

Parte Prima

Principi e organizzazione

Capitolo 1

Diritto pubblico e diritto privato

SOMMARIO: 1. Diritto pubblico e diritto privato. – 2. Il diritto amministrativo. – 3. La cura degli interessi dell'organizzazione sociale e la funzione amministrativa. – 4. La funzione amministrativa e il potere pubblico. – 5. Le amministrative pubbliche in senso soggettivo. – 6. La formazione storica del diritto amministrativo. – 7. Il diritto delle amministrazioni pubbliche tra pubblico e privato.

1. *Diritto pubblico e diritto privato*

Il presupposto della disciplina di diritto amministrativo è rappresentato dall'esistenza delle categorie del 'pubblico' e del 'privato'. Questa distinzione, che caratterizza l'ordinamento giuridico moderno, divide l'ambito del diritto in due parti, né estranee né contrarie, ma soggette a distinti principi e regole.

Il criterio sul quale è tradizionalmente fondata la distinzione è il seguente: la dimensione del 'privato' attiene alla posizione di libertà della persona, mentre la dimensione del 'pubblico' riguarda la doverosità di curare interessi che la persona non può soddisfare individualmente e che, dunque, devono essere imputati a soggetti della collettività.

Queste due dimensioni portano con sé una serie di corollari.

La libertà della persona si traduce nella configurazione dell'autonomia contrattuale ossia nella facoltà di autoregolare i propri interessi privati (tramite l'uso del contratto), nei limiti di ciò che non è 'illecito' (è possibile fare tutto ciò che le norme non vietano): autonomia è la possibilità di decidere *sul se* e *sul come* raggiungere un certo scopo liberamente determinato. Il diritto privato è, dunque, principalmente il diritto che regola i rapporti tra soggetti privati, formalmente uguali (salvo le eccezioni riconosciute in favore della parte più debole), che si vincolano gli uni agli altri mediante un autonomo atto di volontà e, dunque, se e nei limiti in cui liberamente decidono di dare vita ad un vincolo giuridico.

La doverosità pubblica, oltre alla indisponibilità dei fini determinati dalla legge, configura come necessario il perseguimento di quei medesimi fini da parte di un'autorità investita di una pubblica potestà d'imperio.

Il diritto pubblico è, quindi, essenzialmente il diritto che regola il rapporto tra l'autorità pubblica, dotata di un potere di comando attribuitogli dalla legge per il conseguimento dell'interesse pubblico, e i soggetti destinatari degli effetti del suo esercizio. La vicenda giuridica, in questo caso, non è fondata sul consenso, secondo una configurazione bilaterale e paritaria, ma è costruita sull'autorità, configurandosi come unilaterale, in cui si fronteggiano parti diseguali. Il carattere di questa vicenda ha una importante conseguenza: mentre nel diritto privato domina la categoria del lecito, nel diritto pubblico domina la categoria del legittimo per cui è possibile fare soltanto ciò che le norme permettono e la 'legittimità' è la condizione di esercizio del potere.

Questi due ambiti non vivono ciascuno una distinta vita propria: i loro contatti sono frequenti così come le contaminazioni che, conseguentemente, producono fattispecie che alterano sia la pienezza dell'autonomia privata che l'autoritarità del potere pubblico. Questo fenomeno riguarda, in forme e modalità diverse, sia i soggetti privati che i soggetti (l'organizzazione) l'attività (le forme e modalità della decisione) pubblica.

Per questo riguarda i soggetti privati, il primo esempio è rappresentato dai limiti e dai vincoli di diritto pubblico posti al diritto di godere e disporre delle cose in modo pieno ed esclusivo. Il secondo esempio è costituito dal campo delle obbligazioni nel quale il contenuto o il modo di formazione del contratto non sempre è totalmente rimesso all'autonomia privata (come nei contratti 'per adesione'): purtuttavia, essi restano atti negoziali i cui effetti giuridici poggiano sempre e soltanto sulla volontà delle parti. In altre ipotesi ancora abbiamo contratti caratterizzati da specifiche regole imperative che circoscrivono, fino ad annullare, la libertà dei soggetti privati: sono i casi in cui la legge impone di contrattare (è, ad esempio, il caso del contratto di assicurazione obbligatoria sugli autoveicoli), oppure fissa in maniera unilaterale il prezzo.

Sul versante della pienezza della potestà pubblica – del potere autoritario destinato ad essere tradotto nel provvedimento amministrativo – questa è stata circoscritta attraverso principi, regole ed istituti che hanno attribuito al destinatario degli effetti del suo esercizio la possibilità di condizionare (e, talora, di 'contrattare') il contenuto della decisione. La formazione dell'atto unilaterale, produttivo di effetti nella sfera giuridica di terzi ('provvedimento'), è subordinata allo svolgimento di un procedimento che garantisce la partecipazione e l'informazione del destinatario e nell'ambito del quale le parti (pubblica e privata) possono, altresì, concludere accordi destinati ad integrare il contenuto del provvedimento finale (ovvero a sostituirlo).

Quanto alle figure soggettive, mentre nessuno dubita che Fininvest s.p.a. sia un soggetto privato a tutti gli effetti, né che l'INPS sia un soggetto (ente) pubblico, tra questi due estremi sono collocati tutta una se-

rie di soggetti che possiedono caratteri appartenenti ad entrambe le dimensioni e la cui natura finisce per essere incerta. Ad esempio: *i*) società per azioni con personalità di diritto pubblico (l'Agenzia nazionale per l'attrazione degli investimenti e lo sviluppo d'impresa s.p.a.: art. 1, co. 460, legge 27 dicembre 2006, n. 296; Difesa servizi s.p.a.: art. 535, d.lgs. 15 marzo 2010, n. 66); *ii*) soggetti privati (fondazione, società per azioni, società a responsabilità limitata) che sono qualificati come soggetti pubblici per talune parti della loro attività, con la conseguente attribuzione della loro disciplina al diritto pubblico (è il caso di quei soggetti privati qualificabili come 'organismi di diritto pubblico'); *iii*) soggetti privati che curano interessi diversi da quelli dei loro componenti: ad esempio, le organizzazioni non lucrative di utilità sociale (Onlus) (cfr. art. 19, d.lgs. 4 dicembre 1997, n. 460); *iv*) soggetti privati incaricati di pubbliche funzioni, oppure le c.d. S.O.A. (società organismi di attestazioni) società per azioni preposte all'attività di attestazione per la qualificazione delle imprese esecutrici di lavori pubblici.

2. Il diritto amministrativo

L'origine del diritto amministrativo appare, pertanto, legata alla disciplina di quel particolare soggetto (pubblico) costituito dallo Stato (e, successivamente, dagli altri soggetti ad esso equiparati) e dei suoi rapporti con i cittadini e si fonda sull'attribuzione di competenza e responsabilità ai singoli attori pubblici (le pubbliche amministrazioni).

Questa disciplina ha per oggetto rapporti in cui si fronteggiavano parti irriducibili ad unità: lo Stato (l'amministrazione pubblica) e il soggetto privato (il cittadino), in contrasto tra loro, soggetti di una relazione asimmetrica, conflittuale, costruita sulla separazione e sulla divergenza dei reciproci interessi. Un conflitto che ha origine nell'attribuzione ad uno dei due soggetti (quello pubblico) di un potere in grado di imporsi alla volontà dell'altro soggetto (quello privato), che per questa ragione si trova in una posizione di soggezione rispetto al potere 'esorbitante' dello Stato. Tutto questo si è, per lungo tempo, tradotto in una relazione di supremazia speciale dell'amministrazione pubblica sulla sfera privata del cittadino, una supremazia che non trovava alcun ostacolo nelle posizioni giuridiche soggettive vantate dal soggetto privato, che divenivano naturalmente cedevoli di fronte all'esercizio unilaterale del potere pubblico, di fronte all'atto di imperio.

Questa rappresentazione storica del diritto amministrativo ha peraltro dovuto fare i conti con le novità successivamente intervenute: innanzitutto, la Costituzione del 1948 e, quindi, il riconoscimento e la garanzia dei diritti inviolabili dell'uomo, l'affermazione dei principi fon-

damentali, tra cui il principio di legalità quale pilastro fondamentale dell'organizzazione e dell'attività amministrativa (art. 97, co. 2, Cost.), la giustiziabilità degli atti della pubblica amministrazione (art. 113, co. 1, Cost.). Poi, le novità legislative che a partire dal 1990 hanno comportato un progressivo superamento della tradizionale visione dell'amministrazione pubblica a favore di un modello che riconosce al cittadino una serie di diritti in grado di rimuovere la sua originaria posizione di mera soggezione.

Il mutamento che tutto ciò ha prodotto sul sistema del diritto amministrativo può essere riassunto nel superamento di una disciplina tutta preordinata a definire e presidiare, innanzitutto, l'autoritarità e l'imperio dell'amministrazione. Il diritto amministrativo appare, adesso, caratterizzato da una duplice finalità: *i*) garantire all'amministrazione gli strumenti mediante i quali svolgere effettivamente i propri compiti preordinati alla cura dell'interesse pubblico e *ii*) assicurare al cittadino un insieme di facoltà in grado di dialogare con il potere, nonché la pienezza della tutela contro le illegittime ingerenze dell'amministrazione.

Il diritto amministrativo non si limita più a stabilire la superiorità dell'amministrazione: esso si preoccupa pure di circoscriverla, ponendo alla stessa attività unilaterale delle limitazioni che l'autonomia dei privati non conosce e attribuendo ai soggetti privati facoltà sconosciute nel diritto privato (ad esempio, la partecipazione procedimentale, il diritto di accesso).

3. *La cura degli interessi dell'organizzazione sociale e la funzione amministrativa*

Amministrare deriva da *ad + ministrare*, inteso nel significato di prestare un servizio.

Qualsiasi gruppo o comunità quando si organizza deve, innanzitutto, provvedere a darsi un'amministrazione. La necessità di organizzarsi coincide con l'amministrazione della convivenza civile e presuppone un collegamento con le istituzioni politiche tramite il principio democratico. Questa relazione trova la propria sintesi nell'affermazione del principio di legalità e quindi nella subordinazione dell'organizzazione e dell'attività amministrativa alla legge.

Amministrazione pubblica è, quindi, sintesi verbale del prendersi cura, in modo concreto, di interessi, di quegli interessi dell'organizzazione sociale che il pubblico potere, le istituzioni politiche democratiche hanno qualificato come pubblici.

L'amministrazione pubblica, pertanto, provvede a far fronte ai problemi della convivenza sociale e il concetto di funzione amministrativa individua un'attività svolta doverosamente da alcuni soggetti a ciò espres-

samente deputati, per la cura di interessi della collettività generale (lo Stato) o di collettività particolari (gli enti locali).

4. *La funzione amministrativa e il potere pubblico*

Alla funzione amministrativa è connaturata la potestà pubblica: la necessaria attribuzione del potere all'amministrazione pubblica è figlia del fatto che non sempre l'attività amministrativa – necessaria in un determinato contesto storico-sociale – trova – in relazione ai soggetti cui essa si rivolge e nei confronti dei quali è destinata a produrre i suoi effetti giuridici – il consenso indispensabile perché essa possa avere luogo. Ove, ipoteticamente, fosse sempre e comunque predicabile un consenso generalizzato all'attività di amministrazione, ciò consentirebbe l'utilizzo degli strumenti di diritto comune e renderebbe superfluo il ricorso al potere unilaterale: se, per realizzare una strada o una qualsiasi altra infrastruttura, i terreni potessero comunque essere acquisiti mediante un contratto di compravendita, il ricorso al potere di espropriazione per pubblica utilità sarebbe superfluo. Lo stesso art. 1, co. 1-*bis*, legge 7 agosto 1990, n. 241, dispone che, in via di principio, l'attività amministrativa è retta dal diritto comune.

Tuttavia, se manca quel consenso necessario, il ricorso all'espropriazione per p.u. si rende necessario e imprescindibile. In mancanza del consenso, l'esercizio del potere (pubblico) diventa inevitabile per risolvere i conflitti ed i problemi della convivenza civile. Se una parte di soggetti ha interessi in conflitto con quelli di un'altra parte, la cura dell'interesse pubblico diventerebbe impossibile se non fosse attribuito ad un soggetto la possibilità di decidere: per questa ragione è necessario attribuire ad un soggetto (pubblico) un potere (unilaterale) in grado di garantire la cura dell'interesse pubblico.

L'esercizio della funzione amministrativa da parte dei soggetti detentori dei poteri di governo presuppone, quindi, il ricorso a norme in qualche misura derogatorie rispetto al diritto comune: norme sulla attribuzione di potere esorbitante (norme di azione) e norme sull'esercizio del potere (norme di relazione). E, nello stesso tempo, pone il problema dell'esercizio dell'autorità quale problema del diritto amministrativo: individuare una disciplina giuridica – ossia determinati principi, strumenti e regole giuridiche – sull'attribuzione del potere e sull'esercizio (ove necessario) dell'autorità.

5. *Le amministrative pubbliche in senso soggettivo*

Le amministrazioni pubbliche sono definibili come organizzazioni in genere dotate di personalità giuridica, disciplinate dal diritto pubblico, dunque sottoposte ad regime differenziato rispetto alle organizzazioni giuridiche previste dal codice civile.

L'art. 1, co. 2, d.lgs. 20 marzo 2001, n. 165, individua alcune categorie di amministrazioni pubbliche che, tuttavia, non rappresentano la totalità dell'insieme: «Per amministrazioni pubbliche si intendono tutte le amministrazioni dello Stato, ivi compresi gli istituti e scuole di ogni ordine e grado e le istituzioni educative, le aziende ed amministrazioni dello Stato ad ordinamento autonomo, le Regioni, le Province, i Comuni, le Comunità montane, e loro consorzi e associazioni, le istituzioni universitarie, gli Istituti autonomi case popolari, le Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura e loro associazioni, tutti gli enti pubblici non economici nazionali, regionali e locali, le amministrazioni, le aziende e gli enti del Servizio sanitario nazionale, l'Agenzia per la rappresentanza negoziale delle pubbliche amministrazioni (ARAN) e le Agenzie di cui al decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 300».

Da ricordare, inoltre, che ai fini dell'applicazione delle disposizioni in materia di finanza pubblica e in particolare della redazione del conto economico consolidato, la legge 31 dicembre 2009, n. 196, di riforma della contabilità pubblica, ha assegnato all'I.s.t.a.t. il compito di aggiornare annualmente l'elenco delle amministrazioni pubbliche che concorrono al perseguimento degli obiettivi di finanza pubblica definiti in ambito nazionale in coerenza con le procedure e i criteri stabiliti dall'Unione europea e ne condividono le conseguenti responsabilità (art. 1, co. 3). L'elenco è compilato sulla base delle norme classificatorie e definitorie del sistema statistico nazionale e comunitario (regolamento UE n. 549/2013 sul Sistema Europeo dei Conti Nazionali e Regionali nell'Unione europea – SEC2010) ed i criteri utilizzati per la classificazione sono di natura statistico-economica. L'ultimo elenco è stato pubblicato nella *G.U.* del 29 settembre 2017, n. 228.

6. *La formazione storica del diritto amministrativo*

La formazione del diritto amministrativo come corpo di regole e principi di diritto pubblico, come disciplina giuridica tipica delle attività di amministrazione (c.d. funzione amministrativa), nonché dell'organizzazione dei soggetti ad essa deputati, è avvenuta attraverso un processo storico complesso che caratterizza la vicenda della costituzione degli Stati moderni.

Questo processo storico ha condotto alla formazione di un sistema di norme connotate da alcuni caratteri specifici. In particolare queste norme: *i*) sono cogenti e inderogabili per i soggetti tenuti ad applicarle; *ii*) escludono la disponibilità dei fini da esse previsti da parte del soggetto agente: il fine è posto nell'interesse della collettività e deve necessariamente esser perseguito attraverso l'azione concreta dei soggetti competenti; *iii*) definiscono gli effetti dell'attività posta in essere, attività che dà luogo a provvedimenti che hanno la capacità di produrre effetti giuridici nella sfera giuridica del destinatario a prescindere dalla volontà di quest'ultimo (imperatività); *iv*) la loro violazione produce l'invalidità dei relativi atti giuridici, sindacabile dal giudice amministrativo cui è attribuita la giurisdizione per la tutela nei confronti della pubblica amministrazione degli interessi legittimi e, in particolari materie indicate dalla legge, anche dei diritti soggettivi (art. 113 Cost).

7. *Il diritto delle amministrazioni pubbliche tra pubblico e privato*

Il sistema del diritto amministrativo, incardinato sul principio di legalità, è stato per lungo tempo rappresentato come dominato dalla centralità della figura del provvedimento amministrativo quale momento in-fungibile di esercizio di un potere funzionale alla cura e alla tutela di interessi pubblici. Questo modello ha finito per condizionare le stesse forme della tutela costruite sulla verifica della corrispondenza dell'atto al relativo paradigma normativo e della conseguente idoneità a conservare l'assetto di interessi fissato dal provvedimento stesso. Un sistema, per converso, nel quale le regole sulla responsabilità – legate alla violazione di regole di condotta suscettibili di provocare conseguenze sul piano risarcitorio (tutela risarcitoria) – sono state, fino a tempi recenti sostanzialmente secondarie e recessive.

Tuttavia l'affermazione che la forma naturale di estrinsecazione del potere è il provvedimento autoritario e unilaterale è vera solo in parte. Se in un primo momento è stata attribuita all'amministrazione «generale possibilità di utilizzare [...] strumenti di diritto privato, salvo che nelle materie o nelle fattispecie nelle quali l'interesse pubblico non può essere perseguito senza l'esercizio di poteri autoritativi» (art. 20, co. 4, lett. *f-bis*, legge n. 59/1997, modif. da art. 1, legge n. 246/2005), poi è intervenuta la disposizione secondo la quale la «pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente» (art. 1, co. 1-*bis*, legge n. 241/1990).

Dunque, il diritto delle amministrazioni pubbliche non è sempre e comunque 'diritto amministrativo' e gli atti posti in essere dalle ammini-

strazioni pubbliche non sono sempre necessariamente ‘atti amministrativi’. Anzi, secondo l’art. 1, co. 1-*bis*, legge n. 241/1990, l’azione della pubblica amministrazione è retta, come regola generale, dalle norme del diritto privato (che è pertanto diritto comune). Questa regola generale conosce due eccezioni.

La prima riguarda l’ipotesi in cui gli atti delle amministrazioni abbiano ‘natura autoritativa’ (ad esempio, l’espropriazione per p.u.). Atti che sono intrinsecamente estranei al diritto privato. E, se si considera che quest’ultimo disciplina i rapporti tra soggetti che sono ordinariamente fondati sul consenso, appare naturale dedurne che si tratti di quegli atti mediante i quali si esercitano i poteri ‘esorbitanti’ attribuiti in molti campi alle pubbliche amministrazioni, ovvero dei «provvedimenti limitativi della sfera giuridica dei privati» *ex* art. 21-*bis*, legge n. 241/1990.

L’altra eccezione, si ha nei casi in cui «la legge dispone diversamente». Ossia, la legge può disporre che l’attività della pubblica amministrazione, nonostante l’assenza del carattere autoritario – dunque svolta in applicazione del diritto privato (per esempio, la messa a disposizione di un bene pubblico potrebbe essere realizzata da un contratto di locazione) – sia sottoposta ad una disciplina diversa da quella di diritto privato (ad esempio, nel caso in cui la messa a disposizione di un bene pubblico a favore di un privato avvenga mediante concessione, ossia con un atto sottratto alla applicazione del diritto comune).

Un ultimo profilo da sottolineare.

La regola per la quale, in via di principio, le amministrazioni pubbliche, quando non agiscono autoritativamente, operano applicando il diritto privato, non significa che in questo caso esse svolgono un’attività privata ossia un’attività indistinguibile da quella di un qualsiasi altro soggetto che persegue interessi liberamente scelti. L’attività in questione resta comunque soggetta ai principi e alle regole sullo svolgimento dell’attività amministrativa. Questa conclusione trae conferma da quella stessa previsione che obbliga i «soggetti privati preposti all’esercizio di attività amministrative [al] rispetto dei principi di cui al comma 1» [l’«attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge ed è retta da criteri di economicità, di efficacia, di pubblicità e di trasparenza secondo le modalità previste dalla presente legge e dalle altre disposizioni che disciplinano singoli procedimenti, nonché dai principi dell’ordinamento comunitario»] (art. 1, co. 1-*ter*, legge n. 241/1990). Se il rispetto di questi principi è imposto espressamente all’attività amministrativa svolta da soggetti privati, la stessa prescrizione non può non valere anche per quell’amministrazione pubblica che ponga in essere atti di diritto privato.