

LA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E LE “SOCIETÀ INTERMEDIE”

I - Mai si sarebbe pensato, allora, di riuscire a pubblicare [...], stante l'assenza di un apparato normativo organico, un commentario di diritto amministrativo e men che meno un codice amministrativo, che manca tuttora. Tuttavia, nel frattempo tante cose sono cambiate; oggi abbiamo la legge fondamentale sul procedimento amministrativo [l. n. 241/1990, n.d.r.], tanti testi unici ed anche un codice sul processo amministrativo[...].

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

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

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

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

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

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

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

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

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

[...] molti principi ed istituti propri del diritto amministrativo vengono utilizzati nel diritto civile, quantomeno nei confronti dei poteri privati, dove pure si registrano rapporti diseguali tra gli stessi « poteri forti ». [...]

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

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

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

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

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

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

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

- a) la legalità dei fini indica che, mentre nel diritto privato vige il principio dell'autonomia dei fini, cui la legge pone quali unici limiti la liceità e la meritevolezza dell'interesse perseguito, lasciando il privato, appunto, libero di curare i propri interessi, per i soggetti pubblici i fini sono predeterminati dalla legge;
- b) la legalità dei mezzi indica che, mentre nel diritto privato vige il principio della atipicità contrattuale, nel diritto amministrativo vi è una tipizzazione normativa dei mezzi dell'azione amministrativa, con la conseguenza che l'amministrazione non può ricorrere a poteri giuridici che non le vengono conferiti dall'ordinamento;
- c) il controllo della discrezionalità indica che, per merito del Consiglio di Stato francese, l'azione concreta dell'amministrazione è stata dapprima sottoposta ad un controllo essenzialmente equitativo e, solo a seguito del riconoscimento per legge del vizio di eccesso di potere, si è tradotta in un vizio di legittimità dell'atto;
- d) il valore di regola invalidante di ogni violazione di legge indica che, mentre nel sistema civilistico la violazione di legge dà luogo ad annullabilità soltanto quando vi sia in tal senso un'espressa previsione, nel diritto amministrativo ogni violazione di legge o di regolamento dà luogo ad annullabilità;

- e) il carattere generale della tutela costitutiva indica che, mentre il sistema civilistico pone al centro la tutela risarcitoria e da inadempimento, relegando la tutela costitutiva ad ipotesi tipiche ed eccezionali, nel diritto amministrativo la tutela costitutiva ha carattere generale;
- f) l'ampiezza degli interessi tutelati indica che, mentre nel sistema civilistico il catalogo degli interessi giuridicamente rilevanti è inevitabilmente limitato, nel diritto amministrativo gli interessi che assumono rilevanza giuridica di fronte all'amministrazione sono più ampi.

[...]

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

La pluralità delle fonti normative e le nuove tecniche nella produzione normativa; i nuovi compiti assegnati dal codice di procedura all'opera interpretativa del giudice amministrativo; l'attività ricostruttiva della dottrina e la crisi delle categorie giuridiche civilistiche; la frammentazione dell'interesse pubblico; la crisi dello stato nazionale; l'attività amministrativa di derivazione comunitaria, spesso in collisione con quella domestica; il nuovo modo di partecipazione dei cittadini alla vita politico-amministrativa della comunità di riferimento; la centralità del governo dell'economia pubblica e la crisi economica, tutto questo, ed altro ancora, impone una rivisitazione di ciascuno dei principi fondanti il diritto amministrativo.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Proprio gli studi sull'impresa hanno messo in evidenza come l'organizzazione abbia una rilevanza giuridica in sé, chiarendo che il diritto delle società si avvia ad essere il diritto dell'impresa organizzata e che risulta

importante porre l'accento non più sul fatto che genera l'organizzazione, bensì sull'organizzazione che produce l'attività di impresa.

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

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

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

[...]

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

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

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

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

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

L'ultimo corollario conferma anche quanto sopra esposto, ossia che tutto si sposta nel versante della tutela giudiziale, laddove il giudice, al fine di stabilire la tutela possibile, deve individuare il comportamento attuato, la forma in cui esso si è realizzato e l'effetto giuridico conseguito o subito dal soggetto che reclama tutela. Quindi, a tacere dei problemi legati alla individuazione della giurisdizione, le categorie storiche del diritto soggettivo e dell'interesse legittimo hanno solo una funzione 'indicativa' per il giudice, che deve sempre reperire lo strumento più adatto a fornire la tutela massima nel caso singolo.

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

A questo va aggiunto che non solo la legge impone al sistema una concezione larga di pubblica amministrazione, ma consente di attribuire una crescente considerazione, nel pluralismo voluto dalla Costituzione, ai 'centri di riferimento' di interessi pubblici, che non sempre assumono i connotati formali dell'ente pubblico, eppure curano interessi superindividuali o oggettivamente pubblici.

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

XI – [...] Sul piano giuridico il punto nodale è la risposta da dare all'interrogativo se il diritto amministrativo deve fondarsi sulla natura dell'interesse, pubblico o privato, oppure sulla necessaria presenza di una legge che abiliti una pubblica amministrazione a curarlo.

[...] La conclusione sembra essere che la cura di un interesse pubblico può essere intrapresa da un qualunque soggetto rientrante nell'autonomia collettiva ma, se esso vuole utilizzare gli strumenti del diritto amministrativo, vi deve essere una norma che, almeno a certi fini, lo abiliti ad utilizzare il procedimento e le sue regole. [...]

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

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

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

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

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

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

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

(Brano tratto da Gianpiero Paolo Cirillo, in *Il Foro Amministrativo*, n. 12/2017, pp. 2509 ss.)