

FABIO SAIITA

STRUTTURE E STRUMENTI PRIVATISTICI DELL'AZIONE AMMINISTRATIVA (*)

SOMMARIO: 1. Individuazione dell'oggetto dell'indagine e premesse metodologiche. — 2. Attività amministrativa e diritto privato: punti fermi e questioni problematiche. — 3. Dalla dicotomia pubblico-privato all'intreccio delle regole e delle discipline, passando per privatizzazioni e (ri)pubblicizzazioni. — 4. Le (ondivaghe) indicazioni contenute nella legge sul procedimento amministrativo. — 5. Alla ricerca di nuovi criteri per l'individuazione del regime giuridico (pubblicistico ovvero privatistico) applicabile: flessibilità *versus* certezza? — 6. Considerazioni conclusive (inevitabilmente problematiche): dalla « grande dicotomia » ad una risistemazione condivisa?

1. *Individuazione dell'oggetto dell'indagine e premesse metodologiche.*

A dispetto del titolo del presente saggio — evocativo di un tema che ricomprende sia quel fenomeno che Antonio Amorth chiamava attività amministrativa di diritto privato (1), sia le figure soggettive formalmente privatistiche ma sostanzialmente pubbliche che ormai da anni imperversano nel nostro Paese, ponendo numerosi problemi di disciplina e serie questioni dogmatiche di fondo (2) — è mia intenzione circoscrivere il discorso nei termini di una descrizione per linee generali, sia pure problematica e non priva di spunti critici, dei percorsi — come si dirà, talvolta contraddittori — e delle tendenze dell'atteggiarsi del rapporto tra

(*) Testo, rivisto ed aggiornato, della relazione al Convegno su: « Amministrazioni pubbliche e forme privatistiche » - Catanzaro, 29-30 giugno 2016.

(1) *Osservazioni sui limiti dell'attività amministrativa di diritto privato*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1938, 455 ss., ora in *Scritti giuridici*, Milano, 1999, I, 271 ss.

(2) G. GRECO, *Introduzione*, in ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI PROFESSORI DI DIRITTO AMMINISTRATIVO, *Annuario 2013* (Atti del Convegno su: « Le amministrazioni pubbliche in forma privatistica » - Milano, 27-28 settembre 2013), Napoli, 2014, 1-2.

diritto pubblico e diritto privato nelle pubbliche amministrazioni, senza nemmeno soffermarmi sulle ricadute in punto di tutela giurisdizionale dell'inquadramento delle attività amministrative a regime privatistico (3).

2. *Attività amministrativa e diritto privato: punti fermi e questioni problematiche.*

La tematica dell'utilizzo di strutture e strumenti privatistici da parte delle pubbliche amministrazioni e del difficile rapporto tra pubblico e privato è nota a tutti.

In estrema sintesi (4), può dirsi che, specie negli ultimi venticinque anni, l'ordinamento pubblicistico è stato interessato da un massiccio fenomeno di privatizzazione, che ha riguardato sia l'organizzazione che l'attività, cioè sia i soggetti, trasformati da enti pubblici in persone giuridiche private, che i rapporti, ora connotati dalla crescente utilizzazione, nell'azione amministrativa, di moduli consensuali o comunque mutuati dal diritto privato (5). Fenomeno assai complesso, che si è tradotto, sostanzialmente:

(3) Su quest'ultimo tema si era diffuso, al termine di un'ampia indagine sulle situazioni giuridiche soggettive implicate nell'attività della pubblica amministrazione che si svolge nelle forme del diritto privato, il mio compianto Maestro: A. ROMANO TASSONE, *Funzione amministrativa e diritto privato (il problema delle situazioni giuridiche soggettive)*, in *Scritti in onore di V. Spagnuolo Vigorita*, Napoli, 2007, III, 1195 ss. Più recentemente, sulla nozione di « pubblica amministrazione » nel sistema di giustizia amministrativa italiano si è soffermato E. PICOZZA, *Il concetto di pubblica amministrazione tra arbitrato e giudizio di ottemperanza*, in *Riv. arb.*, 2015, 449 ss. Per più ampi approfondimenti sul tema del Convegno, oltre ai lavori che sono già stati richiamati e/o verranno citati nel prosieguo, si segnalano i seguenti volumi collettanei: *Pubblico e privato nell'organizzazione e nell'azione amministrativa* (Atti del Convegno di Trento, 7-8 giugno 2012), a cura di G. Falcon e B. Marchetti, Padova, 2013; *Pubblico e privato oltre i confini dell'amministrazione tradizionale* (Atti del Seminario di Trento, 17 dicembre 2012), a cura di B. Marchetti, Padova, 2013.

(4) Si utilizza a tal fine la schematizzazione di S. DEL GATTO, *L'uso degli strumenti privatistici da parte delle pubbliche amministrazioni; organismo di diritto pubblico, società pubbliche e « in house providing »*, in *Lezioni di diritto amministrativo progredito*, a cura di L. Torchia, 2ª ed., Bologna, 2012, 100-101.

(5) P. CHIRULLI, *Autonomia pubblica e diritto privato nell'amministrazione. Dalla specialità del soggetto alla rilevanza della funzione*, Padova, 2005, 579.

— nella pluralizzazione delle figure soggettive utilizzate dalla legislazione amministrativa, connotata dall'uso, sempre più frequente, di strumenti tipici del diritto privato da parte dell'ordinamento amministrativo;

— nella privatizzazione — mediante trasformazione in società per azioni, associazioni o fondazioni — di preesistenti soggetti pubblici, operanti soprattutto (ma non solo) nei settori dell'economia;

— nell'apertura delle pubbliche amministrazioni alla collaborazione con i privati per l'esercizio di funzioni pubbliche, l'approvvigionamento di beni, servizi e forniture e la gestione di servizi pubblici.

Ciò è avvenuto perché:

— gli strumenti privatistici sono considerati più flessibili e, privi dei condizionamenti derivanti dalle specifiche regole di gestione dell'attività amministrativa, maggiormente rispondenti ai principi di efficienza ed efficacia (6);

— le esigenze di risanamento della finanza pubblica sono divenute sempre più pressanti, tanto da costringere l'ente pubblico ad ammettere la propria incapacità di perseguire da solo gli interessi pubblici, finendo per trasfigurare l'immagine che dà di sé alla propria comunità (7);

— con l'apertura al mercato, si veniva incontro alle istanze del diritto comunitario, che impone di rispettare i principi di concorrenza e non discriminazione;

— si è sempre più diffusa l'idea che l'agire consensuale sia preferibile a quello autoritativo (8).

Il fenomeno — invero assai risalente nel tempo (9) nella

(6) C. FRANCHINI, *I contratti della pubblica amministrazione tra diritto pubblico e diritto privato*, in ID. (a cura di), *I contratti con la pubblica amministrazione*, Torino, 2007, 54.

(7) S. VALAGUZZA, *Le sponsorizzazioni pubbliche: le insidie della rottura del binomio tra soggetto e oggetto pubblico e la rilevanza del diritto europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2015, 1403-1404.

(8) Come diceva l'indimenticato F. PUGLIESE, descrivendo le trasformazioni indotte dalla legge sul procedimento amministrativo, «l'autorità si stempera nel consenso»: *Sull'amministrazione consensuale. Nuove regole, nuova responsabilità* (1995), Napoli, 2013, 28.

(9) Ancorché in passato il ricorso agli strumenti privatistici fosse avvenuto in modo incompleto in quanto non si era del tutto abbandonata l'idea dell'ammini-

misura in cui l'interferenza del diritto privato con la disciplina pubblicistica è praticamente coeva alla formazione del nostro sistema amministrativo, « nel quale la sintesi perfetta tra struttura e funzione, tra natura del soggetto e regime dell'attività, è sempre stata più ideale che reale, così come la stessa rigida separazione fra diritto pubblico e diritto privato » (10) — ha assunto negli ultimi decenni dimensioni davvero considerevoli, tanto da indurre autorevole dottrina a parlare di vera e propria « ossessione » dell'attuale diritto positivo italiano (11) ovvero di « virus consensualistico » (12).

Nelle più compiute sistemazioni della materia, che si devono allo studioso che maggiormente si è occupato di questi temi e non a caso presiede la prima sessione di questo Convegno, si evidenzia, peraltro, come, prim'ancora dei più recenti interventi legislativi (*in primis*, quelli del 2005, di riforma della legge sul procedimento amministrativo (13)), pur in presenza di una legislazione pubblicistica nel suo complesso pervasiva, fossero rimaste aree, anche assai estese ed importanti, dell'azione amministrativa nelle quali si utilizzavano gli strumenti del diritto comune: le situazioni patrimoniali (proprietà, altri diritti reali, diritti di credito) formatesi in capo agli enti pubblici in virtù di fatti giuridici di diritto comune; i contratti; l'illecito; le obbligazioni (14).

Il quadro che ho provato a descrivere sommariamente risulterebbe, però, incompleto se si sottacesse che, in molti casi, il legislatore, la giurisprudenza e le stesse pubbliche amministrazioni, vanificando o distorcendo le finalità perseguite attraverso l'utilizzo degli strumenti privatistici (15), hanno sostanzialmente

strazione titolare di una posizione di supremazia e si erano, conseguentemente, imposte deroghe ed eccezioni al diritto comune: C. FRANCHINI, *op. cit.*, 55.

(10) P. CHIRULLI, *op. cit.*, 578.

(11) F. MERUSI, *Il diritto privato della pubblica amministrazione alla luce degli studi di Salvatore Romano*, in questa *Rivista*, 2004, 651.

(12) F. CANGELLI, *Riflessioni sul potere discrezionale della pubblica amministrazione sugli accordi con i privati*, in questa *Rivista*, 2000, 277 ss.

(13) Sui quali v. *infra*, § 4.

(14) V. CERULLI IRELLI, *Diritto privato dell'amministrazione pubblica*, Torino, 2008, 19 ss.; *Id.*, *Amministrazione pubblica e diritto privato*, Torino, 2011. Ad entrambi i lavori si rinvia per più specifici approfondimenti.

(15) Così S. DEL GATTO, *op. cit.*, 101.

rinnegato la natura privata del soggetto in ragione della c.d. « natura delle cose » (16).

Si allude alla « risacca pubblicistica » registrata, specie nell'ambito dei servizi pubblici, negli ultimi anni del secolo scorso, quando, a dispetto del diffuso convincimento che, a far data dalla legge sulle autonomie locali del 1990, il sistema fosse destinato ad un radicale cambiamento con la societizzazione di tutte le gestioni, il quadro appariva sostanzialmente immutato: la titolarità pubblica locale dei servizi, il rilievo essenziale del controllo pubblico diretto (non regolatorio), la procedimentalizzazione di ogni passaggio relativo alla gestione erano rimasti nei tratti essenziali gli stessi delle precedenti gestioni pubbliche (17). Il modello societario, in sostanza, veniva « progressivamente modificato con l'inserimento di elementi squisitamente pubblicistici » (18). E se inizialmente la pubblicizzazione sembrava confinata ai momenti dell'immissione di un privato nel servizio ed alla relazione tra ente pubblico affidante e soggetto privato affidatario, successivamente il campo riconquistato al pubblico si è ampliato e l'onda privatizzatrice è stata assorbita dalla risacca pubblicistica, che « ha fatto delle società le nuove aziende municipalizzate » (19).

Senza indugiare oltre sullo specifico tema delle società pubbliche, che forma oggetto delle successive relazioni, è evidente che un'indagine sull'articolata evoluzione del rapporto pubblico-pri-

(16) Ormai celebre espressione, felicemente applicata da F. MERUSI, *La natura delle cose come criterio di armonizzazione comunitaria nelle disciplina sugli appalti*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1997, 39 ss.. Per maggiori approfondimenti sul filone che individua nella « natura delle cose » il fondamento delle regole giuridiche, prospettando il superamento sia del giusnaturalismo che del legalismo e delle sue derive formalistiche, N. BOBBIO, *La natura delle cose come forma giuridica di pensiero*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1941, 154 ss.. Il pensiero del filosofo torinese è stato recentemente ripreso e sviluppato da L. PATRUNO, *La "natura delle cose"*, in *Arch. dir. e storia cost.*, 2007, 35 ss.

(17) M. DUGATO, *L'imperturbabile stabilità dei servizi pubblici e l'irresistibile forza dell'ente pubblico*, in *Munus*, 2012, 505 ss.

(18) M. CAMMELLI - A. ZIROLDI, *Le società a partecipazione pubblica nel sistema locale*, Rimini, 1999, 57.

(19) M. DUGATO, *op. cit.*, 506. In argomento, di recente, anche G. PIPERATA, *I servizi pubblici locali tra ri-municipalizzazione e de-municipalizzazione*, in *Munus*, 2016, V ss.; F. FRACCHIA, *Pubblico e privato nella gestione dei servizi pubblici locali: tra eternalizzazione e municipalizzazione*, in *www.federalismi.it*, n. 14/2016.

vato nell'esercizio delle funzioni pubbliche non può far a meno di considerare che, nello stesso periodo in cui si privatizzava, in buona parte si (ri)pubblicizzava. Alla crescita esponenziale, tra i soggetti deputati alla cura di interessi generali, di persone giuridiche dichiaratamente di diritto privato si accompagnava, infatti, la rivisitazione del quadro normativo applicabile in via generale ai soggetti stessi, finalizzata a valorizzare le peculiarità specifiche derivanti dalla natura pubblica degli interessi curati in forme privatistiche.

In altri termini, la sempre più frequente penetrazione dei moduli privatistici nell'azione amministrativa ha finito per determinare una reazione del legislatore che, al fine di tutelare interessi che sarebbero stati compromessi dall'applicazione delle sole regole del diritto comune (20), ha esteso singole discipline dettate per amministrazioni ed enti pubblici ad operatori formalmente — e talvolta anche sostanzialmente — privati; l'opera di ripubblicizzazione è poi stata completata dalla giurisprudenza, che ha proceduto ad una complessiva riqualificazione pubblica dei soggetti privati, assoggettandoli al diritto amministrativo (21).

Un legislatore che si è mosso, dunque, in modo contraddittorio, nella misura in cui, dopo aver fatto ricorso ai modelli privatistici in virtù della loro attitudine efficientistica, dovuta anche alla capacità di sottrarsi ai significativi vincoli imposti all'azione pub-

(20) Tra i motivi ricorrenti che sono alla base di tali resistenze alla sempre più estesa utilizzazione di soggetti privati e di norme di diritto privato per l'amministrazione pubblica, sono stati individuati anche il timore che ciò potesse favorire la corruzione e l'asserita debolezza degli strumenti privatistici per assicurare la tutela dei terzi: M. D'ALBERTI, *Poteri regolatori tra pubblico e privato*, in ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI PROFESSORI DI DIRITTO AMMINISTRATIVO, *Annuario 2013*, cit., 199 ss.; V. PARISIO, *Forma privatistica e sostanza pubblicistica: modello societario e gestione dei servizi pubblici locali*, in *Pubblico e privato nell'organizzazione e nell'azione amministrativa*, a cura di G. Falcon e B. Marchetti, cit., 199-200, la quale rileva che, nell'ambito dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, le società miste, ed in particolare quelle strumentali e quelle *in house*, erano spesso costituite al solo scopo di eludere i vincoli di finanza pubblica. In tema, di recente, anche F. ASTONE-F. MARTINES, *Principio di legalità ed attività di diritto privato delle amministrazioni pubbliche*, in *Dir. econ.*, 2016, 109 ss.

(21) Il fenomeno è ben descritto da G. NAPOLITANO, *Soggetti privati «enti pubblici»?*, in *Studi in onore di G. Berti*, Napoli, 2005, II, 1695 ss., fortemente critico nei confronti di questa ridefinizione in termini pubblicistici di soggetti a tutti gli effetti privati.

blica da una disciplina non del tutto in linea con le istanze del mercato europeo e globale, ha poi sovente riconsiderato pubbliche amministrazioni i soggetti privati esercenti pubbliche funzioni (22). Con l'avallo della giurisprudenza, si è così verificato un vero e proprio « sconfinamento » del diritto amministrativo sul terreno tradizionalmente proprio del diritto privato, fenomeno che non è passato inosservato nemmeno a coloro che avevano ipotizzato la privatizzazione del diritto amministrativo (23) e che si è realizzato attraverso:

— la sottolineatura del carattere funzionalizzato dell'attività amministrativa (ancorché) svolta in forme privatistiche;

— la riqualificazione in termini pubblicistici, sovente indebita e semplicistica, di soggetti privati impegnati in attività di rilievo generale;

— l'individuazione e l'isolamento di segmenti di rilievo generale all'interno dell'azione di tali soggetti (24).

Tale curioso andirivieni pubblico-privato non sembra arrestarsi, tant'è che meno di un mese fa, constatato che, mentre partiva il programma delle privatizzazioni, venivano cedute quote di Poste italiane alla Cassa depositi e prestiti, un noto giornalista non poteva far a meno di osservare che « [è] sempre meno facile capire verso dove si stia spostando l'Italia nell'equilibrio fra poteri pubblici, manager per conto dello Stato e spazio del mercato » (25).

Descritto per sommi capi il fenomeno, prima di affrontare il tema del mutato rapporto tra diritto pubblico e diritto privato nell'organizzazione e nell'attività delle pubbliche amministrazioni, è indispensabile porre alcuni punti fermi per orientare l'indagine.

Per quanto possa dirsi ormai acquisito che, non soltanto non

(22) M.G. DELLA SCALA, *Società legali pubbliche e attività amministrativa di diritto privato*, in *Studi in onore di A. Romano*, Napoli, 2011, I, 198-199.

(23) Si veda, per tutti, l'interessante dialogo a distanza tra M. MAZZAMUTO, *La riduzione della sfera pubblica*, Torino, 2000, e M. DUGATO, *La riduzione della sfera pubblica?*, in questa *Rivista*, 2002, 169 ss.

(24) D. MARRAMA, *Soggetti "legali" e autonomia privata. Sui limiti dei poteri legislativi e dell'interpretazione*, Torino, 2012, 4-5.

(25) F. FUBINI, *Statalismo e mercato, se l'equilibrio è instabile*, in *Corriere della sera*, 1 giugno 2016.

v'è antinomia tra esercizio della funzione pubblica e moduli di diritto privato (26), ma addirittura la cura dell'interesse generale può spesso essere garantita a migliori condizioni utilizzando strumenti privatistici (27), va considerato, in primo luogo, che anche l'attività amministrativa c.d. di diritto privato « è tutta indistintamente “funzione” (intendendosi per tale, ovviamente, l'attività destinata a soddisfare interessi che trascendono la sfera giuridica del titolare del potere) », ragion per cui è inevitabile una « tendenziale “specialità” che finisce in qualche modo per connotare, in misura più o meno ampia, gli strumenti privatistici là dove siano adoperati dalla p.a. » (28).

Com'è stato acutamente notato, tale specialità non discende soltanto dalla legge, che assai di rado disciplina i rapporti di diritto privato delle pubbliche amministrazioni utilizzando puramente e semplicemente le sole regole di diritto privato, ma anche dall'applicazione giudiziale di queste ultime, quasi mai del tutto indifferente rispetto al carattere pubblico di una delle parti del rapporto (29).

Sicura funzionalizzazione dell'attività amministrativa, ancorché svolta mediante l'esercizio di poteri privati, che non implica, tuttavia, funzionalizzazione del singolo episodio di attività amministrativa, ciò che del resto risulterebbe poco compatibile con l'aspirazione ad un'amministrazione « di risultato » (30) che ormai da tempo indirizza l'attività del nostro legislatore e le stesse

(26) Nel senso che l'amministrazione, come soggetto giuridico, può agire non solo in forma autoritativa, ma anche in base ai modelli interpretati, restando soggetta in quest'ultimo caso alle medesime regole vigenti per i privati nei loro rapporti, Cons. St., Sez. VI, 17 marzo 2014, n. 1312, in www.giustizia-amministrativa.it.

(27) F. DE LEONARDIS, *Soggettività privata e azione amministrativa. Cura dell'interesse generale e autonomia privata nei nuovi modelli di amministrazione*, Padova, 2000, 291-292.

(28) A. ROMANO TASSONE, *op. cit.*, 1211.

(29) Così sempre A. ROMANO TASSONE, *op. cit.*, 1212-1213, il quale fa l'esempio del pubblico impiego contrattualizzato, nel cui ambito il giudice del lavoro sembra pretendere dalle pubbliche amministrazioni l'osservanza di *standard* di buona fede oggettiva più intensi ed elevati rispetto al datore di lavoro privato.

(30) Nozione sulla quale, *ex plurimis*, A. ROMANO TASSONE, *Sulla formula “amministrazione per risultati”*, in *Scritti in onore di E. Casetta*, Napoli, 2001, II, 813 ss.; M. IMMORDINO - A. POLICE (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, Torino, 2003.

elaborazioni dottrinali e giurisprudenziali: « il perseguimento dell'interesse pubblico può addirittura esigere la non immediata funzionalizzazione del singolo atto dell'amministrazione » (31).

A ragione, pertanto, è stato sottolineato come privati possano essere gli strumenti utilizzati dalle pubbliche amministrazioni, giammai i poteri, che restano sempre amministrativi anche quando vengano trasfusi in un atto consensuale (come, ad es., un accordo ai sensi dell'art. 11 della legge n. 241 del 1990): nell'ambito delle pubbliche amministrazioni, pertanto, non sono configurabili né poteri di diritto comune né autonomia privata (32).

In altri termini, come lo stesso Cerulli Irelli, tra i più convinti sostenitori dell'introduzione di un più intenso utilizzo del diritto privato da parte delle pubbliche amministrazioni, non ha mancato di ricordare, l'azione amministrativa non potrà mai essere totalmente equiparata a quella dei soggetti privati, « perché essa resta un'azione a servizio degli interessi della collettività e quindi in principio non libera né autonoma ma sempre finalizzata al raggiungimento di obiettivi e risultati prestabiliti e comunque controllabili »; proprio per questo, essa è governata, oltre che dal principio di economicità e di sana gestione finanziaria, dai principi di imparzialità e buon andamento che condizionano qualsivoglia processo di privatizzazione della sua azione (33).

Ben può dirsi, pertanto, che, a prescindere dai soggetti che vi siano preposti, nello svolgimento dell'attività amministrativa si applicano sempre gli stessi principi e criteri, come del resto

(31) A. ROMANO TASSONE, *Funzione amministrativa*, cit., 1213, il quale osserva che « proprio in questa sottrazione ad un legame teleologico diretto con il pubblico interesse si indica correttamente lo scopo della "privatizzazione" del pubblico impiego ».

(32) F.G. SCOCA, *op. cit.*, 46; *amplius*, Id., *Autorità e consenso*, in questa *Rivista*, 2002, 431 ss., spec. 451 ss.; Id., *Attività amministrativa*, in *Enc. giur.*, Agg., VI, Milano, 2002, 75 ss., spec. 108-112.

(33) *Innovazioni del diritto amministrativo e riforma dell'amministrazione. Introduzione*, in ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI PROFESSORI DI DIRITTO AMMINISTRATIVO, *Annuario 2002*, cit., 5-8; Id., *Considerazioni introduttive alla seconda giornata di convegno*, in ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI PROFESSORI DI DIRITTO AMMINISTRATIVO, *Annuario 2013*, cit., 199 ss.. Sull'applicazione (e l'adattamento) di tali principi all'attività amministrativa svolta da soggetti privati, da ultimo, I. PIAZZA, *La disciplina dell'attività amministrativa di soggetti privati tra autonomia organizzativa e garanzie degli amministrati*, in questa *Rivista*, 2015, 541 ss., spec. 550-555.

stabilisce ormai chiaramente l'art. 1, comma 1-ter, della legge sul procedimento amministrativo (34): ne consegue, *de plano*, che la circostanza che, nello svolgimento delle attività delle pubbliche amministrazioni, si possano potenzialmente impiegare le diverse figure soggettive offerte dal mondo delle persone del diritto privato non deve far dimenticare che l'esigenza di assicurare l'affermazione ed il rispetto dei principi e delle garanzie della funzione si riverbera inevitabilmente anche sull'organizzazione dei soggetti privati, che della funzione stessa è servente (35).

Il che non significa, peraltro, che non si possa — e, non soltanto a mio avviso, debba — individuare anche un nucleo essenziale ed incomprimibile di elementi caratterizzanti dell'autonomia privata non intaccabile dal legislatore in virtù di presunte esigenze di equilibrio complessivo dell'ordinamento generale (36).

Si tratta di un primo punto fermo che consente di individuare il principale problema su cui indagare: « fino a che punto uno strumentario giuridico, connotato essenzialmente da un incontro libero di volontà che decidono l'assetto di interessi disponibili, possa essere adeguatamente utilizzato nelle fattispecie in cui una parte non ha la disponibilità dell'interesse, esercita un'attività doverosa » (37).

3. *Dalla dicotomia pubblico-privato all'intreccio delle regole e delle discipline, passando per privatizzazioni e (ri)pubblicizzazioni.*

I suddescritti mutamenti hanno rivitalizzato il dibattito intorno al rapporto tra diritto pubblico e diritto privato, oggi non più configurato esclusivamente in termini di dicotomia o contrapposizione.

Non essendo qui possibile ripercorrere tutte le tappe dell'evoluzione di tale rapporto, da taluno ricostruito sin dall'antichità

(34) Su cui v. *infra*, § 4.

(35) G. PASTORI, *Considerazioni conclusive*, in ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI PROFESSORI DI DIRITTO AMMINISTRATIVO, *Annuario 2013*, cit., 206.

(36) D. MARRAMA, *op. cit.*, 294-295.

(37) G. ROSSI, *Principi di diritto amministrativo*, Torino, 2010, 261.

classica (38) ed oggetto di attenzione da parte di svariate discipline (39) e di studiosi di altri paesi europei (40), ci si limita a segnalare che, oltre un decennio orsono, a questi temi è stata dedicata una pregevole monografia, che prende le mosse proprio dalla declinazione della dicotomia pubblico-privato descritta da Norberto Bobbio negli anni '80 del secolo scorso (41) per pervenire alla configurazione di un sistema nel quale « [r]egole di integrazione complesse e variabili danno luogo [...] a continui intrecci e sovrapposizioni di discipline » e « [p]ubblico e privato [...] costituiscono semplici termini di riferimento convenzionale di corpi normativi originariamente o elettivamente concepiti per disciplinare rispettivamente la sfera pubblica e l'autonomia dei privati »: un sistema, insomma, in cui il fenomeno amministrativo è « ormai retto da combinazioni variamente articolate di norme pubbliche e regole civilistiche » e che non si presta più ad essere letto attraverso la lente della « grande dicotomia » (42).

Non ho alcuna difficoltà ad ammettere l'attuale impronibilità di una visione rigidamente dicotomica, secondo la quale — com'è ben stato descritto con un'efficace metafora — « il paesaggio giuridico, quali che se ne considerino estensione ed elementi costitutivi, si dividerebbe in pubblico e privato un po' come il globo si divide in emisfero settentrionale e meridionale. Sarebbe sufficiente oltrepassare l'equatore, spostandosi di un'inezia, in una direzione o nell'altra, e il paesaggio, improvvisamente, non sarebbe più lo stesso: uomini e cose presenterebbero ben diversi

(38) Cfr. M. TUCCI, *L'amministrazione tra pubblico e privato e il principio di legalità dall'antichità ai giorni nostri. Aspetti ricostruttivi e prospettive di sviluppo*, Milano, 2008.

(39) Cfr., ad es., I. PUPOLIZIO, *Materiali per uno studio sociologico della distinzione tra diritto pubblico e diritto privato*, in *Soc. dir.*, 2012, 7 ss.

(40) Tra le opere straniere più recenti, merita di essere segnalata l'ampia monografia di C. CAMUS, *La distinction du droit public et du droit privé et le conflit de lois*, Paris, 2015.

(41) *La grande dicotomia: pubblico/privato* (1980-1982), ora in *Stato, governo, società. Per una teoria generale della politica*, Torino, 1985, 3 ss. Per una rivisitazione dell'opera del filosofo torinese, cfr. I. PUPOLIZIO, *Per un modello teorico della « grande dicotomia » tra diritto pubblico e diritto privato*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2013, 343 ss.

(42) G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003. Le frasi riportate nel testo si trovano a pag. 235.

aspetti; i modi di agire sarebbero irriconoscibili; e lo stesso linguaggio muterebbe a tal punto da rendere (poco meno che) incomunicanti due mondi pur confinanti » (43).

Il regime pubblicistico è ormai da tempo non soltanto (quantitativamente) diminuito, ma soprattutto (qualitativamente) mutato perché in esso i tradizionali strumenti autoritativi e quelli di diritto comune stanno via via assumendo un valore tendenzialmente equivalente (44) e, specie in alcuni settori, non sono rigidamente separabili (45).

Può ben dirsi, dunque, che la preferenza per il diritto pubblico è oggi, salvo qualche eccezione (46), rifiutata (47).

Ma ciò non significa che la contrapposizione tra attività amministrativa di diritto pubblico e di diritto privato sia stata del tutto superata (48), anche perché l'impatto del diritto privato non è uguale in tutti i settori. Si pensi, ad es., all'aziendalizzazione delle u.s.l., che ha comportato problemi ben maggiori di quelli posti da una qualsiasi altra privatizzazione di strutture o soggetti pubblici, tanto da indurre a ritenere che il modello dell'azienda sanitaria sia, in sostanza, un modello atipico non raffrontabile con altre forme di azienda: si tratta, infatti, di un soggetto pubblico che, in forza dell'autonomia imprenditoriale, utilizza gli strumenti privatistici (49) al fine di assicurare la tutela della salute come diritto fondamentale dell'individuo ed interesse primario della

(43) E. MAURO, *Note in tema di diritto amministrativo paritario*, Lecce, 2007, 13. Secondo l'A., peraltro, l'utilità almeno di una separazione tra diritto pubblico e privato non è del tutto venuta meno perché può agevolare la riduzione in due sole classi dell'infinita varietà delle entità giuridiche, continua ad essere un'importante chiave di lettura storiografica ed ha un punto di forza proprio nella sua mutevolezza (*ivi*, 24-29).

(44) A. PAJNO, *Diritto pubblico e diritto privato*, in ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI PROFESSORI DI DIRITTO AMMINISTRATIVO, *Annuario 2002*, cit., 59.

(45) Si pensi, ad es., all'attività contrattuale: E. MORLINO, *I contratti pubblici*, in *Lezioni di diritto amministrativo progredito*, a cura di L. Torchia, cit., 237 ss.

(46) Su cui *infra*, § 6.

(47) *Ex multis*, V. CERULLI IRELLI, *Diritto amministrativo e diritto comune: principi e problemi*, in *Scritti in onore di G. Guarino*, Padova, 1998, I, 553.

(48) B. ARGIOLOS - B.G. MATTARELLA, *Attività amministrativa e moduli convenzionali*, in C. FRANCHINI (a cura di), *op. cit.*, 78.

(49) *In primis*, l'atto aziendale, atto di macro-organizzazione qualificato « di diritto privato » dallo stesso legislatore: Cons. St., Sez. III, 28 aprile 2016, n. 1631, in www.giustizia-amministrativa.it.

collettività. Da qui la condivisibile affermazione che il regime giuridico del S.S.N. non è ispirato a criteri di totale privatizzazione, restando troppo rilevante ed essenziale il servizio reso: non può subordinarsi a principi totalmente privatistici la funzione di tutela della salute pubblica (50).

Dunque, se parlare ancora di contrapposizione tra diritto pubblico e diritto privato può apparire eccessivo, non è un fuor d'opera affermare che le privatizzazioni non hanno affatto eliminato la concorrente presenza di una disciplina pubblicistica e si assiste ad una proliferazione di soggetti difficilmente inquadrabili sia nelle forme pubblicistiche tradizionali che in quelle *tout court* privatistiche, per i quali si è utilizzata la formula della pubblicità di tipo debole, la quale indica la contaminazione, con diverse gradazioni da caso a caso, dei modelli privatistici con una disciplina derogatoria di diritto pubblico (51). Privatizzazione del pubblico e pubblicizzazione del privato, del resto, erano già stati ritenuti nient'affatto incompatibili l'un con l'altro dallo stesso Bobbio, che parlava di reciproca compenetrazione dei due processi (52).

Va, piuttosto, adeguatamente considerata l'esigenza — recentemente rappresentata da attenta dottrina — di contenere entro limiti giuridici anche l'esercizio dei poteri privati, al fine di proteggere sia i diritti fondamentali di libertà che quelli di autonomia: se si conviene, infatti, sul fatto che una società può dirsi davvero aperta e libera solo quando al suo interno non esiste un potere, pubblico o privato, in grado di minacciare le libertà fondamentali degli individui, non possono non ravvisarsi pericoli di dispotismo nell'esercizio incontrollato di alcuni poteri privati: in particolare, « i poteri economici (monopoli o concentrazioni abusive), il potere del lavoro (alcune nicchie professionali e taluni servizi strategici nella società post-industriale), il potere di certa

(50) Sul punto, sia consentito rinviare, anche per i riferimenti dottrinali, a F. SAITTA, *L'organizzazione della salute: uno sguardo al (recente) passato per costruire il futuro*, in *Munus*, 2015, 366-368. *Amplius*, M. CONTICELLI, *Privato e pubblico nel servizio sanitario*, Milano, 2012.

(51) P. CHIRULLI, *op. cit.*, 580.

(52) *Op. ult. cit.*, 4.

tecnologia applicata alla conoscenza ed allo scambio di informazione » (53).

4. *Le (ondivaghe) indicazioni contenute nella legge sul procedimento amministrativo.*

Le suesposte difficoltà di tracciare un quadro nitido dei rapporti pubblico-privato non sono venute meno neanche dopo le modifiche apportate circa un decennio addietro alla legge sul procedimento amministrativo.

Si allude, *in primis*, all'introduzione, nell'art. 1, dei commi 1-*bis* ed 1-*ter*: due disposizioni delle quali si è detto tanto ed alle quali, per evidenti ragioni di spazio, posso dedicare solo qualche cenno.

Com'è a tutti noto, all'attuale versione del comma 1-*bis* — secondo cui « [l]a pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente » — si è giunti al termine di un lungo percorso, iniziato alla fine del secolo scorso (54).

Già nel corso del dibattito sulle proposte di riforma, tale disposizione era stata interpretata dalla dottrina in termini contrastanti. Non potendo qui passare in esame tutte le diverse opinioni (55), sembra utile riportare un brano della relazione della I Commissione permanente Affari costituzionali al disegno di legge presentata il 6 novembre 2003: « si tratta del riconoscimento normativo della possibilità che le amministrazioni pubbli-

(53) F. LUCIANI, *Potere pubblico, poteri privati e "paradossi della libertà"*, in *Studi in onore di A. Romano*, cit., I, 437 ss., spec. 448-458. Nel senso che « [q]ualsiasi reale liberazione richiede oggi più, non meno, "sfera pubblica" e "potere pubblico" », Z. BAUMAN, *Modernità liquida*, Bari, 2007, 47-48.

(54) I quattro passaggi fondamentali di tale *iter* sono ben riassunti da F. DE LEONARDIS, *Principi generali dell'attività amministrativa*, in *L'azione amministrativa*, a cura di A. Romano, Torino, 2016, 95-96, nota 761.

(55) Si rinvia ancora una volta a F. DE LEONARDIS, *op. ult. cit.*, 96-101, ed a M. ANDREIS, *Procedimento amministrativo e attività di diritto privato*, in *Scritti in onore di V. Spagnuolo Vigorita*, cit., I, 91-92. Da ultimo, anche G. PALMA, *Delle aporie in dottrina circa l'impiego di "norme" di diritto privato nell'azione dell'Amministrazione pubblica. Contributo alla identificazione della potenziale logica ricostruttiva del progressivo sviluppo del sistema ordinamentale*, in www.federalismi.it, n. 3/2016.

che operino attraverso gli strumenti del diritto privato anche nel perseguimento dei propri fini istituzionali, consistenti nella cura concreta degli interessi pubblici ad esse affidati dalla legge. La nuova disposizione non incide, pertanto, sulla natura della funzione amministrativa — che rimane finalizzata al miglior perseguimento dell'interesse pubblico — ma soltanto sulla sua forma, che si potrà esprimere, quando non è richiesta necessariamente l'adozione di atti di natura autoritativa, attraverso i moduli dell'agire consensuale, pur restando assoggettata ai principi di carattere pubblicistico enunciati nel nuovo comma 1 dell'art. 1 ».

Ebbene, alla luce di tali autorevoli indicazioni, mi sembra di poter affermare che la norma — pur producendo, a seguito del noto depotenziamento subito nel corso dei lavori parlamentari, effetti meno dirompenti rispetto a quelli che avrebbero desiderato i loro sostenitori (56) — conservi un significativo valore ideologico, stimolando una rimeditazione delle categorie tradizionali (57).

È vero che non è del tutto agevole individuare gli « atti di natura autoritativa » ai quali soltanto va applicato il diritto privato (58), ma è anche vero che l'obiettiva difficoltà di determinare l'ambito applicativo della disposizione non autorizza l'interprete ad affermare che la stessa abbia valore meramente ricognitivo (del pacifico principio della generale capacità negoziale delle pubbliche amministrazioni e della soggezione dell'attività paritetica alle normali regole di diritto comune): a prescindere dalla chiara volontà legislativa espressa nella relazione sopra riportata, la stessa norma contiene dei riferimenti testuali — « adozione », « atti », « agisce » — che mal si attagliano all'attività negoziale (59).

A nostro avviso, peraltro, la portata almeno in parte innova-

(56) L'ha ammesso lo stesso V. CERULLI IRELLI, *Principi di diritto amministrativo*, Torino, 2006, I, 10.

(57) Così F. LIGUORI, *L'attività non autoritativa tra diritto privato e diritto pubblico. A proposito del comma 1 bis*, in *Scritti in onore di V. Spagnuolo Vigorita*, cit., II, 637 ss.

(58) Che sia questo il vero problema è stato ribadito, da ultimo, da F. DE LEONARDIS, *op. ult. cit.*, 96.

(59) L. IANNOTTA, *L'adozione degli atti non autoritativi secondo il diritto privato*, in questa *Rivista*, 2006, 357.

tiva di tale norma trova conferma nel successivo comma 1-ter, secondo cui « [i] soggetti privati preposti all'esercizio di attività amministrative assicurano il rispetto dei criteri e dei principi di cui al comma 1, con un livello di garanzia non inferiore a quello cui sono tenute le pubbliche amministrazioni in forza delle disposizioni di cui alla presente legge ».

Quest'ultima disposizione, infatti, non si limita a confermare che la pubblica amministrazione in senso soggettivo dev'essere ormai intesa « come sistema integrato dai soggetti pubblici e privati (e non più come insieme di soggetti esclusivamente pubblici) » e che essa viene « percepita ormai in senso fondamentale *oggettivo* » (60), ma, nell'assoggettare al diritto amministrativo l'attività dei soggetti privati che svolgono attività d'interesse generale (61), ribadisce che il vincolo di scopo connota l'attività delle pubbliche amministrazioni a prescindere dalle forme, pubblicistiche o privatistiche, utilizzate e pone, quindi il precedente comma 1-bis al riparo da qualsivoglia interpretazione non rispettosa del principio di legalità.

Mi sembra, pertanto, del tutto condivisibile l'opinione secondo cui un'interpretazione sistematica induce a ritenere che il comma 1-bis non si riferisca all'attività privata della pubblica amministrazione (ciò che renderebbe la norma sostanzialmente inutile), bensì all'attività della pubblica amministrazione svolta in forma privata, ma pur sempre funzionalizzata (62): in siffatte ipotesi, infatti, pur dovendo osservare le regole del diritto civile, la pubblica amministrazione dovrà orientare il proprio comportamento ai criteri e principi di cui all'art. 1, comma 1, della legge n. 241 del 1990 (63). Se si conviene su questa lettura, non dovrebbe

(60) F. DE LEONARDIS, *op. ult. cit.*, 102.

(61) Per la concreta individuazione casistica di tali soggetti si rinvia a N. PECCHIOLI, *Soggetti privati ed esercizio di funzioni amministrative*, in *Studi in onore di A. Romano*, cit., I, 611 ss.

(62) In tal senso, C. FRANCHINI, *op. cit.*, 57. Va, conseguentemente, respinta l'idea che la conseguenza più rimarchevole di tale disposizione sia quella di escludere sempre e comunque la c.d. funzionalizzazione dell'attività di diritto privato (così N. PAOLANTONIO, *Art. 1, comma 1bis*, in *La pubblica amministrazione e la sua azione*, a cura di N. Paolantonio, A. Police e A. Zito, Torino, 2005, 100 ss.).

(63) P. FORTE, *I principi dell'azione amministrativa dopo le recenti riforme*, in *I principi generali dell'azione amministrativa* (Atti del Convegno di Napoli del 3 febbraio 2006), a cura di M.P. Chiti e G. Palma, Napoli, 2006, 95-98.

esservi difficoltà ad interpretare tali disposizioni nel senso di prescrivere alle amministrazioni pubbliche l'uso del diritto comune in luogo del diritto amministrativo « tutte le volte in cui il primo sia fungibile con il secondo e consenta ugualmente il raggiungimento dell'interesse pubblico con reciproca (e superiore) soddisfazione delle parti » (64).

Ben più di un cenno meriterebbero, poi, gli accordi tra privati e pubblica amministrazione disciplinati dall'art. 11 della stessa legge sul procedimento, non foss'altro perché smentiscono la presunta inidoneità del paradigma contrattuale alla realizzazione dell'interesse pubblico e, a monte, l'esistenza di una rigida separazione tra il diritto privato ed il diritto pubblico (65).

Anche in tal caso, tuttavia, il limitato spazio a disposizione mi costringe a limitare il discorso ad un'osservazione sul comma 4-*bis* dell'art. 11, introdotto anch'esso nel 2005, secondo cui, « a garanzia dell'imparzialità e del buon andamento dell'azione amministrativa, in tutti i casi in cui una pubblica amministrazione conclude accordi nelle ipotesi previste al comma 1, la stipulazione dell'accordo è preceduta da una determinazione dell'organo che sarebbe competente per l'adozione del provvedimento ».

Com'è stato osservato, la logica di questo ulteriore momento procedimentale, per lo più avvertito come inutilmente gravoso con riferimento all'accordo integrativo, è quella di rendere trasparenti ed intellegibili le ragioni che hanno indotto l'amministrazione a preferire la via consensuale a quella unilaterale, ossia in definitiva ad incrementare la trasparenza dell'agire amministrativo (66). In sostanza, per bilanciare la detipizzazione dell'accordo

(64) Così G. NAPOLITANO, *Il principio di contrattualità*, in M. RENNA - F. SAITTA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, 554-555, secondo cui, pertanto, l'agire consensuale dovrebbe essere abbandonato soltanto ove si dimostrasse inidoneo al raggiungimento dell'interesse pubblico.

(65) Temi, questi, ampiamente dibattuti nella pregevole monografia di A. FEDERICO, *Autonomia negoziale e discrezionalità amministrativa. Gli « accordi » tra privati e pubbliche amministrazioni*, Napoli, 1999. Da ultimo, anche A. MOLITERNI, *Amministrazione concorsuale e diritto privato*, Napoli, 2016.

(66) G. GRECO, *Accordi integrativi e sostitutivi del provvedimento*, in *L'azione amministrativa*, a cura di V. Italia, Milano, 2005, 435.

sostitutivo (67), il legislatore ha pensato bene di inserire un momento da dedicare all'estrinsecazione dell'*iter* motivazionale seguito dall'amministrazione, il quale diventa così verificabile sia dai terzi contemplati dall'accordo che da quelli semplicemente pretermessi in sede di negoziazione (68).

A prescindere dall'incidenza di tale disposizione sulla natura giuridica degli accordi *ex art.* 11 (69), tutti gli sforzi compiuti dal legislatore, dalla dottrina e dalla giurisprudenza per risolvere l'annoso problema dello scarso utilizzo dell'istituto (si pensi, a tacer d'altro, alla ritenuta facoltà dell'amministrazione di stipulare accordi anche in presenza di margini di discrezionalità esclusi-

(67) Il quale, peraltro, resta tipico quanto a contenuto essenziale ed effetti: E. STICCHI DAMIANI, *Gli accordi amministrativi dopo la l. n. 15 del 2005*, in *Riforma della l. n. 241 e processo amministrativo*, in *Foro amm. - TAR*, suppl. al n. 6/2005, 32 ss.

(68) S. TUCCILLO, *L'invalidità degli accordi tra p.a. e privato dopo la legge di riforma dell'azione amministrativa*, in *Foro amm. - TAR*, 2007, 375-376.

(69) Secondo G. PASTORI, *Attività amministrativa e tutela giurisdizionale nella legge 241/1990 riformata* (Relazione all'incontro svoltosi a Milano, presso il T.A.R. Lombardia, l'8 giugno 2005), 5 del dattiloscritto, la disposizione « riporta gli accordi alla natura di atti di diritto privato »; in termini, G. MANFREDI, *La nuova disciplina degli accordi tra amministrazione e privati e le privatizzazioni dell'azione amministrativa*, in *Foro amm. - CdS*, 2007, 339 ss. Secondo G. SCIULLO, *Profili degli accordi fra amministrazioni pubbliche e privati*, in questa *Rivista*, 2007, 816-818, invece, sussistono tre elementi idonei a tener ancora aperto il dibattito: la circostanza che il legislatore non sia intervenuto su altri aspetti della disciplina dell'accordo, specie su quelli (come, ad es., l'assoggettamento delle controversie alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo) difficilmente compatibili con una configurazione omogenea a quella del contratto ad evidenza pubblica; la funzione della determinazione di cui al comma 4-bis, sicuramente diversa da quella — di atto programmatico — svolta dalla deliberazione a contrattare ormai prevista, in via generale, dal codice dei contratti pubblici; il fatto che, essendo stata prevista « [a] garanzia dell'imparzialità e del buon andamento dell'azione amministrativa », l'anzidetta determinazione a stipulare il contratto somiglia tanto ad una sorta di esternazione della motivazione. È appena il caso di rilevare che, secondo la più recente giurisprudenza, « [i]n tema di accordi tra privati e amministrazione, nel caso di contratto di diritto privato trovano applicazione le disposizioni del codice civile; nelle ipotesi, invece, di contratto a oggetto pubblico, l'amministrazione mantiene comunque la sua tradizionale posizione di supremazia, e tali contratti non sono disciplinati dalle regole proprie del diritto privato, ma meramente dai "principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti", sempre "in quanto compatibili" e salvo che sia "non diversamente previsto" » (T.A.R. Campania-Napoli, Sez. VIII, 28 gennaio 2016, n. 551, in *Giurisd. amm.*, 2016, I, 90; Cons. St., Sez. IV, 3 dicembre 2015, n. 5505, in www.giustizia-amministrativa.it).

vamente tecnica (70)) potrebbero risultare vanificati proprio dall'intervento riformista del 2005 che mentre, da un lato, incentiva l'uso dello strumento privatistico a carattere paritario, dall'altro, introduce un passaggio procedimentale che impone all'amministrazione di giustificare il ricorso all'accordo in luogo dell'attività autoritativa, evidenziare l'interesse pubblico perseguito e chiarire perché stipula l'accordo (71).

Forse a ragione, dunque, è stato affermato che quest'ultima previsione sembra dissimulare la preoccupazione del legislatore di non avallare l'identificazione tra accordo e provvedimento e di recuperare comunque quest'ultimo (e la sua tipicità) sotto forma di atto necessariamente presupposto alla stipulazione: ciò che, evidentemente, si porrebbe in aperto conflitto con l'idea di una pariordinazione tra lo strumento consensuale e quello unilaterale (72). Se così fosse, risulterebbe quantomai appropriata la caustica conclusione di Rosario Ferrara: « così come è stata a suo tempo profetizzata la “morte del contratto” (G. Gilmore), salvo poi scoprire che questo stesso rinasceva sotto altre forme e spoglie (più seducenti e rigogliose), l'improbabile morte del provvedimento amministrativo — decretata dalle ricorrenti e perduranti “infatuazioni contrattualistiche” — finirebbe col produrre il medesimo risultato: la resurrezione del morto presunto, in realtà in ottimo stato di salute » (73).

(70) Cfr., ad es., T.A.R. Liguria, Sez. I, 13 giugno 2006, n. 542 (in *Riv. giur. edil.*, 2007, I, 728, con nota di F. SAITTA, *Sulla negoziabilità delle condizioni cui subordinare la sanatoria degli abusi edilizi: notazioni su un'inusuale ipotesi di accordo integrativo*), confermata in appello da Cons. St., Sez. IV, 10 dicembre 2007, n. 6344 (in *www.lexitalia.it*, n. 12/2007), su cui v. il commento di F. LEMETRE, *Esercizio consensuale del potere ed attività vincolata della P.A.* (ivi, n. 1/2008). In dottrina, per tutti, G. SCIULLO, *op. cit.*, 821.

(71) Sul rapporto tra contenuto della determinazione ed oggetto dell'accordo, in termini problematici, M. DUGATO, *L'oggetto dell'accordo amministrativo e i vincoli per le parti nella sua definizione*, in *Dir. e proc. amm.*, 2008, 155 ss., spec. 164-166.

(72) G. CARLOTTI, *La partecipazione procedimentale: Feliciano Benvenuti e la riforma della legge n. 241 del 1990* (Relazione al Convegno su: « Feliciano Benvenuti e il Diritto amministrativo del nuovo secolo » - Roma, 23 aprile 2008), in *www.giustizia-amministrativa.it*, § 8.

(73) *Introduzione al diritto amministrativo. Le pubbliche amministrazioni nell'era della globalizzazione*, Roma-Bari, 2005, 182-183.

5. *Alla ricerca di nuovi criteri per l'individuazione del regime giuridico (pubblicistico ovvero privatistico) applicabile: flessibilità versus certezza?*

Ormai sedici anni orsono, al termine del suo ampio lavoro monografico sui soggetti privati che svolgono attività amministrativa, Francesco de Leonardis affermava che non ci sarebbe stata « alcuna difficoltà di carattere sistematico a sottoporre contemporaneamente un soggetto a regole pubblicistiche per ciò che riguarda l'esercizio della funzione, ossia in relazione a quegli atti che incidono sulla sfera giuridica dei destinatari dell'azione, e a regole sancite per i soggetti che operano nella sfera dell'autonomia privata per ciò che riguarda, ad esempio, la gestione del patrimonio, l'assunzione di cittadini comunitari o la responsabilità degli amministratori, trattandosi, nella seconda ipotesi, di atti che esauriscono la loro efficacia all'interno della persona giuridica in seno alla quale vengono in essere. Ciò che veramente rileva nella determinazione delle regole appare la concreta disciplina che gravita intorno ai due poli che si sono evidenziati e che può (anzi deve) essere diversificata e differenziata » (74).

Qualche anno dopo, a conclusione della sua monografia sull'evoluzione del rapporto pubblico-privato nel diritto amministrativo, Giulio Napolitano evidenziava l'esigenza di liberare il discorso odierno sul diritto amministrativo dalla tradizionale logica binaria: « Le sue 'categorie' non si determinano più per confronto e in opposizione al diritto civile, ma in relazione a discipline, disaggregabili e scomponibili e con confini mai fissi e netti, di attività oggettivamente valutate per il carattere funzionale e per i riflessi sui terzi » (75). Il concetto veniva ribadito in un saggio pubblicato un paio di anni dopo: « In un sistema caratterizzato dalla frammentazione delle soluzioni organizzative, la questione sembra porsi in termini opposti: verificare volta per volta quali regole dirette alle amministrazioni e agli enti pubblici siano applicabili a soggetti ordinati in forme privatistiche, valutando in ciascun caso le finalità perseguite e gli interessi protetti » (76).

(74) *Soggettività privata*, cit., 317-318.

(75) *Pubblico e privato*, cit., 244.

(76) *Soggetti privati*, cit., 1698.

In sostanza, in un momento in cui ci si chiede se sia ancora utile interrogarsi sulla distinzione tra diritto pubblico e diritto privato (77), sembra ormai pacifico che l'analisi non debba più concentrarsi tanto sui criteri di differenziazione e di esclusione tra i due grandi settori, quanto sui criteri di coesistenza e di embriocazione tra gli stessi, sicché diventa necessario « porre al centro dell'analisi la *ratio* della disciplina che di volta in volta viene in rilievo quale criterio dirimente per individuare sia la fattispecie generale di riferimento, sia le eventuali norme speciali e singolari, che incidono sulla fattispecie senza però modificarne la natura » (78).

Né appaiono più rassicuranti le indicazioni provenienti dalla giurisprudenza, la quale, di fonte all'emersione di soggetti ibridi, all'attenuazione del discrimine tra pubblico e privato ed alla rapidità evolutiva delle forme organizzative, sembra aver contribuito a spostare il baricentro della problematica verso il principio di atipicità, a danno dei principi costituzionali e delle esigenze di certezza qualificatoria (79).

Il Consiglio di Stato, infatti, ha recentemente escluso che il riconoscimento ad un determinato soggetto della natura pubblicistica a certi fini ne implichi automaticamente l'integrale sottoposizione alla disciplina valevole in generale per la pubblica amministrazione, affermando che « [i]l criterio da utilizzare per tracciare il perimetro del concetto di ente pubblico non è sempre uguale a se stesso, ma muta a seconda dell'istituto o del regime normativo che deve essere applicato e della *ratio* ad esso sottesa. Occorre, in altri termini, di volta in volta domandarsi quale sia la funzione di un certo istituto, quale sia la *ratio* di un determinato regime "amministrativo" previsto dal legislatore, per poi verificare, tenendo conto delle caratteristiche sostanziali del soggetto della cui natura si controverte, se quella funzione o quella *ratio* richiedono l'inclusione di quell'ente nel campo di applicazione della disciplina pubblicistica. Ne consegue che è del tutto normale,

(77) Così S. VINTI, *La circolarità logica del diritto amministrativo. Decostruire concetti per ordinare frammenti*, Torino, 2014, 9 ss.

(78) S. DEL GATTO, *op. cit.*, 74.

(79) Così B. VIVARELLI, *La natura giuridica di C.O.N.I. Servizi S.p.A.: profili organizzativi, funzionali e costituzionali*, in *Munus*, 2014, 146, nell'annotare criticamente Cons. St., Sez. VI, 30 ottobre 2012, n. 6014.

per così dire “fisiologico”, che ciò che a certi fini costituisce un ente pubblico, possa non esserlo ad altri fini, rispetto all’applicazione di altri istituti che danno rilievo a diversi dati funzionali o sostanziali » (80).

A scanso di equivoci, meno di un mese fa, lo stesso Consiglio di Stato ha ribadito l’inesistenza, nel nostro ordinamento, di una definizione unitaria ed omogenea di ente pubblico, osservando che la valorizzazione del profilo funzionale relativo alle finalità perseguite porta ad individuare diverse nozioni di pubblica amministrazione in ragione degli ambiti generali e settoriali di disciplina che vengono in rilievo e, per ciascuna pubblica amministrazione, una possibile articolazione della natura, pubblica o privata, in ragione della specifica disciplina applicabile (81).

Il quadro sopra sommariamente delineato — dal quale sostanzialmente emerge la tendenza a « risolvere in senso atomistico » la disciplina dei soggetti esercenti pubbliche funzioni (82), *id est* un contesto in cui « bisogna individuare volta per volta la disciplina applicabile ai singoli casi mediante ricostruzioni di competenza su base policentrica (il c.d. diritto frammentato) », facendo uso di « strumenti appartenenti alle due grandi branche del diritto privato e del diritto amministrativo, che si trasformano nello stesso momento in cui vengono adoperati » (83) —, pur fondandosi sulla realistica constatazione della difficoltà di ridurre ad unità una realtà così complessa, non può ritenersi certo rassi-

(80) Sez. VI, 25 maggio 2015, n. 2660 (in www.giustizia-amministrativa.it), commentata da G. ZARRO, *Il Consiglio di Stato e le “mobili frontiere” dell’ente pubblico*, in *Munus*, 2015, 491 ss.

(81) Sez. VI, 26 luglio 2016, n. 3387, 11 luglio 2016, n. 3043 e 1 giugno 2016, n. 2326, in www.lexitalia.it, nn. 6/2016 e 7-8/2016. In dottrina, da ultimo, S. CIMINI, *L’evoluzione dei caratteri degli enti pubblici*, in *L’organizzazione delle pubbliche amministrazioni tra Stato nazionale e integrazione europea*, a cura di R. Cavallo Perin, A. Police e F. Saitta, Firenze, 2016, 365 ss.

(82) Così, con riguardo alle fondazioni « di diritto amministrativo », A. ROMANO TASSONE, *Le fondazioni*, cit., 486.

(83) G.P. CIRILLO, *La società pubblica e la neutralità delle forme giuridiche soggettive*, in *Riv. not.*, 2015, 888. In termini analoghi, da ultimo, G. ROSSI, *Le fattispecie miste pubblico-private: chiavi di lettura e questioni di metodo*, in www.ridiam.it, 23 giugno 2016, 5, secondo cui « [i]n gran parte delle fattispecie elementi pubblicistici e civilistici sono variamente composti e si deve utilizzare il criterio della prevalenza: la disciplina generale (pubblicistica o civilistica) che va applicata è quella del profilo prevalente; gli altri hanno carattere tassativo e residuale ».

curante per gli operatori del settore, chiamati ad un'indagine teleologica sovente tutt'altro che agevole, cioè a « ricostruire in via interpretativa ciò che di pubblico deve eventualmente restare in un organismo privatizzato, nel rispetto dei principi costituzionali » (84).

6. *Considerazioni conclusive (inevitabilmente problematiche): dalla « grande dicotomia » ad una risistemazione condivisa?*

Il legislatore, i giudici e gran parte degli studiosi non sembrano, invero, impensieriti da tutto ciò, « ma appaiono, di contro, estremamente possibilisti rispetto alle più disparate (ed in determinati casi fantasiose) ipotesi ricostruttive del contesto ordinamentale di riferimento » (85).

Tuttavia, di fronte all'evidente difficoltà di identificare una linea netta di confine tra diritto amministrativo e diritto privato e, soprattutto, all'emersione di logiche diverse di fondo, è compito dello studioso proporre strumenti potenzialmente idonei a ricondurre progressivamente il tutto ad un sistema coerente. Come ha opportunamente ricordato Aldo Travi a conclusione di un recente convegno sul tema, « [l]a scienza giuridica ha un carattere pratico che comporta una tensione inevitabile alla certezza. Di fronte alla frammentazione in atto non possiamo limitarci a registrare gli interrogativi. Di fronte alla difficoltà sempre più forte di identificare un criterio per distinguere fra atti amministrativi ed atti di diritto privato, fra diritti soggettivi e interessi legittimi, la risposta non può essere rappresentata da una soluzione meramente descrittiva. Il riconoscimento della frammentazione in atto e della inadeguatezza delle categorie precedenti rappresenta solo un primo passo: alla ricognizione deve seguire un'analisi che consenta di individuare le logiche, le categorie e i caratteri attuali, così da interpretare in chiave giuridica la situazione nuova » (86).

A tal fine, può costituire un primo punto di partenza consta-

(84) In tal senso, sempre con riguardo alle fondazioni, S. DE GÖTZEN, *Le "fondazioni legali" tra diritto amministrativo e diritto privato*, Milano, 2011, 15.

(85) D. MARRAMA, *op. cit.*, 13.

(86) *Il confronto tra diritto amministrativo e diritto privato: dal principio di non contraddizione alla logica dei colori*, in *Pubblico e privato nell'organizzazione e nell'azione amministrativa*, a cura di G. Falcon e B. Marchetti, *cit.*, 382.

tare che — com'era già emerso da una precedente indagine (87) — la Costituzione non prende posizione sul rapporto pubblico-privato. Ed infatti, com'è stato autorevolmente osservato qualche anno fa, una rigida contrapposizione tra pubblico e privato — « l'uno proteso a magnificare le proprie virtù illustrando le disfunzioni ed i fallimenti dell'altro. Le virtù del Privato, che riducono al minimo lo spazio del Pubblico, o all'inverso le virtù del Pubblico, che sanano i peccati e gli egoismi del Privato » — non si ravvisa nelle Costituzioni democratiche del '900, dunque nemmeno nella nostra (88). Il modello disegnato da quest'ultima, a ben guardare, limita sia il pubblico che il privato: « il primo non può più esprimersi con il linguaggio del legislatore onnipotente, pensando di poter normare ogni aspetto della vita individuale e di relazione, e non può dunque arbitrariamente invadere le sfere dei cittadini, ma anche il secondo non può essere terreno di sviluppo di poteri smisurati, soprattutto economici, incidenti in modo non meno pericoloso sui diritti fondamentali della persona » (89).

È muovendo da questa importante premessa che va, dunque, letta la sempre maggiore vicinanza tra attività d'impresa e funzione pubblica, che va interpretato l'utilizzo, nell'esercizio di quest'ultima, del diritto privato, un diritto privato che peraltro, in

(87) F. SAIITA, *Burocrazia e indirizzo politico: il modello della Corte costituzionale* (Relazione al Convegno su: « Il diritto amministrativo nella giurisprudenza della Corte costituzionale » - Bologna, 27-28 settembre 2007), in ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI PROFESSORI DI DIRITTO AMMINISTRATIVO, *Annuario 2007*, Milano, 2008, 61 ss., e in *Dir. e proc. amm.*, 2008, 175 ss.

(88) Così M. FIORAVANTI, *Pubblico e privato. I principi fondamentali della Costituzione*, Napoli, 2014, 20-21 e 23-24, secondo cui i nostri Costituenti non credevano in alcuna « virtù » da preservare ed affermare.

(89) M. FIORAVANTI, *op. cit.*, 44-46, secondo cui « il modello costituzionale della relazione tra Pubblico e Privato è in ultima analisi quello della *duplice limitazione*, e dunque del *doppio valore della Costituzione*, che oppone sempre se medesima, ed i diritti fondamentali in essa sanciti, all'uno come all'altro, ogni volta che le ragioni dell'uno o dell'altro divengano smodate, siano esse le ragioni di un Pubblico che vuole invadere le sfere degli individui, o quelle di un Privato che in ragione della sua potenza economica vuole dominare la scena pubblica ». Nel senso che la scelta del legislatore è tendenzialmente libera ed incontra l'unico limite costituzionale del principio di buon andamento, da ultimo, C. MARZUOLI, *Fattispecie "mista", e pubblico e privato*, in www.idiem.it, 29 settembre 2016, spec. 3-5; I. PIAZZA, *Soggetti privati e attività amministrativa: principi, regole e regime degli atti*, in *L'organizzazione delle pubbliche amministrazioni*, cit., 487 ss.

settori sempre più ampi, non corrisponde più all'immagine della signoria della volontà del titolare del diritto, ma si traduce in un'attività che deve tener conto degli interessi altrui (90).

Un'intima compenetrazione tra quelli che in passato erano due veri e propri compartimenti stagni che emerge ad ogni piè sospinto anche in settori nei quali un tempo era assolutamente impensabile (come, ad es., quello delle certificazioni (91)) ed induce a ritenere ormai del tutto errata « l'idea che un soggetto possa essere solo “privato” o “pubblico”; vi è in molte figure soggettive una diversa gradazione fra profili civilisti, centrati sull'autonomia privata, e pubblicistici, centrati sull'eteronomia » (92).

Nulla impedisce, certo, di dissentire dal disegno legislativo, *ergo* di ritenere inopportuna la c.d. « deriva privatistica » degli ultimi decenni o comunque di criticare alcune applicazioni del regime privatistico in settori nei quali sarebbe stato, forse, meglio, mantenere un più ampio utilizzo del diritto amministrativo. Autorevole dottrina, ad es., è dell'avviso che la contrattualizzazione del rapporto di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni (93) abbia determinato un ridimensionamento della tu-

(90) G. FALCON, *Percorsi del rapporto pubblico privato*, in *Pubblico e privato nell'organizzazione e nell'azione amministrativa*, a cura di G. Falcon e B. Marchetti, cit., 385. Sulla progressiva espansione dell'area di « funzionalizzazione » dei poteri privati, intesa appunto come rilievo che, nell'esercizio di quei poteri da parte del titolare, acquistano gli interessi altrui, *amplius*, G. SIGISMONDI, *Eccesso di potere e clausole generali: le analogie tra sindacato sul potere pubblico e sui poteri privati*, *ivi*, 307 ss.; P. CERBO, *Il limite del “merito” nel sindacato sul rapporto di lavoro privatizzato: le recenti riforme legislative*, *ivi*, 335 ss.; tra i privatisti, per tutti, F. DENOZZA, *Logica dello scambio e “contrattualità”: la società per azioni di fronte alla crisi*, in *Giur. comm.*, 2015, 5 ss.

(91) Cfr. A. BENEDETTI, *Certezza pubblica e “certezze” private. Poteri pubblici e certificazioni di mercato*, Milano, 2010, *passim*, spec. 300 ss., laddove si rammenta il caso emblematico dei giudizi di *rating*, significativo, per quanto qui interessa, per « l'indistinzione dei soggetti pubblici (anche sovrani) e dei soggetti privati quando assumono la comune veste di emittenti di strumenti obbligazionari nei mercati, soggetti alle proprie e autonome regole di stabilizzazione degli affidamenti » (*ivi*, 303); più recentemente, per una ricostruzione in cui perde ogni rilievo la tradizionale copia certezza pubblica/certezza privata e si aderisce ad una concezione funzionalista della certezza, L. DONATO, *Le autocertificazioni tra “verità” e “certezza”*, Napoli, 2015.

(92) G. ROSSI, *Pubblico e privato. Osservazioni di metodo per evitare di “andare per farfalle”*, in ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI PROFESSORI DI DIRITTO AMMINISTRATIVO, *Annuario 2013*, cit., 111.

(93) Contrattualizzazione che — com'è a tutti noto — ha fatto sì che il rapporto di lavoro pubblico sia oggi sottoposto ad un regime differenziato: « Le

tela del lavoratore e che la privatizzazione avrebbe dovuto essere, al più, limitata al solo personale pubblico che non esplica funzioni pubbliche, cioè a quello impiegatizio, esecutivo ed ausiliario, e non applicata ai funzionari direttivi o dirigenziali (94). Parimenti, non v'è dubbio che, in molti casi, le ragioni del frequente uso del diritto privato siano, per così dire, « connesse ad artifici giuridici », nel senso che si utilizza quel regime per « avere i vantaggi della libertà e quelli dei privilegi »: si pensi, ad es., alle società per azioni, vero e proprio « involucro » spesso creato per sottrarsi ai vincoli ed ai controlli del diritto amministrativo (95). Tutte evenienze, queste ultime, nelle quali — com'è stato opportunamente evidenziato (96) — si disattende il fondamentale insegnamento della più avveduta dottrina civilistica, secondo cui « l'interesse pubblico può servirsi del diritto privato ma non può richiedere al diritto privato più di quanto esso può dare e deve accettare dal diritto privato ciò che gli è essenziale » (97).

Eccessivo sembra, invece, dubitare della compatibilità costituzionale di simili opzioni legislative, quasi che la Carta imponga

regole di diritto privato si applicano alle determinazioni per l'organizzazione degli uffici e alle misure inerenti alla gestione dei rapporti di lavoro, le quali sono assunte in via esclusiva dagli organi preposti alla gestione con la capacità e i poteri del privato datore di lavoro. Le regole di diritto pubblico attengono alla fase amministrativa che precede la stipula del contratto di lavoro, nonché alle regole di macro organizzazione che stanno al di sopra del rapporto di lavoro, con le quali le amministrazioni pubbliche definiscono le linee fondamentali di organizzazione degli uffici, individuano gli uffici di maggiore rilevanza e i modi di conferimento della titolarità dei medesimi, determinano le dotazioni organiche complessive »: Cons. St., Sez. VI, 18 aprile 2016, n. 1541, in www.giustizia-amministrativa.it.

(94) Per le relative indicazioni bibliografiche, sia consentito rinviare a F. SAIITA, *Contratti individuali di lavoro e graduatorie concorsuali alla ricerca di un (solo) giudice: senza la concentrazione delle tutele non può esservi effettività*, in *Studi in onore di A. Romano*, cit., III, 2285 ss., spec. 2286-2287, nota 5. Adde, più recentemente, R. CAVALLO PERIN - B. GAGLIARDI, *La dirigenza pubblica al servizio degli amministrati*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2014, 309 ss. Occorre, peraltro, chiedersi se, per quanto attiene al regime giuridico del lavoro pubblico, con la « riforma Brunetta » sia stato riesumato il modello pubblicistico o comunque aumentato il tasso di « specialità » del modello privatistico-contrattuale: G. D'ALESSIO, *La disciplina del lavoro nelle pubbliche amministrazioni tra pubblico e privato*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2012, 25 ss.

(95) G. ROSSI, *op. ult. cit.*, 111-112.

(96) S. DEL GATTO, *op. cit.*, 101.

(97) G. OPPO, *Diritto privato e interessi pubblici*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, I, 41.

una colonizzazione di tutta l'attività amministrativa da parte del diritto pubblico (98).

Si avverte, semmai, l'esigenza di un equilibrato dosaggio dei due regimi, *ergo* di strumenti che, sostanzialmente applicando il principio di proporzionalità, da un lato, consentano di non far prevalere, sulla base di criteri di fatto e di forza, gli interessi privati, come già detto non necessariamente più deboli, e, dall'altro, impediscano a quelli collettivi-generalisti di cancellare quelli individuali; ed a tal fine, le categorie del diritto pubblico e del diritto privato, pur con i loro confini variabili, conservano, forse, una qualche utilità, se non altro al fine di evitare un'indistinzione generale foriera di confusione degli interessi e delle responsabilità pubbliche (99).

Se, dunque, oggi non ha più senso ragionare in termini di « grande dicotomia », la nozione di ente pubblico, ancorché di difficile individuazione (100), continua a possedere una valenza giuridica (101). A ben guardare, anzi, è, forse, proprio il rilevato accrescimento degli elementi di commistione tra le due dimensioni del diritto a rendere più pressante la necessità di dirimere, di volta in volta, l'intreccio pubblico-privato al fine di ricostruire la natura giuridica dei soggetti e degli istituti presi in considerazione

(98) Si allude alle feroci critiche di M. MAZZAMUTO (*Per una doverosità costituzionale del diritto amministrativo e del suo giudice naturale*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 143 ss.), che addebita a Massimo Severo Giannini ed ai suoi allievi il c.d. « filoprivatismo nostrano » (*La matrice dottrina del filoprivatismo: Massimo Severo Giannini*, in ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI PROFESSORI DI DIRITTO AMMINISTRATIVO, *Annuario 2013*, cit., 23 ss.). Non mancano, peraltro, approcci critici tra gli stessi privatisti: si pensi, ad es., a F. LUCARELLI - L. PAURA, *Diritto privato e diritto pubblico tra solidarietà e sussidiarietà*, Napoli, 2008, i quali denunciano l'attuale strategia revisionista del legislatore e della dottrina, che — a loro avviso — mina i principi fondamentali della Costituzione, postulando il superamento di pretese fondamentali ideologiche al chiaro fine di derubricare lo Stato sociale a favore dell'economia liberista di mercato, imputando alla Carta costituzionale fondamenti marxisti.

(99) S. DE GÖTZEN, *op. cit.*, 18 e 49.

(100) Da ultimo, S. CIMINI, *op. cit.*

(101) G. GRÜNER, *Enti pubblici a struttura di S.p.A. Contributo allo studio delle società "legali" in mano pubblica di rilievo nazionale*, Torino, 2009, 56; già prima, V. CERULLI IRELLI, "Ente pubblico": problemi di identificazione e disciplina applicabile, in *Ente pubblico ed enti pubblici*, a cura di V. Cerulli Irelli e G. Morbidelli, Torino, 1994, 84 ss.; F.G. SCOCA, *Il punto sulle società pubbliche*, in *Dir. econ.*, 2005, 239 ss.

ed a suggerire, quindi, di mantenere ferma la distinzione tra diritto pubblico e diritto privato (102).

Quale che sia il percorso da seguire nel doveroso tentativo di risistemare le categorie tradizionali (la « ricodificazione per interessi » suggerita da Antonio Romano Tassone (103) e, a quanto sembra, condivisa da Giampaolo Rossi (104), certo è che l'applicazione sempre più estesa degli strumenti privatistici alle pubbliche amministrazioni non comporta in alcun modo una diminuzione del ruolo del diritto amministrativo, che, pur essendo meno indipendente dal diritto comune, conserva una ben precisa identità sia sul piano scientifico che su quello prescrittivo e serve, soprattutto, a plasmare gli istituti privatistici per adeguarli all'agire delle pubbliche amministrazioni (105).

Sotto altro (ma connesso) profilo, la persistenza della partizione pubblico-privato, pur nella sua mutevolezza, finisce per incentivare pubblicisti e privatisti a lavorare insieme, al fine non tanto di « separare il 'mio' dal 'tuo', secondo una logica 'proprietary' dei temi di studio », bensì di « ricercare affinità fra entità che sembrano non averne, soluzioni condivise a problemi solo apparentemente diversi » (106): in sostanza, ad « un nuovo sforzo ricostruttivo per ritagliare una zona comune » (107).

Un reciproco stimolo, dunque, a ripensare le proprie catego-

(102) F.F. PAGANO, *L'attualità del pensiero di Salvatore Pugliatti su "diritto pubblico e diritto privato"*, in *Dir. e soc.*, 2015, 754.

(103) *Le fondazioni*, cit., 486.

(104) *Principi*, cit., 260, dove si afferma che non è la natura del soggetto che agisce né il tipo di attività svolta, ma « la natura dell'interesse da tutelare che determina il regime degli strumenti a disposizione, che devono essere adeguati a tale finalità ».

(105) M. D'ALBERTI, *Diritto amministrativo*, cit., 1025 ss., con numerosi esempi concreti; in termini, M. TUCCI, *op. cit.*, 414.

(106) Così E. MAURO, *op. cit.*, 58, il quale, opportunamente, ricorda che « in un contesto scientifico in cui la specializzazione appare un imperativo categorico e la frantumazione del sapere sembra rendere l'incomunicabilità interdisciplinare una necessità, forse triste ma solitamente accettata con serena rassegnazione [...], l'impresa di gran lunga più difficile non è dividere, ma unire: non è ridurre la complessità, ma prendere e dare atto di una complessità la cui riduzione risulta spesso pre-confezionata ».

(107) L. BENVENUTI, *Le dottrine del diritto amministrativo. Profili metodologici e linguaggio*, in *Studi in onore di L. Mazzarolli*, Padova, 2007, I, 133.

rie in modo non provinciale, ma aperto al confronto con le possibili applicazioni « oltre confine » (108).

ABSTRACT: Lo scritto affronta la nota e dibattuta tematica dell'utilizzo di strutture e strumenti privatistici da parte delle pubbliche amministrazioni e del difficile rapporto tra pubblico e privato.

Dopo avere descritto sinteticamente il massiccio fenomeno di privatizzazione degli ultimi venticinque anni, che ha riguardato sia l'organizzazione che l'attività amministrativa, ed averne analizzato sia le cause che i più recenti approdi (tra cui la « ripubblicizzazione » di alcuni modelli privatistici operata dal legislatore mediante l'estensione di singole discipline dettate per amministrazioni ed enti pubblici ad operatori formalmente — e talvolta anche sostanzialmente — privati), l'A. affronta il tema del mutato rapporto tra diritto pubblico e diritto privato muovendo dalla premessa che anche l'attività amministrativa c.d. di diritto privato è tutta indistintamente « funzione »; il che giustifica la tendenziale « specialità » che finisce in qualche modo per connotare, in misura più o meno ampia, gli strumenti privatistici che siano adoperati dalle pubbliche amministrazioni.

Ne consegue — ad avviso dell'A. — che, ancorchè il rapporto tra diritto pubblico e diritto privato non possa più configurarsi esclusivamente in termini di dicotomia o contrapposizione e si dubiti addirittura dell'utilità di interrogarsi ancora sulla distinzione tra i due grandi settori anziché analizzare i criteri di coesistenza e di embricazione tra gli stessi, le categorie del diritto pubblico e del diritto privato, pur con i loro confini variabili, conservano una qualche utilità, se non altro al fine di evitare un'indistinzione generale foriera di confusione degli interessi e delle responsabilità pubbliche.

ABSTRACT: *This study is about the famous and vexed theme of the use of structures and tools of the Private Law by the public administration and the difficult relationship between private and public.*

This investigation describes briefly the massive phenomenon of the privatization during the last 25 years, and how it concerns both the organization and the administrative activity. Also, the causes and the most recent results (including the "ri-publicizing" process of some private models operated by the legislator through the extension of individual regulations dictated by administrations and

(108) Così, di recente, A. NICOLUSSI, *Diritto soggettivo e rapporto giuridico. Cenni di teoria generale tra diritto privato e diritto pubblico*, in *Eur. e dir. priv.*, 2014, 1191; C. CASTRONOVO, *La « civilizzazione » della pubblica amministrazione*, *ivi*, 2013, 637 ss.; A. MASSERA, *Il contributo originale della dottrina italiana al diritto amministrativo*, in questa *Rivista*, 2010, 853, il quale rileva che nella dottrina amministrativistica italiana vi è « un lavoro attualmente quasi quotidiano di confronto e utilizzo con e delle categorie di altri saperi giuridici, e *in primis* del diritto privato »; S. FAVARO, *Brevi spunti di riflessione sull'attuale valenza del rapporto comunicativo tra diritto pubblico e diritto privato*, in *Riv. sc. comun.*, 2010, 2, 89 ss.

public bodies to, formally and substantially private operators) have been analyzed.

The author deals with the changed relationship between Private and Public Law, starting from the precondition that the administrative activity of Private Law is also considered “function” indiscriminately. This justifies the inclination to the “special” character which connotes, more or less amply, the private tools used by the public administrations.

As a consequence, according to author’s opinion, it’s impossible to configure in terms of dichotomy or juxtaposition the relationship between Public and Private Law and it’s in doubt the utility of interrogating ourselves about the difference between the two big sectors instead of analyzing the criteria of coexistence and embrocation of those. Despite all this, categories of the Private and Public Law, even if with their variable limits, still keep some utility, for no other reason than avoiding a general unification that could lead to confuse public interests and responsibilities.