

IL DIRITTO AMMINISTRATIVO: VARIAZIONI

Collana diretta da

Giacinto della Cananea - Daria de Pretis - Marco Dugato

Aristide Police - Mauro Renna

Leonardo Parona

**L'esercizio privato di funzioni pubbliche:
limiti e regime
nel diritto italiano e statunitense**



G. Giappichelli Editore – Torino

CAPITOLO I

L'esercizio privato di funzioni pubbliche: una prospettiva di analisi

SOMMARIO. 1. La rilevanza teorica dell'esercizio privato di funzioni pubbliche e il suo ruolo nella costruzione della scienza del diritto amministrativo italiano. – 2. La rilevanza pratica del tema: pervasività ed eterogeneità del fenomeno. – 3. La delimitazione dell'oggetto e delle questioni indagate: i limiti e il regime dell'esercizio privato di funzioni pubbliche. – 4. Notazioni preliminari alla comparazione. L'esercizio privato di funzioni e servizi pubblici: la rilevanza di una distinzione.

1. La rilevanza teorica dell'esercizio privato di funzioni pubbliche e il suo ruolo nella costruzione della scienza del diritto amministrativo italiano.

Guido Zanobini, il primo tra i Maestri della scienza italiana di diritto amministrativo ad aver offerto una sistemazione teorica completa dell'esercizio privato di funzioni pubbliche, dopo che la tematica era stata introdotta da Santi Romano¹, osservò che «il sistema di valersi di privati e di società private pel conseguimento di fini pubblici è proprio di ogni tempo e di ogni ordinamento»².

¹ Il riferimento è, in particolare, a S. ROMANO, *Principii di diritto amministrativo italiano*, Milano, 1901, 175, ove l'Autore lamentava la mancanza di una «costruzione, che il presente manuale ha per primo tentato, di una teoria generale dell'esercizio privato di funzioni pubbliche». In tale opera, tuttavia, l'Autore si limitò ad introdurre la nozione, senza offrirne una trattazione sistematica; quest'ultima fu raggiunta a distanza di circa vent'anni soltanto grazie al contributo di Guido Zanobini (nelle opere di cui alla nota seguente), del quale un profilo biografico è rinvenibile in M.S. GIANNINI, *Vita e opere di Guido Zanobini*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1965, 1, 3 ss.

² Così G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, Vol. III, VI ed., Milano, 1958, 387 che, prima di occuparsene diffusamente proprio nel *Corso*, aveva dapprima affrontato il tema nel noto contributo monografico nel Trattato Orlando: G. ZANOBINI, *L'esercizio privato delle fun-*

A distanza di circa un secolo la veridicità di tale affermazione risulta immutata, seppure, oggi come allora, si rendano necessarie e opportune alcune precisazioni. Da un lato, infatti, occorre riconoscere che un'elaborazione teorica che, muovendo dall'osservazione empirica di un fenomeno multiforme e complesso qual è l'esercizio privato di funzioni pubbliche, ambisca ad offrirne una valida spiegazione e sistematizzazione, incorre inevitabilmente in astrazioni e generalizzazioni, le quali possono circoscriverne, ma non sminuirne, la valenza euristica. Dall'altro, i mutamenti del contesto istituzionale, economico e, soprattutto, normativo, a cominciare dal quadro costituzionale entro cui le funzioni pubbliche vengono attribuite ed esercitate in un dato ordinamento, debbono ricevere adeguata considerazione ed essere criticamente soppesati allorché s'intenda comprendere l'attualità della proposizione citata e della ricostruzione teorica ad essa sottesa, atteso che essi producono conseguenze profonde sul fenomeno in questione³.

È tenendo a mente tali precisazioni, le quali saranno approfondite nel corso dell'opera, che si può oggi affermare che l'esercizio privato di funzioni pubbliche, lungi dal costituire un fenomeno derogatorio o «gravemente perturbatore dello Stato di diritto», rappresenta uno «strumento "ordinario" di cura dell'interesse generale»⁴. Risulta, infatti, che le funzioni pubbliche, e fra queste in particolare quelle amministrative, sono ordinariamente esercitate anche da soggetti privati, diversi dunque da quelli pubblici, precipuamente istituiti a tale scopo da una norma dell'ordinamento, ai quali ultimi soltanto è possibile riferire la nozione di amministrazione pubblica soggettivamente intesa⁵.

zioni e dei servizi pubblici, in V.E. ORLANDO (diretto da), *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, Vol. II, pt. III, Milano, 1920, 235 ss. Si badi tuttavia che, come osservava Giannini, allorché dal piano della mera osservazione empirica si muova verso quello dell'analisi giuridica, occorre evitare, anche in relazione all'analisi dell'esercizio privato di funzioni pubbliche, di fare «applicazione di ordini nozionali del presente a civiltà del passato» (così M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Vol. I, III ed., Milano, 1993, 3). È peraltro lo stesso Giannini che, nella voce *Esercizio privato di pubbliche attività*, in *Enc. dir.*, Vol. XV, 1966, 685 ss., si riferisce alle esperienze rinvenibili in «periodi storici passati» quali i *publicani* del periodo romano e le compagnie coloniali.

³ Ciò è particolarmente vero allorché al tema ci si accosti da una prospettiva diacronica e ricorrendo alla comparazione di diverse esperienze giuridiche.

⁴ F. DE LEONARDIS, *Esercizio privato di pubbliche funzioni e pubblici servizi*, in *Diz. dir. pubbl.*, Vol. III, Milano, 2006, 2296 ss., 2297. Del resto, già Zanobini chiariva il «carattere non eccezionale della forma privata», quanto piuttosto la «normalità e generalità del fenomeno dell'esercizio privato» (G. ZANOBINI, *L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici*, cit., 241-242).

⁵ Per la nozione si vedano, per tutti, E. CASSETTA, *Pubblica amministrazione* (voce), in *Dig. disc. pubbl.*, Vol. XII, Torino, 1997, 271 ss., nonché M. NIGRO, *Amministrazione pubblica (organizzazione giuridica dell')*, voce, in *Enc. giur.*, Vol. II, Roma, 1988, ora in ID., *Scritti giuridici*,

Per molti versi tale constatazione potrebbe apparire scontata ai giorni nostri; eppure, non è così per almeno due ordini di ragioni.

In primo luogo, si rinviene una qualche divergenza tra la realtà empirica e la riflessione scientifica. Infatti, laddove ci si accosti al tema in prospettiva diacronica e si esamini il percorso attraverso cui nel nostro ordinamento si è giunti all'assetto attuale, ci si avvede che, pur a fronte della presenza nella prassi e nella legislazione di fattispecie riconducibili a tale fenomeno sin da tempi risalenti, quest'ultimo si è diffuso maggiormente negli ultimi decenni del secolo scorso in virtù di alcuni mutamenti del quadro normativo nazionale e sovranazionale, il quale ultimo ha giocato un ruolo significativo nella diffusione del fenomeno, soprattutto in relazione alle funzioni di regolazione e certificazione⁶. Dal punto di vista della scienza giuridica si è invece assistito ad una dinamica pressoché inversa; se, infatti, come subito si dirà, l'istituto è stato centrale nella fase, per molti altri versi «panpubblicistica»⁷, di edificazione delle fondamenta della scienza italiana di diritto amministrativo, così non è stato nel periodo successivo e per la restante parte del secolo scorso.

In secondo luogo, la constatazione svolta poc'anzi risulta tutt'altro che scontata allorché si allarghi lo sguardo in chiave comparata e si prendano in considerazione altri ordinamenti nei quali il fenomeno ha avuto e ha tuttora luogo; ciò vale in particolar modo rispetto all'esperienza statunitense, che proprio in relazione all'esercizio privato di funzioni pubbliche offre spunti particolarmente significativi in ragione dell'ampiezza e della profondità ivi raggiunte da quest'ultimo, e sarà pertanto qui raffrontato con quello italiano. Come si vedrà nel terzo capitolo, sebbene negli Stati Uniti il fenomeno sia storicamente radicato e, in prospettiva diacronica, rappresenti una costante di tale esperienza giuridica, oltre che un tratto fondamentale dell'assetto attuale, si è ivi registrato un ritardo nella sistemazione teorica da parte della scienza giuridica, da cui sono discese conseguenze di non poco momento in punto di individuazione dei limiti e del regime giuridico. Del resto, già Massimo Severo Giannini osservava, nella voce enciclopedica dedicata al nostro tema, che «nella dottrina non italiana la nozione è pressoché sconosciuta»⁸.

Tornando al profilo diacronico per chiarire quanto poco sopra anticipato, non pare superfluo ricordare che nel nostro ordinamento l'esercizio privato di

Vol. III, Milano, 1996, 1985 ss.; C. FRANCHINI, *L'organizzazione*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Vol. I, Milano, 2003, 251 ss.

⁶ Il punto sarà chiarito *infra*, Cap. II, parr. 3.2-3.3.2.

⁷ Così V. CERULLI IRELLI, *L'amministrazione «costituzionalizzata» e il diritto pubblico della proprietà e dell'impresa*, Torino, 2019, 108, riferendosi alla formazione della scienza del diritto amministrativo nella seconda metà dell'Ottocento.

⁸ M.S. GIANNINI, *Esercizio privato di pubbliche attività*, cit., 685.

funzioni pubbliche ha rappresentato un terreno di prova per l'elaborazione e l'analisi di fondamentali istituti di teoria generale dell'organizzazione amministrativa proprio allorché il metodo giuridico andava affermandosi⁹, consentendo agli interpreti più attenti di indagare in tal modo le ragioni profonde e i percorsi argomentativi in base ai quali l'osservanza di regole e principi propri della funzione pubblica s'imponga anche allorché la medesima venga svolta da un soggetto privato.

È in questa prospettiva che il tema è stato oggetto di sistemazioni concettuali differenti, alcune delle quali, autorevolmente sostenute e successivamente consolidate, ne hanno peraltro negato la consistenza di istituto giuridico autonomo, del quale fosse possibile o utile offrire una teorizzazione unitaria¹⁰.

Il presente lavoro, lungi dal voler tracciare un percorso nella storia delle idee¹¹, non intende ripercorrere tali teorie, né tanto meno proporre una sintesi; uno sforzo ricostruttivo di questo tipo è stato peraltro magistralmente compiuto da alcuni Autori che, nei primi anni del nostro secolo, sono meritoriamente tornati ad occuparsi del tema, dopo che quest'ultimo era stato trascurato dall'indagine scientifica per oltre mezzo secolo¹². Alle differenti teorie elaborate dalla dottrina, piuttosto, ci si accosterà di volta in volta nella misura in cui esse chiariscano aspetti specifici del tema o siano funzionali alla tesi che qui s'intende avanzare; per converso, esse saranno sottoposte a critica allorché non dovessero – o non dovessero più – risultare adeguate.

Tra le tesi di origine più risalente si annoverano quelle che, riconducendo l'esercizio privato di funzioni pubbliche ad un rapporto organico *sui generis* con le istituzioni pubbliche, qualificano il privato esercente funzioni pubbliche talora come organo improprio, sulla scorta dell'elaborazione dogmatica di Santi Roma-

⁹ Sull'affermazione del metodo orlandiano si vedano S. CASSESE, *Cultura e politica del diritto amministrativo*, Bologna, 1971, 21 ss., A. SANDULLI, *Vittorio Emanuele Orlando e il diritto amministrativo*, in *Riv. AIC*, 2016, 1 ss., e più diffusamente ID., *Costruire lo Stato. La scienza del diritto amministrativo in Italia, 1800-1945*, Milano, 2009, 67 ss., nonché F. CORTESE, C. CARUSO, S. ROSSI (a cura di), *Alla ricerca del metodo nel diritto pubblico. Vittorio Emanuele Orlando* reloaded, Milano, 2020.

¹⁰ M.S. GIANNINI, *Esercizio privato di pubbliche attività*, cit., 686 e, più recentemente A. AZZENA, *Esercizio privato di pubbliche funzioni e di pubblici servizi*, in *Dig. disc. pubbl.*, Vol. VI, Torino, 1991, (2011 aggiornamento), 165 ss.

¹¹ Oltre ai contributi più specifici già citati sin qui, il riferimento corre in particolare ai lavori di Sordi e Mannori, tra i quali in particolare L. MANNORI, B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Roma-Bari, 2001.

¹² Il riferimento è in particolare ad A. MALTONI, *Il conferimento di potestà pubbliche ai privati*, Torino, 2005, 9-44; F. DE LEONARDIS, *Soggettività privata e azione amministrativa. Cura dell'interesse generale e autonomia privata nei nuovi modelli di amministrazione*, Padova, 2000, 17-89; P. DURET, *Sussidiarietà e autoamministrazione dei privati*, Padova, 2004, 115-140.

no¹³, talaltra come organo indiretto, secondo la prospettazione di Zanobini¹⁴, o ancora, in termini più generici, come forma di amministrazione indiretta¹⁵.

Altri Autori, insistendo sul profilo dell'alterità del soggetto pubblico titolare della funzione rispetto a quello privato esercente la medesima, hanno prospettato una ricostruzione del fenomeno ora in termini di sostituzione¹⁶, ora

¹³ Così proprio S. ROMANO, *Principii di diritto amministrativo italiano*, II ed., Milano, 1906, 75, nonostante a 176 l'Autore affermasse – con una contraddizione che deve ritenersi meramente terminologica – che i medesimi soggetti «non assumono la qualità di organi degli enti pubblici» (si veda inoltre ID., *Organi*, in ID., *Frammenti di un dizionario giuridico* (riedizione curata da M. Croce e M. Goldoni; ed. orig. Milano, 1947), Macerata, 2019, 181 ss.). Negli stessi anni anche Raggi qualificava i privati esercenti pubbliche potestà come organi amministrativi impropri; cfr. L. RAGGI, *Sull'atto amministrativo (concetto, classificazione, validità)*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1917, 1, 168 ss., e così successivamente anche F. BENVENUTI, *L'organizzazione impropria della pubblica amministrazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1956, 968 ss.

¹⁴ Nelle intenzioni di Zanobini la nozione di organo indiretto era funzionale a ricomprendere «tutto l'istituto dell'esercizio privato in una dottrina generale (quella dell'organizzazione degli enti pubblici)» (G. ZANOBINI, *L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici*, cit., 661). L'Autore spiegava infatti che lo Stato e gli enti pubblici possono conseguire i propri fini non solo direttamente (attraverso i propri organi) ma anche «valendosi dell'opera di persone che, pur restando fuori della loro organizzazione, curano in vario modo la soddisfazione degli interessi pubblici» le quali «conservano la posizione di privati: la loro attività non è riferibile all'ente pubblico, ma è attività loro propria, da essi dispiegata in proprio nome e, il più delle volte, anche nel proprio interesse. Essa è pubblica solo per i suoi effetti: perché soddisfa a fini ed interessi pubblici» (G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, Vol. I, VI ed., Milano, 1950, 120). L'Autore precisava inoltre che, ricorrendo al concetto di organo indiretto, intendeva «evidentemente la parola organo in un senso ampio ed improprio», di talché molte delle critiche che sono state successivamente rivolte dalla dottrina a questo concetto possono forse essere ridimensionate. Peraltro, come si avrà modo di chiarire, la nozione di organo indiretto riscuote notevole successo da parte della giurisprudenza, specialmente in relazione alla posizione dei concessionari (cfr. ad esempio Cass., sez. un. 5 dicembre 2019, n. 31755); ciò in particolare a partire da Cass., sez. un. 29 dicembre 1990, n. 12221, sulla quale si tornerà diffusamente nel secondo capitolo. Occorre nondimeno ricordare sin d'ora che la giurisprudenza amministrativa ha talvolta ritenuto superata tale elaborazione, in quanto l'esercizio privato di funzioni pubbliche riguarderebbe un insieme di ipotesi più ampio rispetto a quelle sussumibili nella nozione di organo indiretto (così almeno a partire da Cons. Stato, sez. V, 7 giugno 1999 n. 295). In argomento si vedano F. DE LEONARDIS, *Il concetto di organo indiretto: verso nuove ipotesi di applicazione dell'esercizio privato di funzioni pubbliche*, in *Dir. amm.*, 1995, 3, 347 ss.; M. PROTTO, *Morte e reincarnazione dell'organo indiretto*, in *Giur. it.*, 2000, 1 175 ss.

¹⁵ E. PRESUTTI, *Istituzioni di diritto amministrativo italiano*, Vol. I, II ed., Roma, 1917, 409, e successivamente C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Vol. I, IX ed., Padova, 1975, 223. La formula amministrazione indiretta era invece riferita unicamente agli enti pubblici autarchici – e non ai privati esercenti funzioni pubbliche – da F. CAMMEO, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, Milano, 1904, 650.

¹⁶ G. MIELE, *Pubblica funzione e servizio pubblico*, in *Arch. giur.* 1933, ora in ID., *Scritti giuridici*, Vol. I, Milano, 1987, 135 ss., in particolare 157 ss. e soprattutto ID., *La distinzione fra ente pubblico e privato*, in *Riv. dir. comm.*, 1942, ora in ID., *Scritti giuridici*, cit., 365 ss., special-

di ausilio¹⁷ e occasionalmente, secondo una formula contraddistinta da una certa polisemia, di delegazione¹⁸.

La teoria che ha riscosso maggior seguito, consolidandosi nei decenni successivi alla sua formulazione e venendo tramandata sino ai giorni nostri senza che la scienza giuridica si prodigasse ulteriormente in significativi tentativi di sistemazione concettuale del fenomeno, è probabilmente quella di

mente 426-428. Il ricorso alla nozione di sostituzione a proposito dell'esercizio privato di funzioni pubbliche è stato peraltro contestato da più parti. A questo proposito si vedano: M.A. CARNEVALE VENCHI, *Contributo allo studio della nozione di funzione pubblica*, Vol. II, Padova, 1974, 150, la quale osservava che, quantomeno in relazione ad alcune tra le più tradizionali figure di esercizio privato di funzioni pubbliche (curatori fallimentari e notai), la sostituzione rispetto ad omologhi organi amministrativi appariva meramente ipotetica; e M.S. GIANNINI, *Corso di diritto amministrativo. Dispense anno 1964-1965*, Milano, 1965, 291-292 secondo cui i privati esercenti funzioni pubbliche «possono trovare – ma non necessariamente – corrispondenti in interesse affidati alla cura di uffici pubblici».

¹⁷ Così R. ALESSI, *Principi di diritto amministrativo*, Vol. I, IV ed., Milano, 1978, 72-73 e, soprattutto, 202 ss. Secondo l'Autore i soggetti privati ausiliari della pubblica amministrazione sono annoverabili tra i «soggetti attivi della funzione amministrativa», ma non rientrano «soggettivamente nella pubblica amministrazione» (p. 73). La logica dell'ausiliarità era stata già introdotta da Santi Romano che, dopo aver in un primo momento qualificato i privati esercenti funzioni pubbliche come organi impropri – v. *supra* nota 13 – osservava che al di fuori dell'amministrazione pubblica soggettivamente intesa si danno «enti o individui che possono considerarsi come subietti ausiliari dello Stato stesso, in quanto vogliono o agiscono per scopi che sono anche o esclusivamente suoi, pure esplicando una volontà o un'azione giuridicamente loro propria» (così S. ROMANO, *Il diritto pubblico italiano*, Milano, 1988 (ed. orig. 1914), 109).

¹⁸ Già Jellinek si riferiva alla possibilità di un «esercizio dei diritti di sovranità mediante privati» in virtù di un «atto di delegazione» (G. JELLINEK, *Sistema dei diritti pubblici subiettivi*, Milano, 1911, 280, ed. orig. *System der subjectiven öffentlichen Rechte*, 1905). È noto tuttavia che, in base alla sua concezione tradizionale da parte della scienza giuridica italiana, l'istituto della delegazione attiene ai rapporti intersoggettivi tra enti pubblici o a quelli interorganici tra diversi organi del medesimo ente pubblico, ma non anche a quelli tra ente pubblico e soggetto privato (A. MALTONI, *Esercizio privato di pubbliche funzioni*, in *Enc. dir.*, *Annali*, I, 2007, 570 ss., 583). In argomento si vedano G. MIELE, *Delega (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, Vol. XI, 1962, 905 ss.; M. CAMELLI, *Delega amministrativa*, in *Enc. giur.*, Vol. X, Roma, 1988, 1 ss.; I.M. MARINO, *Brevi note in tema di responsabilità verso i terzi nella delegazione amministrativa intersoggettiva*, in *Giur. it.*, 1972, ora in ID., *Scritti giuridici* (a cura di A. BARONE), Vol. I, Napoli, 2015, 1 ss.; in termini più ampi F.A. ROVERSI MONACO, *La delegazione amministrativa nel quadro dell'ordinamento generale*, Milano, 1970, 76 ss. Ciononostante, il termine è talvolta accostato dalla giurisprudenza a quello di organo indiretto (così Cass. civ., sez. I, 9 gennaio 2020, n. 214 in relazione ad un soggetto privato cui erano state conferite potestà espropriative), sebbene l'orientamento maggioritario, anche delle Sezioni Unite, escluda la configurabilità dell'istituto della delegazione amministrativa intersoggettiva tra un ente pubblico ed un soggetto privato (Cass. civ., sez. I, 26 ottobre 2018, n. 27304, punto 5.1; Id., 22 novembre 2017, n. 27826, punto 14.1; Id., 27 ottobre 2016, n. 21746, in particolare punto 2.2.2; nonché già sez. un., 23 aprile 2001 n. 165; Id., 6 luglio 2000, n. 466; Id., 26 febbraio 1999, n. 104).

munus publicum, elaborata, come noto, da Massimo Severo Giannini¹⁹.

Allargando le maglie dell'analisi, in tempi più recenti l'esercizio privato di funzioni pubbliche è stato infine annoverato tra le ipotesi riconducibili agli eterogenei e multiformi fenomeni dell'autoamministrazione²⁰, delle esternalizzazioni²¹ e delle privatizzazioni²². Tali apparentamenti, mettendo in luce alcuni

¹⁹ Inteso quale soggetto (persona fisica o giuridica) «che in base a norma dell'ordinamento riceve il compito di curare interessi altrui» e che esercitando tale compito si trova in una «situazione soggettiva di potestà» disponendo di «poteri e diritti di agire, e altresì di doveri di agire e intervenire» (M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Vol. I, cit., 128, ma v. già ID., *Lezioni di diritto amministrativo*, Vol. I, Milano, 1950, 124-125, che subito chiariva che l'ufficio poteva essere privato o pubblico a seconda della natura dell'interesse affidato alla cura del *munus*).

²⁰ P. DURET, *Sussidiarietà e autoamministrazione dei privati*, cit., 115 ss., che concepisce l'esercizio privato di funzioni pubbliche una «emblematica tappa intermedia» rispetto all'autoamministrazione (p. 118). Tale posizione, come sottolineato dallo stesso Autore a p. 141, è coerente con l'immagine della «funzione diffusa» evocata da G. PASTORI, *Presentazione del tema*, in AA.VV., *Procedimenti e accordi nell'amministrazione locale, Atti del XLII Convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Tremezzo, 19-21 settembre 1996*, Milano, 1997, 18 che si riferiva alla funzione amministrativa come una realtà che «fuoriesce dalle ordinarie strutture pubbliche, e si fa funzione diffusa nella società, pur restando, nell'obiettività dei suoi caratteri distintivi, amministrazione pubblica». L'espressione autoamministrazione, che è stata impiegata da taluni Autori soprattutto per riferirsi a fenomeni quali la dichiarazione d'inizio attività e, successivamente, la segnalazione certificata d'inizio attività (cfr. ad esempio S.S. COCA, *Gli atti di autoamministrazione*, in *Giur. it.*, 2014, 7, 1787 ss.), è da ritenere ormai superata secondo autorevole dottrina: G. FALCON, *L'autoamministrazione dei privati*, in AA.VV., *Procedimenti e accordi nell'amministrazione locale*, Milano, 1997, 139 ss., ora in G. FALCON, *Scritti scelti*, Milano, 2015, 279 ss.; L. TORCHIA, *Teoria e prassi delle decisioni amministrative*, in *Dir. amm.*, 2017, 1, 1 ss.; M. CLARICH, M. RAMAJOLI, *Diritto amministrativo e clauseole generali: un dialogo*, Pisa, 2021, 14. Sul punto era stata già chiara l'Adunanza plenaria che, ormai più di dieci anni fa, aveva rilevato come «Il riconoscimento di un potere amministrativo di divieto, da esercitare a valle della presentazione della d.i.a. e senza necessità della rimozione di quest'ultima secondo la logica del *contrarius actus*, dimostra, in definitiva, l'insussistenza di un atto di esercizio privato del potere amministrativo e l'adesione ad un modello di liberalizzazione temperata che sostituisce l'assenso preventivo con il controllo successivo» (Cons. Stato, ad. plen., 29 luglio 2011 n. 15, punto 5.3).

²¹ Cfr. G. NAPOLITANO, *La pubblica amministrazione e le regole dell'esternalizzazione*, in *Dir. econ.*, 2006, 4, 663 ss.; G. PIPERATA, *Le esternalizzazioni nel settore pubblico*, in *Dir. amm.*, 2005, 4, 963 ss.; F. DE LEONARDIS, *Tra attività amministrativa indiretta e esternalizzazione dei servizi: i soggetti privati preposti all'esercizio di attività amministrativa*, in A. VIGNUDELLI (a cura di), *Istituzioni e dinamiche del diritto. I confini mobili della separazione dei poteri*, Milano, 2009, 261 ss.; F. TRIMARCHI, *Sistemi gestionali e forme contrattuali dell'«outsourcing» nella pubblica amministrazione (prime riflessioni)*, in *Dir. econ.*, 2022, 1, 1 ss.; AA.VV., *Terzo rapporto sulle esternalizzazioni nelle pubbliche amministrazioni*, Santarcangelo di Romagna, 2011.

²² In argomento si vedano, per tutti, S. CASSESE, *Le privatizzazioni in Italia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1988, 1, 32 ss., ID., *Stato e mercato dopo privatizzazioni e deregulation*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1991, 2, 378 ss., C. FRANCHINI, *La disciplina dell'economia tra diritto nazionale, diritto europeo e diritto globale*, Napoli, 2020, 197 ss.; nonché, in prospettiva comparata, M. KÖTHENBÜRGER,

rilevanti profili del fenomeno, quali ad esempio le motivazioni di ordine economico e le esigenze di semplificazione talvolta sottese all'esercizio privato di funzioni pubbliche, arricchiscono senz'altro l'analisi, ampliandone tuttavia eccessivamente l'orizzonte; per tale ragione essi esulano dall'indagine che il presente lavoro intende compiere, come si preciserà *infra* nel presente capitolo.

Sulla scorta delle principali elaborazioni dottrinali, qui soltanto sunteggiate, l'esercizio privato di funzioni pubbliche ha ricevuto trattazione anche nelle opere manualistiche risalenti²³ e, in termini via via più sintetici, in quelle più recenti²⁴, trovando solitamente collocazione sistematica nella parte dedicata all'organizzazione amministrativa²⁵.

Accanto a siffatta prospettiva, di per sé condivisibile, è possibile proporre

H.-W. SINN, J. WHALLEY (eds.), *Privatization Experiences in the European Union*, Cambridge (MA)-Londra, 2006, R.G. RODIO (a cura di), *Le privatizzazioni in Europa*, Padova, 2003.

²³ Si vedano ad esempio – oltre ai Manuali già citati di Giannini – A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Vol. I, XIII ed., Napoli, 1982, 498 ss.; C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Vol. I, cit., 223 ss.; R. ALESSI, *Principi di diritto amministrativo*, Vol. I, cit., 72 ss. che include i privati esercenti funzioni pubbliche tra i «soggetti attivi della funzione pubblica» escludendo però ch'essi rientrino «soggettivamente nella pubblica amministrazione» (p. 73). Si segnala che, con una formula diversa, Benvenuti, pur trattando del tema nell'ambito del capitolo dedicato ai c.d. soggetti di pubblica amministrazione, vi si riferiva con l'espressione «esercizio privato di Pubblica Amministrazione». Così F. BENVENUTI, *Appunti di diritto amministrativo*, V ed., Padova, 1987, ora in ID., *Scritti giuridici*, Vol. I, Milano, 2006, 413 ss., 470. La differenza, peraltro, non era soltanto terminologica, atteso che l'Autore riferiva il fenomeno non tanto alla generalità delle funzioni pubbliche, bensì ad alcune ipotesi di «attività materialmente amministrativa». Una posizione più risalente e isolata era quella di A. DE VALLES, *Teoria giuridica della organizzazione dello Stato*, Vol. II, Padova, 1936, 137, il quale espungeva l'esercizio privato di funzioni pubbliche dalla trattazione dell'organizzazione amministrativa, osservando che i privati esercenti pubbliche funzioni, non essendo preposti a pubblici uffici, «svolgono una attività che rimane privata, non si riferisce all'ente, per quanto diretta al proseguimento dei fini pubblici». In aderenza a quest'impostazione, che accoglie una nozione strettamente soggettiva di amministrazione pubblica, si veda anche S. VALENTINI, *Precisazioni sul munus publicum*, in AA.VV., *Scritti in onore di M.S. Giannini*, Vol. III, Milano, 1988, 969 ss.

²⁴ Si vedano ad esempio: V. CERULI IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo*, VI ed., Torino, 2017, 156 ss.; C. FRANCHINI, *L'organizzazione*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Vol. I, II ed., Milano, 2003, 251 ss., in particolare 323 ss.; E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, XXI ed., Milano, 2019, 144; G. DELLA CANANEA, M. DUGATO, B. MARCHETTI, A. POLICE, M. RAMAJOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2022, 207 ss.; L. GIANI, *Organizzazione amministrativa*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, VII ed., Torino, 2021, 63 ss., in particolare 154 ss.; G. NAPOLITANO, *La logica del diritto amministrativo*, Bologna, 2014, 93 ss.

²⁵ Fa eccezione S. CASSESE (a cura di), *Istituzioni di diritto amministrativo*, V ed., Milano, 2015, che oltre ad occuparsene nel capitolo dedicato all'organizzazione, se ne occupa anche in quello introduttivo concernente le funzioni. Si vedano rispettivamente ivi C. FRANCHINI, *L'organizzazione*, 83 ss., in particolare 131-132 e G. NAPOLITANO, *Le funzioni*, 29 ss., in particolare 35 ss.

un'altra che, senza trascurare la rilevanza dell'esercizio privato di funzioni pubbliche dal punto di vista della teoria dell'organizzazione, metta maggiormente in luce le questioni – parimenti rilevanti – ch'esso pone sotto il profilo del regime della funzione esercitata²⁶. Da questa prospettiva il tema può considerarsi speculare rispetto a quello – anch'esso al centro di un dibattito di origini risalenti – del ricorso agli istituti di diritto privato da parte dei soggetti pubblici nello svolgimento delle proprie funzioni, ossia, più brevemente, dell'attività amministrativa di diritto privato²⁷. Siffatto tema esula evidentemente, di per sé, dal perimetro della presente trattazione, ma, al pari dell'esercizio privato di funzioni pubbliche, invita a interrogarsi sui limiti e sulle conseguenze del perseguimento dell'interesse generale attraverso forme diverse da quelle tipicamente assunte dell'organizzazione e dell'azione dei pubblici poteri.

La prospettiva che qui s'intende adottare pare al tempo stesso promettente e, in quanto pone al centro dell'analisi interrogativi fondamentali, irrinunciabile. Essa richiede infatti che ci si interroghi sulle ragioni che impongono di applicare i principi e le garanzie proprie della funzione pubblica a prescindere dalla natura e dalla forma giuridica del soggetto agente, nonché sull'esistenza e la consistenza dei limiti entro cui l'esercizio privato di funzioni pubbliche è

²⁶ In questa prospettiva, che pare di maggiore interesse, de Leonardis impiega l'espressione «azione amministrativa svolta da enti a soggettività privata». Si vedano in particolare F. DE LEONARDIS, *Soggettività privata e azione amministrativa. Cura dell'interesse generale e autonomia privata nei nuovi modelli di amministrazione*, cit.; nonché ID., *Esercizio privato di pubbliche funzioni e pubblici servizi*, cit., 2296.

²⁷ La rilevanza delle questioni poste dal tema è stata ampiamente messa in luce nella scienza giuridica italiana già da A. AMORTH, *Osservazioni sui limiti dell'attività amministrativa di diritto privato*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1938, 455 ss. ora in ID., *Scritti giuridici*, Vol. I, Milano, 1999, sul pensiero del quale, in relazione al tema *de qua*, si veda A. CASSATELLA, *Pubblica amministrazione e diritto privato nel pensiero di Antonio Amorth*, in *Dir. amm.*, 2021, 2, 335 ss. In argomento si vedano inoltre: V. CERULLI IRELLI, *Il diritto privato dell'amministrazione pubblica*, Torino, 2008; P. CHIRULLI, *Autonomia pubblica e diritto privato nell'amministrazione. Dalla specialità del soggetto alla rilevanza della funzione*, Padova, 2005; G. GRECO, *L'azione amministrativa secondo il diritto privato*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa. Saggi ordinati in sistema*, Napoli, 2006, 69 ss.; C. MARZUOLI, *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Milano, 1982; F. MERUSI, *Il diritto privato della pubblica amministrazione alla luce degli studi di Salvatore Romano*, in *Dir. amm.*, 2004, 649 ss.; G. NAPOLITANO, *L'attività amministrativa e il diritto privato*, in *Giorn. dir. amm.*, 2005, 5, 481 ss., nonché ID., *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003; F. TRIMARCHI BANFI, *Il diritto privato dell'amministrazione pubblica*, in *Dir. amm.*, 2004, 661 ss.; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Regime giuridico dell'attività amministrativa e diritto privato*, in *Dir. pubbl.*, 2003, 2, 405 ss. Per una ricostruzione degli orientamenti dottrinali maturati sul tema si veda infine G. PIPERATA, *La scienza del diritto amministrativo e il diritto privato*, in L. TORCHIA, E. CHITI, R. PEREZ, A. SANDULLI (a cura di), *La scienza del diritto amministrativo nella seconda metà del XX secolo*, Napoli, 2008, 167 ss.

ammesso dall'ordinamento²⁸. Tali interrogativi non rivelano soltanto la perdurante centralità, dal punto di vista teorico, del tema, ma ne mostrano, soprattutto, la rilevanza pratica; è anzi quest'ultimo aspetto ad imporre un'analisi aggiornata del fenomeno.

Siffatta indagine verrà compiuta, peraltro, nella consapevolezza che diverse generazioni di studiosi hanno rivolto talune critiche alla nozione di esercizio privato di funzioni pubbliche, sottolineando, da un lato, ch'essa è incentrata prevalentemente su un elemento negativo, ossia l'estraneità del soggetto esercente la funzione rispetto all'amministrazione pubblica soggettivamente intesa, e osservando, dall'altro, come in essa confluiscono ipotesi fra loro anche profondamente diverse²⁹. Sebbene tali critiche mettano in luce il fatto, di per sé innegabile, che la nozione in questione assolve anche – ma, si ritiene qui, non solo – una funzione di tipo descrittivo, non si vede, nondimeno, come tale circostanza possa compromettere la tenuta scientifica della medesima, né, tantomeno, renderla inservibile ad un'indagine relativa ai limiti e al regime giuridico del fenomeno. Ad essa, pertanto, seppure con le precisazioni che si compiranno nei prossimi paragrafi, si seguirà a riferirsi.

2. La rilevanza pratica del tema: pervasività ed eterogeneità del fenomeno.

La rilevanza teorica dell'istituto anticipata nel paragrafo precedente è confermata, se non doppiata, sul piano pratico dalla pervasiva diffusione, oggi forse maggiore che in passato, del fenomeno. Benché nella legislazione italiana non si diano disposizioni che «sia pure a livello meramente nomenclatorio,

²⁸ Già secondo G. MIELE, *Pubblica funzione e servizio pubblico*, cit., 162 una pubblica funzione può essere esercitata «anche da parte di un soggetto privato, rimanendo inalterata la sostanza».

²⁹ M.S. GIANNINI, *Esercizio privato di pubbliche attività*, cit., 686 e M. NIGRO, *Il notaio nel diritto pubblico*, in *Riv. notariato*, 1979, 1151 ss., 1161-1162, che, quanto al primo profilo, identificava l'elemento negativo nella non imputabilità della funzione effettivamente svolta all'amministrazione titolare della medesima. Quanto al secondo profilo osservava che la nozione consisterebbe in una «mera formula descrittiva di realtà molto diverse, le quali vanno disaggregate se si vuole dare di questa realtà una rappresentazione tecnicamente adeguata». M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II ed., Milano, 1988, 360 osservava a questo proposito che «la distinzione fra titolarità ed esercizio di una certa attività [presupposto concettuale su cui si regge l'esercizio privato di funzioni pubbliche] non è ancora la formula adeguata per esprimere la varia natura dei fenomeni che con essa si vuole mettere in luce». Più recentemente hanno condiviso la stessa critica anche N. SAITTA, *Esercizio privato di funzioni e servizi pubblici*, in *Enc. giur. Treccani*, Vol. XIII, Roma, 1989, 1 ss. ed A. AZZENA, *Esercizio privato di pubbliche funzioni e di pubblici servizi*, cit., 165 ss.

menzionino l'esercizio privato di funzioni»³⁰ e nonostante la comparazione, a cominciare da quella con l'esperienza statunitense, mostri quanto il fenomeno possa attestarsi su frontiere ben più avanzate, sono numerose le fattispecie normativamente previste dal nostro ordinamento che possono ricondursi, talvolta agevolmente, talaltra in base a più complessi percorsi ermeneutici, all'istituto in questione.

Si danno così norme che sottraggono determinate funzioni alle autorità pubbliche per affidarne l'esercizio a soggetti privati operanti sul mercato (in concorrenza fra loro o, più raramente, anche con le amministrazioni pubbliche); che abilitano, in via generale o in termini più circoscritti, gli enti pubblici ad esternalizzare talune funzioni; ovvero, ancora, che istituiscono direttamente soggetti di diritto privato affidando loro funzioni precedentemente svolte da enti pubblici.

Se si volesse offrire una fenomenologia esaustiva dell'esercizio privato di funzioni pubbliche – impresa ambiziosa che esula, tuttavia, dalle intenzioni di chi scrive – ci si avvedrebbe ben presto del fatto che nei due ordinamenti qui considerati, ma la tendenza pare diffusa, quest'ultima abbraccia un ampio spettro di funzioni pubbliche.

Sotto il profilo oggettivo, occorre infatti rilevare che sono innanzitutto rinvenibili ipotesi di esercizio privato in relazione a ciascuna delle funzioni proprie dei tre poteri dello Stato; e così, sebbene la maggiore incidenza del fenomeno si rinvenga in relazione alla funzione esecutiva, i privati esercitano nondimeno attività che lambiscono la funzione legislativa e quella giurisdizionale. Essi sono coinvolti, infatti, sia nella produzione di *standard*, norme di condotta e nella fissazione di norme tecniche, partecipando alla regolazione e, dunque, all'esercizio della funzione normativa; sia nella risoluzione di controversie, la quale può avvenire secondo modalità differenti, la più consolidata delle quali assume la forma dell'arbitrato.

Laddove poi, con specifico riferimento alla funzione esecutiva, si prenda a riferimento la sistematica tradizionale delle funzioni pubbliche statali³¹, è facile avvedersi di quanto sia esteso il fenomeno dal punto di vista materiale, spaziando il medesimo dalle funzioni d'ordine a quelle del benessere. In relazione alle prime, i privati contribuiscono ad esempio: al mantenimento della sicurezza pubblica, inclusa quella urbana e quella stradale; alla prevenzione e repressione dei reati tramite l'arresto in flagranza e la denuncia di reati perse-

³⁰ A. AZZENA, *Esercizio privato di pubbliche funzioni e di pubblici servizi*, cit., 166, secondo l'Autore, tuttavia, siffatta circostanza «sminuisce notevolmente la rilevanza pratica della categoria».

³¹ Cfr. per una trattazione sistematica di tali funzioni S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo speciale*, Milano, Voll. I e II, II ed., 2003.

guibili d'ufficio; alla riscossione dei tributi e al governo del territorio, potendo esercitare, da tempi risalenti, poteri ablatori quali quelli espropriativi. In relazione alle seconde, oltre a porre in essere innumerevoli attività di prestazione, gli stessi assolvono sovente la fondamentale funzione di decidere dell'accesso a benefici pubblici, *lato sensu* intesi, da parte di cittadini, utenti di servizi pubblici e imprese. Ulteriori e ben noti esempi sono inoltre rappresentati dall'esercizio privato di funzioni di attestazione e certificazione, dalla gestione e vigilanza di singoli settori del mercato, dal compimento di funzioni ausiliarie o complementari rispetto ai compiti propri delle amministrazioni pubbliche, quali lo svolgimento di adempimenti istruttori, di funzioni di progettazione, direzione dei lavori e collaudo negli appalti di opere pubbliche.

L'ampiezza e l'eterogeneità del fenomeno sono apprezzabili sotto due distinti profili soggettivi, attinenti l'uno alle amministrazioni titolari e l'altro ai privati esercenti.

Per quel che concerne il primo profilo, occorre precisare che l'esercizio privato può interessare funzioni che l'ordinamento assegna a enti pubblici collocati su livelli di governo diversi. Così, ad esempio, nel nostro ordinamento l'istituto trova applicazione sia in relazione alle funzioni statali attribuite alle amministrazioni centrali, sia in relazione a quelle proprie degli enti territoriali minori³². Parimenti accade negli ordinamenti federali, a cominciare da quello statunitense, ove il fenomeno è diffuso a livello federale, statale e locale.

Per quel che concerne il secondo profilo soggettivo, i privati esercenti funzioni pubbliche, complessivamente considerati, rappresentano una categoria estremamente variegata quanto alla forma giuridica assunta. Rientrano infatti nel novero di tali soggetti, fra gli altri: associazioni, fondazioni ed altri organismi privi di finalità lucrative; società ed enti aventi fini di lucro; persone fisiche che esercitino la pubblica funzione quale oggetto principale o accessorio della propria attività professionale³³.

Occorre inoltre precisare che, talvolta, tali soggetti sono privati soltanto dal punto di vista formale, in quanto di proprietà, finanziati, controllati, vigilati o in altro modo sottoposti all'influenza dominante di enti pubblici³⁴. Talaltra,

³² Già G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, Vol. III, cit., 386 affermava che l'esercizio privato di funzioni pubbliche costituisce un «mezzo particolare» di cui si avvalgono tanto lo Stato quanto i c.d. «enti autarchici». Sul punto si veda anche A. MALTONI, *Il conferimento di potestà pubbliche ai privati*, cit., 126 ss.

³³ In argomento si vedano: G. NAPOLITANO, *Soggetti privati «enti pubblici»?», in *Dir. amm.*, 2003, 4, 801 ss.; F. MANGANARO, *Le amministrazioni pubbliche in forma privatistica: fondazioni, associazioni e organizzazioni civiche*, in *Dir. amm.*, 2014, 1-2, 45 ss.; F. SCJARRETTA, *Associazioni e fondazioni con compiti di amministrazione pubblica*, in *Giur. comm.*, 2013, 5, 951 ss.*

³⁴ È il caso – principalmente, ma non solo – delle società a partecipazione pubblica e, in particolare, di quelle *in house*, per un elenco aggiornato delle quali si rimanda ai dati raccolti da

essi sono contraddistinti da maggiore autonomia, dovendosi qualificare come soggetti anche sostanzialmente, e non solo formalmente, privati.

Questa distinzione non è priva di conseguenze, poiché talune questioni, che si collocano tanto a monte – dal punto di vista dei limiti – quanto a valle – dal punto di vista del regime – dell'esercizio privato di funzioni pubbliche, si pongono principalmente in relazione ai soggetti sostanzialmente privati, e non invece a quelli che possono considerarsi tali soltanto dal punto di vista formale. È dunque soprattutto rispetto ai primi che, si ritiene, occorre approfondire l'analisi; ad essi, pertanto, è rivolta l'attenzione del presente lavoro.

3. *La delimitazione dell'oggetto e delle questioni indagate: i limiti e il regime dell'esercizio privato di funzioni pubbliche.*

Stante l'ampiezza del fenomeno, potrebbe trarsi l'impressione che i limiti dell'esercizio privato di funzioni pubbliche, tanto dal punto di vista della teoria generale, quanto della sua concreta configurazione nell'esperienza giuridica, siano di difficile e incerta individuazione.

Tali limiti, come si avrà modo di chiarire, risultano effettivamente sfuggenti sia assumendo una prospettiva descrittiva, nel senso che nell'esperienza empirica si rinvengono manifestazioni del fenomeno in relazione a pressoché tutte

ANAC, consultabili al seguente indirizzo internet: <https://dati.anticorruzione.it/#/inhouse>. Le società partecipate e l'eventuale esercizio di funzioni pubbliche – di natura principalmente strumentale – da parte delle medesime non saranno oggetto di analisi nel presente lavoro, in quanto il loro regime giuridico, a sua volta eterogeneo, articolato e non privo di profili controversi, pone questioni di ordine in parte diverso rispetto a quelle qui affrontate. In argomento si veda, nella prospettiva che qui interessa, A. MALTONI, *Attività amministrativa e soggetti di diritto privato: le società partecipate*, in *Giur. it.*, 2014, 7, 1791 ss. La letteratura che, più in generale, si occupa delle società a partecipazione pubblica è vastissima, si vedano, *ex multis*: M. CAMMELLI, *Società pubbliche (diritto amministrativo)*, (voce), in *Enc. dir., ann.*, Vol. V, Milano, 2012, 1190 ss.; M. CAMMELLI, M. DUGATO, *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, Torino, 2008; V. CERULLI IRELLI, M. LIBERTINI (a cura di), *Iniziativa economica pubblica e società partecipate*, Milano, 2019; F. FRACCHIA, *La costituzione delle società pubbliche e i modelli societari*, in *Dir. econ.*, 2004, 589 ss.; F. GOISIS, *Contributo allo studio delle società in mano pubblica come persone giuridiche*, Milano, 2004; C. IBBA, *Le società legali*, Torino, 1992; G. MORBIDELLI (a cura di), *Codice delle società a partecipazione pubblica*, Milano, 2018; G. NAPOLITANO, *Le società pubbliche tra vecchie e nuove tipologie*, in *Riv. soc.*, 2006, 999 ss.; V. OTTAVIANO, *Sull'impiego a fini pubblici della società per azioni*, in ID., *Scritti giuridici*, Vol. II, Milano, 1992, 115 ss.; M. RENNA, *Le società per azioni in mano pubblica. Il caso delle S.p.A. derivanti dalla trasformazione di enti pubblici economici ed aziende autonome statali*, Torino, 1997; R. URSI, M. PERRINO (a cura di), *Le società a controllo pubblico*, Torino, 2020. In argomento sia consentito rimandare anche a L. PARONA, *L'intervento diretto attraverso l'impresa pubblica*, in M. BOMBARDELLI (a cura di), *L'intervento amministrativo sui mercati. Appunti per le lezioni*, II ed., Torino, 2021, 77 ss., in particolare 83 ss.

le funzioni pubbliche, sia dal punto di vista normativo e nella prospettiva di una sistemazione teorica del tema. Si tratta di una suggestione dalla quale, ove confermata dall'analisi condotta nei due ordinamenti, potrebbero discendere implicazioni di non poco momento sul piano giuridico e su quello delle scelte politiche di fondo – o, se si preferisce, di politica del diritto – circa l'allocazione dei compiti pubblici.

Nonostante le ripetute riflessioni della scienza giuridica italiana, sembra che il profilo concernente i limiti entro cui l'ordinamento ammette l'esercizio privato di funzioni pubbliche sia stato dato in una certa misura per presupposto. La rilevanza di tale aspetto, beninteso, non è stata negata da alcuno, nemmeno nella scienza giuridica statunitense, né mai si è predicata l'insussistenza di un qualche limite al conferimento di potestà pubblicistiche a soggetti esterni al perimetro delle istituzioni pubbliche³⁵. Piuttosto, l'esistenza di tali limiti è stata a lungo considerata un assioma, come tale indimostrato e non sottoposto a vaglio critico.

In altri termini, all'affermazione in base alla quale vi sarebbero funzioni sovrane o inerentemente pubbliche, le quali non potrebbero essere esercitate da soggetti privati, non è sinora seguita un'analisi che, senza preconcetti, s'interrogasse sull'esistenza di siffatti limiti, cercando d'individuare la natura e la consistenza, nonché di precisarne i contenuti. A tale ricerca intende contribuire il presente lavoro, nella consapevolezza che laddove dovesse emergere l'assenza o la sostanziale inconsistenza giuridica di siffatti limiti, circostanza che potrebbe avere indotto, quantomeno implicitamente, la dottrina a desistere dall'occuparsi specificamente di questo profilo, occorrerebbe prenderne atto e darne debitamente conto nella sistemazione scientifica del tema.

Ciò, peraltro, apre a sua volta una serie di interrogativi ulteriori in merito al regime giuridico dell'esercizio privato di funzioni pubbliche e alla tensione, talora manifesta, talaltra celata, tra norme e principi pubblicistici e norme di diritto privato. Nel nostro ordinamento quest'ultimo aspetto è stato, com'è noto, a lungo dibattuto in giurisprudenza, quantomeno per quel che riguarda le funzioni amministrative, per essere poi indagato da diversi Autori e in parte disciplinato dal legislatore; senza, tuttavia, che grazie a ciò si sia raggiunta, almeno secondo chi scrive, una sistemazione del tutto adeguata.

Al di là di una tendenziale equiparazione dei regimi giuridici o, se si preferisce, della progressiva espansione dell'ambito soggettivo di applicazione del

³⁵ Sul punto si veda, per tutti, A. MALTONI, *Il conferimento di potestà pubbliche ai privati*, cit., 87 ss.; ID., *Esercizio privato di pubbliche funzioni*, cit., 570 ss., il quale, dopo essersi chiesto se siano costituzionalmente legittime le disposizioni di legge che conferiscano (o autorizzino il conferimento) di potestà pubbliche ai privati, risponde affermativamente, ricordando l'ordinanza della Corte costituzionale n. 157/2001, su cui si tornerà *infra*, Cap. II, parr. 1 e 1.1.

regime pubblicistico della funzione pubblica, sono infatti innumerevoli gli aspetti ancora controversi. Fra questi ultimi è doveroso interrogarsi, in particolare, in merito alla sussistenza di un regime unitario minimo o, quantomeno, di un insieme di principii comuni alle eterogenee fattispecie riconducibili all'esercizio privato di funzioni pubbliche, in relazione alle quali pare invece stagliarsi una molteplicità di regimi settoriali. Siffatte riflessioni paiono al tempo stesso necessarie e opportune, sia nell'ottica di risolvere specifiche questioni che concernono la disciplina sostanziale e procedurale dell'esercizio privato di funzioni pubbliche, nonché la tutela giurisdizionale avverso quest'ultimo, sia per affrontare, ed eventualmente dipanare, alcune delle preoccupazioni che da tempo gettano un'ombra sul fenomeno; ciò anche, se non soprattutto, in esperienze giuridiche, come quella statunitense, nelle quali il fenomeno presenta un'estensione quantitativa e qualitativa ragguardevoli.

L'analisi dei limiti giuridici dell'esercizio privato di funzioni pubbliche costituisce l'antecedente logico imprescindibile di qualsiasi riflessione s'intenda compiere in merito all'utilità e all'opportunità della scelta di ricorrere ai privati per lo svolgimento di compiti pubblici, nonché di ogni considerazione relativa all'efficienza e all'efficacia di tale soluzione. Tale analisi, inoltre, pare acquisire rilievo in relazione alla questione, indubbiamente più ampia, ma tutt'altro che speculativa, del ruolo svolto nella società contemporanea dai poteri privati o, se si preferisce – ricorrendo ad una recente e suggestiva espressione – “poteri nuovi”³⁶. Le linee di ricerca appena accennate ed altre che potrebbero menzionarsi esulano dal perimetro del nostro lavoro; esse suggeriscono, nondimeno, la bontà delle ragioni che giustificano, *rectius* impongono, la presente

³⁶ Il riferimento è a M.R. FERRARESE, *Poteri nuovi. Privati, penetranti, opachi*, Bologna, 2022. A questo proposito può qui soltanto osservarsi che tanto l'equilibrio tra attori pubblici e privati nell'esercizio di funzioni pubbliche, quanto il concetto stesso di funzione pubblica, sono andati incontro ad un complessivo processo di ridefinizione in virtù della globalizzazione economica. La ridefinizione di tali ruoli, l'emersione di soggetti ibridi impegnati a svolgere compiti fondamentali per il funzionamento della società contemporanea e, soprattutto, l'ampliamento delle ipotesi di esercizio privato di funzioni pubbliche rappresentano, infatti, alcune tra le più rilevanti conseguenze giuridiche della globalizzazione economica e dei mutamenti istituzionali da quest'ultima provocati nell'ambito del rapporto – complesso, ma non necessariamente dicotomico – tra Stato e mercato (sui cui si vedano S. CASSESE, *Lo spazio giuridico globale*, Roma-Bari, 2003; M. D'ALBERTI, *Poteri pubblici, mercati e globalizzazione*, Bologna, 2008; C. FRANCHINI, L. PAGANETTO (a cura di), *Stato ed economia all'inizio del XXI secolo*, Bologna, 2002 e F. MEZZANOTTE, *I poteri privati nell'odierno diritto dello sviluppo economico*, in *Pol. dir.*, 2018, 3, 507 ss., in particolare 516 ss.). V'è inoltre chi, sulle orme del pensiero di John Stuart Mill (cfr., in particolare, *Considerations on Representative Government*, 1861), mette in luce le conseguenze della privatizzazione di compiti pubblici generata dalla globalizzazione rispetto al corretto funzionamento delle istituzioni democratiche (così D. LUSTIG, E. BENVENISTI, *The Multinational Corporation as “The Good Despot”: The Democratic Costs of Privatization in Global Settings*, 15 *Theoretical Inquiries L.* 125 (2014)).

analisi, rispetto alle quali, ci si augura, quest'ultima potrà contribuire a chiarire alcuni punti nodali che troppo spesso sono stati dati per presupposti.

Poiché il fenomeno indagato è, come anticipato, amplissimo, interessando potenzialmente «qualunque forma di attività, dalla quale derivi l'attuazione di fini pubblici, esercitata da privati, ossia da persone fisiche che non abbiano la qualità di organi di enti pubblici»³⁷, per affrontare gli interrogativi riguardanti i limiti e il regime del medesimo occorre qui procedere ad alcune delimitazioni e precisazioni. Tale operazione non è frutto di una scelta arbitraria, né rispecchia preferenze ideologiche di fondo rispetto al tema *de qua*, rispondendo piuttosto, oltre che a oggettive esigenze di sintesi, a quella di offrire un'analisi funzionale alla tesi e al percorso argomentativo che qui s'intendono proporre.

Rimandando al prossimo paragrafo alcune precisazioni relative alla nozione di funzione pubblica, ci si limita a segnalare sin d'ora che, nel solco dell'impostazione zanobiniana e come in parte accennato in precedenza, tra le funzioni pubbliche, particolare attenzione sarà rivolta in questa sede a quelle amministrative³⁸. Queste ultime, come noto, condividono con la funzione legislativa e con quella giurisdizionale il conseguimento di fini pubblici, distinguendosi in virtù di due elementi caratteristici, quali l'immediatezza e la praticità³⁹, consistendo la funzione amministrativa nello svolgimento di un'attività doverosamente volta alla «cura concreta di interessi generali»⁴⁰.

Chiarita tale premessa, occorre ora illustrare come si sia inteso delimitare l'ambito oggettivo della presente indagine. In primo luogo, tra le funzioni pubbliche oggetto di esercizio privato si prenderanno in considerazione fattispecie che più di altre si prestano alla comparazione, in virtù del fatto che riguardano compiti pubblici che presentano una significativa omogeneità strut-

³⁷ G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, Vol. III, cit., 385 che comunque precisava che l'attività in questione, per rientrare nella nozione di esercizio privato di funzioni pubbliche dovesse «essere pubblica non solo per il fine cui serve, ma anche per la sua efficacia giuridica» (p. 386), dovendosi escludere che vi rientrasse il perseguimento di fini pubblici da parte di soggetti privati per mezzo di attività di diritto comune. Accezioni estensive della nozione sono frequenti nell'opera dell'Autore, come quando questi osservava che ad essa potesse riferirsi «qualunque forma di attività privata, attraverso la quale vengano ad attuarsi fini propri dello Stato, o in generale di un ente pubblico» (G. ZANOBINI, *L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici*, cit., 235).

³⁸ Si vedano G. NAPOLITANO, *Funzioni amministrative* (voce), in *Diz. dir. pubbl.*, Vol. III, Milano, 2006, 2631 ss.; M.S. GIANNINI, *Attività amministrativa* (voce), in *Enc. dir.*, Vol. III, Milano, 1958, 988 ss.; E. CASSETTA, *Attività amministrativa* (voce), in *Dig. disc. pubbl.* Vol. I, Torino, 1987, 521 ss.; F.G. SCOCA, *Attività amministrativa* (voce), in *Enc. dir.* (Agg. VI), Milano, 2002, 75 ss.

³⁹ G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, Vol. I, cit., 11.

⁴⁰ M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Vol. I, cit., 75.

turale e funzionale nelle diverse esperienze giuridiche, mettendo efficacemente in luce i profili comuni, i tratti distintivi e, soprattutto, le ragioni dei medesimi⁴¹. In secondo luogo, tali fattispecie sono state prese in considerazione in quanto esemplificative sia di ipotesi tradizionali e consolidate, e per questo non trascurabili, di esercizio privato di funzioni pubbliche, com'è il caso, nel nostro ordinamento, delle funzioni espropriative e di quelle certificative, e, in quello statunitense, della gestione delle carceri, sia di fattispecie che solo a partire da tempi più recenti si possono annoverare fra le medesime, quali quelle riguardanti le funzioni regolative. Si è in terzo luogo condotta l'analisi anche in relazione ad ambiti, quale principalmente quello delle funzioni d'ordine, che nel nostro ordinamento, a differenza di quello statunitense, sono stati convenzionalmente ritenuti estranei al fenomeno, in quanto considerati, come si vedrà non del tutto giustificatamente, coperti da una riserva pubblica. Proprio l'inclusione di tale ambito entro il perimetro dell'indagine risulta particolarmente utile nell'esplorazione dei limiti dell'esercizio privato di funzioni pubbliche.

Dell'esercizio privato di funzioni pubbliche verrà dunque offerta un'analisi di tipo settoriale, in relazione a tre principali categorie di funzioni: le funzioni d'ordine, le funzioni di regolazione e le funzioni certificative. Il sintetico riferimento a tali categorie assolve, peraltro, ad una funzione meramente ricostruttiva ed espositiva, essendo evidentemente irrealistico, oltre che scientificamente errato, ipotizzare «che l'attività umana si possa segmentare nel reale suo svilupparsi secondo le articolazioni che il pensiero elabora a fini teoretici, cioè per poterne avere conoscenza»⁴².

Alla luce di ciò, l'indagine si occuperà distintamente, ma seguendo il me-

⁴¹ Con ciò non s'intende, evidentemente, che solo in presenza di affinità sia possibile svolgere utilmente una comparazione, quanto piuttosto che occorra assicurarsi di porre a confronto istituti, o funzioni, come in questo caso, che siano volti a soddisfare i medesimi interessi e che siano rinvenibili, nei loro tratti strutturali, negli ordinamenti presi in considerazione. Occorre peraltro avvertire che proprio al concetto di funzione pubblica, qui rilevante nella prospettiva del suo esercizio privato, ci si debba accostare con cautela, in quanto su di esso esercitano un'influenza profonda e non sempre evidente le coordinate istituzionali, costituzionali e culturali dell'ordinamento giuridico di riferimento. Per tali considerazioni si vedano, in generale A.M. HESPANHA, *La cultura giuridica europea*, III ed., Bologna, 2013, 14 ss., nonché, con particolare riferimento al tema delle funzioni pubbliche, E. GAMERO-CASADO (ed.), *Administrative public power: comparative analysis in European legal systems*, Navarra, 2021.

⁴² M.S. GIANNINI, *In principio sono le funzioni*, in *Amm. civ.*, 1957, 1, 11 ss., 13. Parimenti già Guido Zanolini osservava che «nonostante l'importanza che il diritto assume nei riguardi dell'azione amministrativa dobbiamo, secondo noi, escludere che una classificazione delle varie manifestazioni di essa possa farsi in base a un criterio giuridico: il diritto regola l'azione amministrativa ma non si confonde col contenuto e con l'essenza di essa» (G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, Vol. V, cit., 8).

desimo percorso analitico, dell'ordinamento italiano e di quello statunitense, ai quali sono rispettivamente dedicati i capitoli secondo e terzo. In entrambi i casi, dunque, s'indagheranno dapprima i limiti di ordine costituzionale e legislativo dell'esercizio privato di funzioni pubbliche; successivamente si svolgerà l'analisi settoriale delle fattispecie rilevanti poc'anzi menzionate e delle questioni poste dalle medesime; infine, si discuterà del regime giuridico dell'esercizio privato di funzioni pubbliche, sia dal punto di vista delle regole e delle garanzie procedurali, sia da quello della tutela giurisdizionale. Conclusivamente, nel capitolo quarto si comporranno, comparandoli tra loro sotto il profilo dei limiti e del regime, gli esiti dell'indagine condotta, i quali dimostrano come la tensione tra forma privata del soggetto agente e natura pubblica della funzione esercitata confermi, sul piano della teoria generale, la rilevanza della distinzione tra diritto pubblico e diritto privato.

4. Notazioni preliminari alla comparazione. L'esercizio privato di funzioni e servizi pubblici: la rilevanza di una distinzione.

Prima di addentrarci nell'analisi del tema secondo il percorso poc'anzi tratteggiato, paiono imprescindibili alcune notazioni preliminari in merito alla nozione di funzione pubblica, la quale è presupposta, evidentemente, da quella del suo esercizio privato, che qui viene in rilievo. Ciò si rende necessario non tanto al fine di formulare nuove definizioni, né di riproporre o sottoporre a critica quelle sin qui avanzate dalla scienza giuridica, quanto piuttosto al mero scopo di precisare, specialmente ai fini della comparazione, i concetti che s'impiegheranno nei capitoli seguenti.

In questa prospettiva, occorre insistere, in particolare, sull'esigenza di mantenere ferma una distinzione, seppur convenzionale, tra la nozione di funzione e quella di servizio, trattate invece congiuntamente, di sovente, da molti Autori che nella letteratura italiana e in quella statunitense si sono occupati dell'esercizio privato di compiti pubblici.

È ampiamente nota, se non addirittura scontata, la considerazione per la quale «mentre lo Stato monoclasse svolgeva precipuamente pubbliche funzioni (difesa, polizia, potestà estera, potestà repressive, ecc.) quello pluriclasse svolge precipuamente pubblici servizi (pubblica istruzione, sanità, assistenza, previdenza, ausili reali e finanziari a cittadini e ad imprese, ecc.)»⁴³. Queste

⁴³ M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Vol. I, cit., 60, nonché F.A. ROVERSI MONACO, *Compiti e servizi. Profili generali*, in L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Vol. II, IV ed., Bologna, 2005, 1 ss.

poche parole di Massimo Severo Giannini offrono una sintesi tanto perentoria quanto chiara del mutamento che ha interessato i compiti dello Stato italiano a partire dai primi decenni del secolo scorso: ai compiti tradizionali dello Stato liberale, le funzioni pubbliche⁴⁴, sono infatti andati via via affiancandosi compiti qualitativamente diversi e quantitativamente più estesi, come l'elargizione di benefici economici e la prestazione di servizi pubblici, i quali con la Costituzione repubblicana sono divenuti strumenti di doverosa attuazione e garanzia dei diritti sociali dei cittadini.

L'esercizio privato ha interessato, e tuttora interessa, compiti pubblici appartenenti ad entrambe le categorie appena menzionate ed è stato, in conseguenza di ciò, sovente teorizzato in modo sostanzialmente unitario, senza che la distinzione tra funzioni e servizi svolgesse in questo frangente un ruolo particolarmente significativo⁴⁵.

Con particolare riferimento all'esperienza statunitense occorre peraltro aggiungere che, da un lato, i pubblici poteri si sono tradizionalmente disinteressati della gestione di attività qualificabili in termini di servizio pubblico, stante la loro tendenziale non doverosità, di talché l'esercizio dei medesimi da parte dei privati ha ivi rappresentato un elemento tradizionale. Dall'altro, e in termini più rilevanti per la nostra analisi, i concetti di *public function* e di servizio pubblico non sono stati oggetto di teorizzazioni sistematiche da parte della scienza giuridica statunitense⁴⁶, acquisendo rilievo soltanto nell'ambito della giurisprudenza in materia di *State action doctrine*, limitatamente, peraltro, all'applicazione del *public function test*⁴⁷.

Eppure, valide ragioni impongono una trattazione distinta dei fenomeni, atteso che l'esercizio privato di una funzione pubblica *stricto sensu* intesa solleva interrogativi peculiari dal punto di vista della tenuta delle garanzie dello

⁴⁴ Sulle funzioni pubbliche come compiti si veda L. TORCHIA, *Funzioni pubbliche* (voce), in *Diz. enc. dir.*, Vol. I, Padova, 1996, 720 ss., 720. In termini più generali sulla nozione giuridica di funzione – anche pubblica – come compito si veda F. MODUGNO, *Funzione* (voce), in *Enc. dir.*, Vol. XVIII, Milano, 1969, 301 ss.

⁴⁵ I principali contributi, già ricordati in precedenza, a cominciare da quello di Zanobini, si occupano congiuntamente dell'esercizio privato di servizi e funzioni pubbliche. Così G. ZANOBINI, *L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici*, cit., e M.S. GIANNINI, *Esercizio privato di pubbliche attività*, cit. Solo A. MALTONI, *Il conferimento di potestà pubbliche ai privati*, cit. ha tentato di isolare il profilo del conferimento di compiti di natura autoritativa, ossia di potestà.

⁴⁶ Cfr. W.A. DIAMOND, *State Action and the Public Function Doctrine: Are There Really Public Functions?*, 13 *U. Rich. L. Rev.* 579 (1979). In termini più ampi si vedano sul tema L.H. TRIBE, *American Constitutional Law*, New York, 1979, 1163, secondo cui «no satisfactory criteria exist to determine what is or is not inherently governmental» e J.E. NOWAK, R.D. ROTUNDA, J.N. YOUNG, *Constitutional Law*, Saint Paul (MN), 1978, 473.

⁴⁷ Cfr. *infra*, Cap. III, par. 2.3.

Stato costituzionale di diritto⁴⁸ e in ordine al tema, qui centrale, dei limiti entro cui il fenomeno può considerarsi ammesso dall'ordinamento.

Avvertita la necessità di tale distinzione e le ragioni d'interesse, in particolare, per l'esercizio privato delle funzioni pubbliche intese in senso proprio, ci si avvede immediatamente del fatto che «la nozione di funzione è tanto ferma e ovvia in apparenza quanto incerta e mobile nella realtà»⁴⁹. In entrambe le esperienze giuridiche qui considerate, ciò vale sia in assoluto, allorché s'ipotizza di isolare la nozione di funzione pubblica⁵⁰, sia in termini relazionali, laddove s'intenda distinguerla da quella di servizio pubblico⁵¹ – prospettiva, quest'ultima, che qui maggiormente rileva.

A partire dalla nota definizione, secondo la quale sono funzioni pubbliche «le potestà che sono esercitate, non per un interesse proprio, o almeno esclusivamente proprio, ma per un interesse altrui o per un interesse oggettivo»⁵², nel secolo scorso si sono affacciate numerose ed eterogenee elaborazioni e definizioni nella scienza giuridica e nella giurisprudenza italiane⁵³.

Secondo l'impostazione prevalente, consolidatasi nella seconda metà del secolo scorso, l'accento nell'individuare la nozione di funzione pubblica dev'essere posto non tanto sulla provenienza soggettiva dell'attività⁵⁴, né sulla

⁴⁸ A questo proposito A. MALTONI, *Esercizio privato di pubbliche funzioni*, cit., 570 ss., sottolinea come sia principalmente rispetto alle funzioni, piuttosto che in relazione all'esercizio privato di servizi pubblici, che assumono rilievo centrale «importanti istituti del diritto amministrativo, quali quelli di autorità amministrativa, di attività amministrativa, di potestà pubblica, di atto amministrativo» (p. 570).

⁴⁹ Così M. NIGRO, *Il notaio nel diritto pubblico*, cit., 439. Anche M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., 85, era giunto a definire l'espressione funzione amministrativa una mera sintesi verbale.

⁵⁰ Oltre alle altre voci enciclopediche e contributi di cui alle note del presente paragrafo si vedano F.S. SEVERI, *Funzione pubblica* (voce), in *Dig. disc. pubbl.*, Vol. VII, Torino, 1991, 69 ss.; E. DIAMANTI, *Funzione pubblica* (voce), in *Diz. enc. dir.*, Vol. I, Padova, 1996, 719 ss.

⁵¹ Si veda G. CAIA, *I servizi pubblici*, in L. MAZZAROLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Vol. I, cit., 131 ss., in particolare 143; G. NAPOLITANO, *Le funzioni*, in S. CASSESE (a cura di), *Istituzioni di diritto amministrativo*, cit., 31 ss.

⁵² S. ROMANO, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1937, 142, nonché ID., *Principi di diritto costituzionale generale*, Milano, 1947, 111.

⁵³ Tra gli studi più risalenti in argomento si veda l'ampia opera in due volumi di M.A. CARNEVALE VENCHI, *Contributo allo studio della nozione di funzione pubblica*, Padova, 1969, nonché F. BASSI, *Contributo allo studio delle funzioni dello Stato*, Milano, 1969. Sulla distinzione tra servizio e funzione si veda invece, per tutti, G. MIELE, *Pubblica funzione e servizio pubblico*, cit., 135 ss.

⁵⁴ F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, 1, 118 ss., 119 osservava a questo proposito come fosse inesatto riferire il termine funzio-

sua eventuale imputabilità formale ad un soggetto pubblico, quanto piuttosto su elementi oggettivi, quali la rilevanza globale dell'attività complessivamente considerata, la sua doverosità, che discende dalla necessità giuridica della funzione per l'ordinamento, e la sua procedimentalizzazione. Il consolidamento della nozione oggettiva di pubblica funzione, come del resto di quella di servizio pubblico, è stato peraltro consacrato dal legislatore in alcune norme di diritto positivo, le quali non hanno tuttavia rilevanza diretta per il diritto amministrativo, potendo al più essere richiamate in un'ottica di coerenza complessiva dell'ordinamento e d'interpretazione sistematica. Si tratta, com'è noto, degli artt. 357 e 358 c.p. che distinguono le due attività al fine di reprimere gli abusi penalmente rilevanti commessi nell'esercizio delle medesime⁵⁵.

La recessività dell'elemento soggettivo ai fini dell'individuazione della nozione è peraltro caratteristica comune alla funzione e al servizio pubblico⁵⁶, come appena accennato, e ciò anche nella prospettiva dell'esercizio privato di entrambe le attività; con la conseguenza che tale elemento non può considerarsi, di per sé, idoneo a distinguere i due concetti.

Ad assumere rilevanza quale tratto distintivo è, piuttosto, l'elemento autoritativo, ossia l'esercizio «di un potere giuridico pubblicistico»⁵⁷, il quale contraddistingue la funzione pubblica e non invece, tendenzialmente e salvo quanto subito si preciserà, il servizio pubblico⁵⁸. Ne risulta così «un'accezione, che potremmo dire enfatica, di pubblica funzione, in cui vi è una funzione definita da un attributo contenutistico: il riferirsi al carattere autoritativo dell'attività»⁵⁹.

Tale criterio distintivo, guardando agli effetti prodotti dall'attività concretamente svolta nella sfera giuridica dei destinatari e muovendo, dunque,

ne a tutte le attività poste in essere da soggetti pubblici, considerando più corretto l'impiego della più generica nozione di «azione», da noi sostituita invece con quella di «attività».

⁵⁵ Tali disposizioni, come noto, pur impiegando una definizione ricorsiva, fanno riferimento alla natura dell'attività svolta. Cfr. *infra* Cap. II, par. 4, in particolare nota 289.

⁵⁶ G. NAPOLITANO, *Servizi pubblici* (voce), in *Diz. dir. pubbl.*, Vol. VI, Milano, 2006, 5517 ss., in particolare 5523.

⁵⁷ G. MIELE, *Funzione pubblica* (voce), in *Noviss. Dig. it.*, Vol. VII, Torino, 1957, 686 ss., 687.

⁵⁸ Come osservava M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Vol. II, cit., 17 «Dottrina e giurisprudenza, dopo un certo travaglio, si sono fermate su questo concetto: che è pubblica funzione l'attività (funzionale) che sia diretta manifestazione dell'autorità, anzi si diceva una volta, della "sovranità" dello Stato. Quindi, applicativamente, l'attività dei poteri legislativo e giurisdizionale è sempre pubblica funzione, mentre l'attività del potere amministrativo è tale solo nelle sue manifestazioni che siano, nel loro insieme, autoritative: tali le attività di polizia, militare, tributaria; le altre manifestazioni sarebbero "pubblici servizi"».

⁵⁹ *Ibidem*.

dalla dimensione pratica, si rivela in grado di offrire, nella maggior parte dei casi e in relazione a esperienze appartenenti a tradizioni giuridiche diverse, una convincente qualificazione teorica della medesima in termini di funzione pubblica o, viceversa, di servizio pubblico. È a tale criterio, pertanto, che l'analisi dell'esercizio privato di funzioni pubbliche presentata in questo lavoro s'ispira, e ciò in particolare in relazione alla ricerca dei limiti del fenomeno e, specularmente, dell'individuazione di eventuali riserve di forma e sostanza pubblicistica dell'attività svolta.

Occorre tuttavia compiere alcune precisazioni in merito all'impiego di siffatto criterio. In primo luogo, deve riconoscersi che «se vi sono da un lato attività che sicuramente sono a contenuto autoritativo, e da un altro attività che sicuramente non lo sono [...] fra queste due vi è tutta una fascia intermedia nella quale la attività si presenta, a seconda dei casi, or come autoritativa or come non autoritativa»⁶⁰. È noto, infatti, che anche alle attività qualificabili come servizio pubblico ineriscano specifici profili contraddistinti da autoritatività⁶¹. Così accade, ad esempio, allorché il gestore del servizio sanzioni gli utenti, eserciti poteri di polizia nei confronti di soggetti terzi, ovvero poteri disciplinari nei confronti dei propri dipendenti, al fine di assicurare la corretta erogazione del servizio, la quale è contraddistinta da doverosità⁶². Tali attività, di per sé non espressive di un'autonoma funzione pubblica, hanno nondimeno natura autoritativa.

In secondo luogo, compiendo un'inferenza ulteriore rispetto al riconoscimento dell'insussistenza di un rapporto necessariamente biunivoco tra natura autoritativa dell'attività e sua qualificazione in termini di funzione pubblica, occorre aggiungere che ci si può trovare in presenza di una funzione anche quando, lungi dall'avere esercizio di un potere autoritativo, ci si trovi piuttosto al cospetto di un potere di scelta. La qualificazione in termini di funzione pubblica dell'attività di scelta è stata ad esempio da tempo affermata dalla giurisprudenza in relazione alla selezione degli appaltatori cui affidare prestazioni inerenti alla realizzazione di un'opera pubblica da parte del privato concessionario⁶³ e lo stesso vale per l'assunzione di decisioni in relazione alla concessione di vantaggi economici.

⁶⁰ *Ibidem*.

⁶¹ Si vedano G. CAIA, *I servizi pubblici*, cit., 144-145; G. ROSSI, *Principi di diritto amministrativo*, IV ed., Torino, 2020, 280.

⁶² Quanto in particolare al potere disciplinare, è noto come esso inerisca generalmente anche ai rapporti di lavoro privati, a prescindere dal fatto che l'attività svolta costituisca esercizio di un servizio pubblico. In argomento si veda S. STACCA, *Il potere disciplinare. Dalla protezione della comunità alla protezione dell'individuo*, Milano, 2018, 23 ss.

⁶³ Così a partire da Cass., sez. un. 3 dicembre 1991, n. 12966.

Infine, vanno escluse dalla nozione di funzione pubblica, non costituendo dunque nemmeno esercizio privato della medesima, sia l'attività di quei soggetti che si trovino ad esercitare un potere di fatto, sia le situazioni in cui il potere, *rectius* la potestà, scaturisca da rapporti di natura contrattuale⁶⁴. Nella prima ipotesi, ci si trova infatti dinnanzi a «poteri decisionali che non sono fondati su particolari prerogative giuridiche ma solo su posizioni di forza economico-sociale»⁶⁵; nella seconda ipotesi, si può invece tutt'al più ricorrere alla nota nozione di «autorità private»⁶⁶.

⁶⁴ Si veda S. ROMANO, *Poteri. Potestà*, in ID., *Frammenti di un dizionario giuridico*, cit., 209 ss., 217. Il riferimento è ai contratti di diritto comune e non invece agli atti negoziali, quali ad esempio gli accordi di cui all'art. 11 l. n. 241/1990, mediante i quali è indubbio che le amministrazioni pubbliche possano esercitare le funzioni loro attribuite dall'ordinamento. In argomento si veda *infra*, Cap. II, par. 2.4.

⁶⁵ C.M. BIANCA, *Le autorità private*, Napoli, 1977, 55, che nondimeno riconosceva in relazione a tali ipotesi che «una soluzione in termini di indifferenza giuridica per il fenomeno appare quanto meno semplicistica in relazione alle istanze che emergono dalla realtà sociale» (p. 56). In argomento si veda anche M. NIGRO, *Formazioni sociali, poteri privati e libertà del terzo*, in *Pol. dir.*, 1975, 579 ss., successivamente anche in AA.VV., *Scritti in onore di Costantino Mortati*, Vol. III, Milano, 1977, 1129 ss.

⁶⁶ C.M. BIANCA, *Le autorità private*, cit.; in argomento si veda più recentemente P. SIRENA, A. ZOPPINI (a cura di), *I poteri privati e il diritto della regolazione*, Roma, 2018.

