK, *Gesetz und Verordnungen* 1887.

JELLINEK, *System der subjektiven öffentlichen Recht*, 1905, 2. ed.,

JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre*, Berlin, O. Häring, 1914, III libro, trad. it. a cura di Petrozziello, *La dottrina generale del diritto dello stato*, Milano, 1949.

KELSEN, *Il primato del parlamento*, Giuffrè, Milano, 1982.

LOMBARDO, *In tema di giurisdizione della Corte dei conti in ordine alla responsabilità di amministratori di società per azioni partecipate dallo stato*, in Riv. Corte conti, 2005, fasc. 1, p. 137.

LANE J.E., *Public administration and public management*, Londra, New York, Routledge.

LILLO, *La discrezionalità amministrativa tra discrezionalità e merito*, in Dir. amm., 2006, p. 1069 ss.

MANNORI-SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Bari, 2001.

MANNORI-SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Laterza, Bari-Roma, 2004

MARZUOLI-SORACE, voce *Concessioni amministrative*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. III, Utet, Torino, 1989.

MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, Leipzig, 1895-96, vol. I.

MERKL, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Julius Springer, Wien, 1927.

MERKL, *Il duplice volto del diritto*, Giuffrè, Milano, 1987.

MERUSI, *Pubblico e privato nell'istituto della responsabilità amministrativa*, in *Responsabilità amministrativa e giurisdizione contabile (ad un decennio dalle riforme)*, (Atti del convegno di Varenna, 15-17 settembre 2005), p. 112 ss;

MERUSI, *Sentieri interrotti della legalità*, Bologna, 2007.

MONTELLA, *Verso il superamento della distinzione tra "pubblica funzione" e "pubblico servizio" e conseguenze in tema di giurisdizione della Corte dei conti*, in www.amcorteconti.it;

MONTESQUIEU, *Esprit de Loix*, XI, VI, De la Constitution d'Angleterre, Paris, 1979, vol I.

OPPO, *Privatizzazioni: aspetti privatistici*, in MARASÀ (a cura di), *Profili giuridici delle privatizzazioni*, Torini, 1998.

ORLANDO, *Principi di diritto costituzionale*, Firenze, 1917

ORICCHIO, *La giustizia contabile*, Napoli, 2001.

PARISIO (a cura di), *Potere discrezionale e controllo giudiziario*, Milano, 1998

PASTORI (a cura di), *La procedura amministrativa*, Giuffrè, Milano, 1964.

R. PEREZ., *La finanza pubblica*, in *Trattato di diritto amministrativo, Diritto amministrativo generale*.

PERIN, *Alcune precisazioni sull'insindacabilità delle scelte discrezionali*, in www.lexitalia.it.

PINOTTI, *Accertamento della violazione dei principi di economicità, efficacia, pubblicità e controllo sul potere discrezionale: sezioni Unite della cassazione, atto terzo*, in www.rivistacorteconti.it, p 6.

PINOTTI, *Scelte autonome di gestione, scelte discrezionali e scelte tecniche: limiti di valutabilità nel giudizio di responsabilità amministrativa*, in AAVV, *Responsabilità amministrativa e giurisdizione contabile (ad un decennio dalle riforme)*, Atti del Convegno di Varenna (15-17 settembre 2005).

PINOTTI, *La responsabilità degli amministratori di società tra riforma del diritto societario ed evoluzione della giurisprudenza, con particolare riferimento alle società a partecipazione pubblica*, in *Rass. giur. energia elettrica*, 2004, p. 509 ss

POLICE, *La predeterminazione delle scelte amministrative*, Napoli, 1997.

PREUSS, *Gemeinde, Staat, Reich als Gebietskörperschaften*, Berlin, 1889.

RANELETTI, *Principi di diritto amministrativo*, Napoli, 1912.

RISTUCCIA, *La giurisdizione in materia di responsabilità degli amministratori degli enti pubblici economici: un vecchio problema dinanzi a nuovi scenari*, in Riv. Corte conti, 1995, IV, 1, 411 ss.

ROMANO S., *L'instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale e la sua legittimazione* (1901), in *Scritti minori*, I, *Diritto costituzionale*, Milano, 1950.

ROMANO S., *Nozione e natura degli organi costituzionali dello Stato*, 1898.

ROMANO S., *Poteri, potestà*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947.

ROMANO S., *L'ordinamento giuridico*, Firenze, 1945.

ROMANO S., *Corso di diritto costituzionale*, Padova, 1926.

G. ROSSI, *Il conflitto epidemico*, Milano, 2003.

SEIDLER, *Das juristische Kriterium des Staates*, Tübingen, 1905.

A. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1949.

M.A. SANDULLI (a cura di), *Organismi e imprese pubbliche*, Milano, 2004.

SILVESTRI, voce *Concessioni*, in *Enc. dir.*, Giuffrè, Milano, vol. VII, 1988.

SCIASCIA M., *Diritto delle gestioni pubbliche*, Milano 2007

SCHIAVELLO, *Responsabilità amministrativa*, in *Enc. dir.*, Agg., III, Milano, 1999.

SCOCA, *L'Enel spa e gli ossimori della giurisprudenza amministrativa*, in *Rass. giur. energia elettrica*, 1997, p 47 ss.

SCOCA (a cura di), *La responsabilità amministrativa e il suo processo*, Padova, 1997.

SORDI, *Tra Weimar e Vienna*, Giuffrè, Milano, 1987.

TORCHIA, *Responsabilità civile e responsabilità amministrativa per le società in partecipazione pubblica: una pericolosa sovrapposizione*”, in *Servizi pubblici e appalti*, 2006.

URSI, *Verso la giurisdizione esclusiva del giudice contabile: la responsabilità erariale degli amministratori delle imprese pubbliche*, in *Foro amm.*, 2004, II, p. 685;

VALENTINI, *Figure, rapporti, modelli organizzatori- Lineamenti di teoria dell'organizzazione*, in *Trattato di diritto amministrativo*, diretto da SANTANIELLO, Padova, 1996.