

DIRITTO PRIVATO E AMMINISTRAZIONE PUBBLICA: PROBLEMI E SPUNTI DI DIRITTO COMPARATO

Barbara Marchetti

SOMMARIO: 1. *Diritto privato e p.a.: dall'alterità alla compenetrazione*; 2. *Soggetti privati e compiti pubblici*; 3. *Fondazioni e valorizzazione dei beni culturali, tra pubblico e privato*; 4. *Pubblica amministrazione e strumenti privatistici*; 5. *Diritto privato e interesse generale: alla ricerca di un equilibrio*.

1. Diritto privato e p.a.: dall'alterità alla compenetrazione

Il processo di apertura dell'azione pubblica alle regole e alle forme del diritto privato evoca la dicotomia diritto speciale/diritto comune che accompagna da sempre il diritto amministrativo, il suo oggetto, la sua definizione e i suoi confini.

Com'è noto, il primo tratto distintivo del diritto amministrativo francese, culla storica del modello continentale, è stato la specialità delle regole applicabili alla *puissance publique*. Nel *droit administratif*, la natura pubblica dell'interesse perseguito aveva una corrispondenza in un sistema di regole speciali per l'azione dello Stato, in un regime giuridico peculiare dei suoi atti e in un giudice *ad hoc* per le controversie tra cittadino e potere esecutivo.

Rispetto alla specialità del diritto amministrativo francese, al di là della Manica, si affermava la diversa concezione inglese dell'azione amministrativa soggetta alla *ordinary law of the Realm* e alla giurisdizione delle Corti ordinarie, sotto l'influenza del costituzionalista Dicey. Nel Regno Unito, la disciplina dei pubblici poteri si ispirava, in contrapposizione al modello francese, all'altro termine della dicotomia: benché alla Corona si

applicassero consistenti immunità e privilegi, i funzionari pubblici e la loro azione erano formalmente soggetti al diritto comune e i rapporti tra autorità e cittadino si muovevano su un piano di apparente parità.

La diversa impronta dei due ideal-tipi¹ era percepibile, ad esempio, nella materia contrattuale e della responsabilità: in Francia entrambe le vicende erano ricondotte alla sfera pubblicistica, mentre nel Regno Unito l'esistenza di poteri esorbitanti dell'amministrazione non era sfociata in analoghe sistematizzazioni, né aveva portato al riconoscimento della specialità del suo diritto.

Questa iniziale contrapposizione si è, come noto, gradatamente attenuata, anche se non può dirsi dissolta.

Il diritto amministrativo francese ha cambiato il proprio volto: i tratti autoritari sono stati affiancati e doppiati da quelli di garanzia. Inoltre, ai moduli di azione autoritativa si sono affiancati istituti e logiche di carattere consensuale e paritario. Allo stesso modo, l'ordinamento britannico, inizialmente restio ad ammettere l'esistenza di poteri amministrativi esorbitanti in capo alla p.a. ha riconosciuto la *realtà delle cose* e ricondotto a sistema i poteri speciali dell'amministrazione pubblica, ammettendo un regime differenziato di tutela del cittadino per le controversie di *public law* e sancendo, nel noto caso *O'Reilly v. Mackman*, pur con tratti peculiari, la divisione tra *private rights* e *public law rights*.

Ai due processi di evoluzione endogeni si sono aggiunti fattori di convergenza esogeni: primo fra tutti, l'influenza del diritto comunitario, ma anche la circolazione dei modelli, i mutamenti di paradigma legati alla protezione dei diritti fondamentali e alla loro tutela internazionale².

¹ S. CASSESE, *La costruzione del diritto amministrativo: Francia e Regno Unito*, in S. CASSESE, *Il diritto amministrativo. Storia e prospettive*, Milano, 2010, p. 3 e ss.

² S. CASSESE, *La costruzione del diritto amministrativo: Francia e Regno Unito*, cit., p. 3 e ss.

Le convergenze tra i sistemi non hanno riguardato solo l'attività amministrativa autoritativa e il procedimento amministrativo, sua sede naturale di esercizio. Nei diversi Paesi europei, anche l'organizzazione è stata oggetto, a partire dalla seconda metà del XX° secolo, di processi di trasformazione paralleli, legati sia alla privatizzazione degli enti pubblici economici, quale esito dall'integrazione economica europea, sia all'esigenza di contenimento della spesa pubblica, (ormai fuori controllo), sia ancora al coinvolgimento crescente dei privati nell'esercizio di funzioni pubbliche e nella gestione di servizi, necessario per affrontare la complessità dei bisogni collettivi.³

Per effetto di tali mutamenti, sul fronte organizzativo si è avuta una consistente apertura dell'azione pubblica a forme e regole privatistiche, ritenute maggiormente idonee (rispetto a quelle pubblicistiche) a garantire efficienza, flessibilità, economicità e concorrenza nei settori interessati. Ne è conseguita una consistente cura dimagrante dello Stato imprenditore, un ricorso massiccio al contratto per la scelta dei privati chiamati a curare gli interessi pubblici, l'adozione di forme privatistiche e istituti consensuali da parte della stessa amministrazione pubblica⁴.

I modelli organizzativi⁵ e procedimentali (di esercizio delle funzioni e di gestione dei servizi) che si sono generati non sono ascrivibili al solo diritto pubblico. Sia nell'organizzazione, sia nell'azione amministrativa, si è prodotta una combinazione variabile di elementi

³ In questi termini, cfr. G. ARENA, *Cittadini attivi*, Bari, 2011, p. X.

⁴ Per un'illustrazione dei modelli di cooperazione e partenariato pubblico-privato cfr. le riflessioni svolte da F. CORTESE, *Tipologie e regime delle forme di collaborazione tra pubblico e privato*, in F. MASTRAGOSTINO (a cura di), *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo. Dinamiche e modelli di partenariato in base alle recenti riforme*, Torino, 2011, p. 35.

⁵ G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003.

pubblicistici e privatistici, di norme o istituti ispirati da un lato a logiche di paritarietà dei soggetti, dall'altro a regole, garanzie, e limiti concepiti intorno al potere pubblico⁶. Sabino Cassese parla in proposito di embricazione del diritto amministrativo⁷.

La conquista di terreni della sfera pubblica da parte del diritto privato e delle sue regole, tuttavia, non è un processo unidirezionale, né può considerarsi irreversibile: ogni volta che il diritto privato erode il territorio prima occupato dalle norme pubblicistiche (ad esempio, sul fronte delle forme organizzative), si determina una contropinta che ri-pubblicizza (almeno in parte) il nuovo territorio⁸. Il sistema, cioè, reagisce mettendo in campo regole, limiti e garanzie a compensazione dell'avvenuta privatizzazione e lo fa per varie ragioni: per bilanciare il deficit di legittimazione dei soggetti privati, per assicurare la cura dell'interesse generale, per evitare che il fine lucrativo sacrifichi le finalità pubbliche, per tutelare l'imparzialità e l'indipendenza dell'azione privatizzata. Talvolta lo fa prevedendo limiti all'azione del soggetto privato e sottoponendola a regole di diritto amministrativo, talaltra incide sugli assetti organizzativi dei nuovi soggetti, conformandoli.

⁶ Oltre che nei diritti amministrativi nazionali, tale commistione pubblico-privato caratterizza ora anche lo spazio giuridico sovranazionale e globale, dove molte funzioni normative e amministrative sono assegnate a soggetti (o a reti) misti pubblico-privati.

⁷ In *Le basi del diritto amministrativo*, VI ed., Milano, 2000, p. 70.

⁸ G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, cit., p. 75 e ss.; V. CERULLI IRELLI, *Amministrazione pubblica e diritto privato*, Torino, 2011; S. CASSESE, *Le privatizzazioni: arretramento o riorganizzazione dello Stato?*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1996, p. 579.

Così, il diritto pubblico finisce, a sua volta, per contaminare la sfera privatistica, a protezione dei valori tutelati dal diritto amministrativo⁹.

Insomma, le oscillazioni tra pubblico e privato sono seguite per lo più da altrettante compensazioni, volte a riequilibrare i valori e gli interessi in gioco.¹⁰

Esemplificativo, in tal senso, è, per l'ordinamento italiano, l'art. 1 commi 1 e 1 ter della legge 241/90 secondo cui i soggetti privati preposti all'esercizio di attività amministrative assicurano il rispetto dei principi di pubblicità, trasparenza, imparzialità, e perseguimento delle finalità pubbliche¹¹. Anche la disciplina dei contratti riflette la medesima logica: si è ampliato lo spazio del contratto¹² (come strumento per esternalizzare compiti e servizi d'interesse generale) ma a ciò si è accompagnata la previsione di regole volte ad assicurare che il contraente sia adeguato¹³, che le risorse finanziarie della p.a. siano

⁹ Per uno sguardo oltreoceano, cfr. A. C. AMAN Jr, *Privatization, Prisons, democracy, and Human Rights: The Need to Extend the Province of Administrative Law*, 12 *Ind. J. Global Legal Stud.* p. 511 (2005).

¹⁰ M. D'ALBERTI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Torino, 2012; nella prospettiva della giurisdizione cfr. V. PARISIO, *Pubblici servizi e funzione di garanzia del giudice amministrativo*, Milano, 2003.

¹¹ La norma è stata oggetto di numerosi commenti. Tra i molti, cfr. S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Regime giuridico dell'attività amministrativa e diritto privato*, in *Dir. pubbl.*, 2003, p. 405; F. TRIMARCHI BANFI, *Il principio di legalità e l'impiego del diritto privato per compiti dell'amministrazione pubblica*, in *Amministrare*, 2008, p. 5; D. DE PRETIS, *L'attività contrattuale della p.a. e l'art. 1 bis della legge 241/90: l'attività non autoritativa secondo le regole del diritto privato e il principio di specialità*, in www.giustamm.it.

¹² G. NAPOLITANO, *Il principio di contrattualità*, in M. RENNA – F. SAITTA, *Studi sui principi dei diritti amministrativi*, Milano, 2012, p. 551.

¹³ Per inciso, occorre tuttavia rilevare che se in Francia, Italia e Spagna le regole sulla scelta del contraente sono pacificamente ascrivibili al diritto pubblico, e lo erano anche prima delle direttive comunitarie, in sistemi quale il Regno Unito e la

salvaguardate e che lo strumento privatistico non si traduca in indebiti vantaggi a favore di specifici operatori economici in violazione delle regole della concorrenza.

La commistione è necessaria ma può determinare disarmonie: talvolta produce confusione e problemi di delimitazione dei campi e dei rispettivi ambiti valoriali e talaltra genera inefficienza. Si consideri, in questo senso, il fenomeno delle privatizzazioni.

Quando si attua la trasformazione di un ente pubblico in S.p.A., ad esempio, l'ordinamento prevede che non muti il regime della responsabilità¹⁴, non venga meno la giurisdizione della Corte dei Conti (S.U. n. 19667 del 2003 e n. 10063 del 2011¹⁵), né il vincolo ad applicare la legge 241/90 o la normativa sugli appalti pubblici. Ma, oltre a ciò, le leggi di privatizzazione – preoccupate della cura degli interessi generali – si spingono talvolta a prevedere limiti, controlli e poteri di direzione che vanificano i vantaggi ricercati con la forma giuridica privata (in termini di competitività, ad esempio), e che sottraggono al diritto privato persino l'organizzazione interna del nuovo soggetto, le scelte di personale, i profili gestionali e finanziari¹⁶.

In questo caso, la de-pubblicizzazione non sfocia in una privatizzazione reale: a un soggetto pubblico se ne sostituisce uno che, per l'insieme di regole speciali e

Germania, contraddistinti da una diversa tradizione giuridica in materia contrattuale, non è così. Sul punto cfr. *infra*.

¹⁴ L. TORCHIA, *La responsabilità amministrativa per le società in partecipazione pubblica*, in *GDA* 2009, 7, p. 791.

¹⁵ In particolare, secondo la Corte di Cassazione S.U. (10063/2011) spetta alla Corte dei Conti la giurisdizione sulle controversie aventi ad oggetto la responsabilità dei privati funzionari di enti pubblici economici (quali ad esempio i Consorzi per la gestione di opere) anche per i danni conseguenti allo svolgimento dell'ordinaria attività imprenditoriale e non soltanto per quelli cagionati nell'espletamento di funzioni pubbliche o comunque di poteri pubblicistici.

¹⁶ V. CERULLI IRELLI, *op. cit.*, p. 15 e ss.; G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, cit., p. 155 e ss.

derogatorie che lo governano, non può dirsi nemmeno privato¹⁷.

Una vicenda analoga si determina anche per il rapporto di lavoro presso le pubbliche amministrazioni: esso è stato privatizzato nel 1993 per favorire l'ingresso di logiche aziendali e manageriali necessarie a migliorare l'efficienza della p.a., ma è continuamente tormentato dall'esigenza che tali logiche non contrastino con i principi di imparzialità, buon andamento e legalità dell'azione amministrativa, nella ricerca costante di un equilibrio tra due mondi.

Problematico è anche il rapporto tra regole dell'evidenza pubblica e disciplina civilistica del contratto: nel nostro Paese numerose teorie e altrettanti orientamenti giurisprudenziali si sono misurati con il problema delle conseguenze delle patologie dell'evidenza pubblica sulla stabilità del contratto, prima che la direttiva ricorsi 07/66 imponesse una scelta di campo precisa (ma non per questo meno problematica) tra protezione degli interessi della concorrenza e stabilità del rapporto negoziale¹⁸.

¹⁷ E' stato osservato (V. CERULLI IRELLI, *Pubblico e privato nell'organizzazione amministrativa*, relazione al convegno di Palermo, 13.5.2005) che nel panorama delle privatizzazioni, occorrerebbe distinguere tra soggetti privati che gestiscono un servizio pubblico – per cui il regime pubblicistico si applica, ma per una parte molto ridotta dell'attività (quella appunto autoritativa) – e soggetti formalmente privati (perché hanno la veste di S.p.A.) ma sostanzialmente speciali, per la qualità e la quantità di vincoli che regolano la sua organizzazione, i suoi beni, la sua attività. La confusione che ne consegue è evidente, ad esempio, per il regime dei beni, per i quali possono valere diversi regimi a seconda delle scelte operate nella legge di trasformazione. Nel caso dei beni culturali, talvolta questi divengono beni privati notificati, in altri casi mantengono il carattere della demanialità ma appartengono ad un soggetto formalmente privato (è il caso della Patrimonio S.p.A).

¹⁸ La letteratura in materia è amplissima: tra i molti contributi si ricordano F. FRACCHIA, *Il rito speciale sugli appalti e la sorte del contratto: un giudizio a geometria variabile e a oggetto necessario nel contesto della concorrenza*, in www.giustamm.it;

Alla luce di questo quadro in continuo movimento, si cercherà qui di sondare e analizzare, in prospettiva comparata, alcuni processi di penetrazione del diritto privato nell'azione pubblica e le contropinte da questi generate. Ciò anche allo scopo di verificare – in settori limitati ma significativi – se e in che modo il punto di equilibrio tra sfera pubblica e privata sia condizionato dell'impronta originaria dei rispettivi diritti amministrativi e dal modo di concepire il potere pubblico.¹⁹

P. CARPENTERI, *Sorte del contratto (nel nuovo rito sugli appalti)*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 2, p. 664; M. D'ALBERTI, *Interesse pubblico e concorrenza nel codice dei contratti pubblici*, in *Dir. amm.*, 2008, 2, p. 297; P. DE LISE, *Effettività della tutela e processo sui contratti pubblici*, in www.giustizia-amministrativa.it; L. GAROFALO, *Annullamento dell'aggiudicazione e caducazione del contratto: innovazioni legislative e svolgimenti sistematici*, in *Dir. proc. amm.*, 2008, I, p. 138; F. GOISIS, *Ordinamento comunitario e sorte del contratto una volta annullata l'aggiudicazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, I, p. 116; G. GRECO, *Illegittimo affidamento dell'appalto, sorte del contratto e sanzioni alternative nel d. lgs. 53/2010*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2010, p. 731; A. MASSERA, *Annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto: le molte facce di un dialogo asincrono tra i giudici*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2009, 2, p. 285. Sia consentito il rinvio anche a B. MARCHETTI, *Annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto: esperienze europee a confronto*, in *Dir. proc. amm.*, 2008, I, p. 95; B. MARCHETTI, *Il giudice delle obbligazioni e dei contratti pubblici: profili di diritto comparato*, in *Annuario AIPDA, Napoli, ESI*, 2009, p. 313.

¹⁹ Si occupano del tema S. PELLIZZARI (*Soggetti privati che esercitano funzioni procedurali: i rapporti con l'organizzazione amministrativa tra pubblico e privato*, in corso di pubblicazione) e C. FRAENKEL-HAEBERLE, *L'accreditamento in ambito universitario tra pubblico e privato: l'esperienza tedesca*, in corso di pubblicazione) che hanno sviluppato, da diverse angolature, il tema delle attività di certificazione e di accreditamento svolte dai soggetti privati. G. BERTEZZOLO (*Il ruolo delle fondazioni nella promozione dei beni culturali: opportunità, limiti e prospettive future*, in corso di pubblicazione) e E. MITZMAN (*Le fondazioni della pubblica*

2. *Soggetti privati e compiti pubblici*

Innanzitutto sarà preso in esame l'affidamento di compiti pubblici (*munera* e servizi) a soggetti privati e l'applicazione di regole speciali (per lo più pubblicistiche) a garanzia degli interessi generali che ne consegue. Tale intreccio di discipline sarà qui esplorato in alcuni ambiti specifici: quello delle attività di certificazione di qualità (dei prodotti), dell'attività di valutazione del sistema universitario e della valorizzazione dei beni culturali, con specifico riguardo in tale ultimo caso al ruolo delle fondazioni.

La funzione di certificazione "tecnica" dei prodotti industriali – ma lo stesso vale per altri sistemi di certificazione (riferiti a servizi, attività d'impresa, sistemi produttivi, si pensi, ad esempio, ai sistemi di certificazione ambientale) – costituisce un ambito privilegiato di osservazione dei movimenti di oscillazione sopra ricordati.

I sistemi di certificazione privata poggiano generalmente su due livelli organizzativi: al livello superiore, un organismo esercente poteri pubblici (non rileva la sua natura pubblica o privata) accredita i soggetti privati idonei a svolgere l'attività di certificazione. Al livello inferiore, gli organismi privati svolgono concretamente l'attività di certificazione (su base volontaria o obbligatoria) in applicazione di standard e regole tecniche predeterminate, talvolta in supporto all'amministrazione, che resta titolare della competenza a emanare l'atto finale, talaltra adottando essi stessi gli atti di certificazione.

Secondo questo schema, fatto proprio ad esempio dalle direttive europee di armonizzazione tecnica per i

amministrazione nel settore della cultura: una prospettiva di diritto comparato, in corso di pubblicazione) hanno studiato il ruolo, rispettivamente in Italia e in prospettiva comparata, delle fondazioni nella tutela dei beni culturali.

prodotti industriali o biologici (e per le certificazioni ambientali) l'attività di accreditamento è soggetta ai vincoli e ai principi pubblicistici propri della funzione pubblica²⁰ e garantisce "a monte" il controllo sul sistema privato di certificazione; mentre i soggetti certificatori svolgono la propria attività compiendo gli atti di verifica tecnica in luogo o per l'amministrazione, assicurando la conformità del prodotto rispetto alle norme tecniche di riferimento²¹.

Un'attività produttiva di certezze tradizionalmente svolta da soggetti pubblici è così svolta in regime di libero mercato da soggetti privati. Questo spostamento, tuttavia, non avviene senza una corrispondente soggezione dell'attività di certificazione a forme e tecniche di controllo necessarie per garantire la protezione degli interessi generali. Ma il grado di tale ri-pubblicizzazione può variare sensibilmente: così l'attività in questione potrebbe essere connotata quale funzione pubblica oppure costituire un'attività economica privata sottoposta ad alcuni controlli o a regole di tipo organizzativo.

Prescindendo dalle scelte operate dai legislatori nazionali sul punto, la Corte di giustizia ha, per esempio, affermato che la natura tecnica delle attività di certificazione compiute dai privati e l'assenza in esse di

²⁰ In questo senso, ad esempio, il regolamento 765/2008 e la decisione 768/2008 stabiliscono la necessaria indipendenza, oggettività e imparzialità dell'ente che esercita a monte la funzione di accreditamento dei verificatori e certificatori privati. Da rilevare che il diritto UE non obbliga le imprese a rivolgersi ai certificatori privati, poiché la certificazione del prodotto alle regole tecniche elaborate dal CEN può essere anche autocertificata dall'impresa. Approfonditamente sul punto A. BENEDETTI, *Certezza pubblica e "certezze" private. Poteri pubblici e certificazione di mercato*, Milano, 2010, p. 122 e ss.. In generale in argomento cfr. anche C. FRAENKEL-HAEBERLE, *Unternehmerische Organisationsformen öffentlicher Verwaltungstätigkeit*, in *Die öffentliche Verwaltung* (DÖV), 2012, p. 24.

²¹ Il tema delle certezze pubbliche e private è stato esaminato approfonditamente, da ultimo, da A. BENEDETTI, op. cit.

elementi di discrezionalità, ne escluderebbero la riconducibilità alla sfera dei pubblici poteri.

L'azione dei privati certificatori non costituirebbe così, per il giudice europeo, esercizio di funzione pubblica: al contrario, il diritto pubblico si fermerebbe a monte dell'attività "delegata", condizionando gli assetti organizzativi degli organismi certificatori e sottoponendoli ad un controllo, (talvolta assistito da un potere anche sanzionatorio) da parte dell'ente di accreditamento, al fine di garantirne professionalità, indipendenza e assenza di conflitto di interessi²².

Ciò sarebbe sufficiente a garantire gli interessi pubblici in gioco.

Tale indirizzo, funzionale a limitare l'area dei poteri pubblici e a tutelare così le libertà economiche di stabilimento, porterebbe così a estromettere dall'area della funzione pubblica queste attività, produttrici di certezze, che in ragione della loro natura e delle condizioni in cui sono svolte (di mercato), non avrebbero titolo per rientrarvi²³.

Così, sebbene nel caso C-404/05, *Commissione c. Germania* deciso nel 2007 (29 novembre) la Repubblica federale tedesca sostenesse che l'attività di certificazione (relativa al marchio biologico) svolta dai soggetti privati andava considerata "una partecipazione diretta e specifica

²² Ciò tuttavia non è sempre vero: in alcune ipotesi, è il caso delle SOA (Società Organismi di Attestazione) operanti nel settore dei contratti pubblici è, infatti, lo stesso legislatore a prevedere la natura pubblicistica dei poteri esercitati, attraendo l'attività di tali società private di certificazione nella sfera del diritto pubblico e dei relativi meccanismi di tutela. (di "funzioni di natura pubblicistica" in capo alle SOA parla l'art. 40 comma 3 del Codice)

²³ Così Corte di giustizia, 29 novembre 2007, in causa C-393/2005, *Commissione c. Austria*, e in causa C-404/05 *Commissione c. Germania*, punti 36 e ss.; ma anche prima Corte di giustizia 5 dicembre 1989, in causa C-3/88, *Commissione c. Italia*; Corte di giustizia, 22 ottobre 2009, in C-438/08, *Commissione c. Portogallo*.

all'esercizio dei pubblici poteri", la Corte ha negato la fondatezza di tale argomento in base alla stretta ausiliarietà dei compiti degli organismi privati certificatori rispetto al sistema pubblico di controllo e alla responsabilità in capo alle autorità di sorveglianza delle decisioni adottate dagli enti privati certificatori. Nella decisione della Corte, l'attività svolta dai privati costituisce dunque un'attività d'impresa, da proteggere da indebite restrizioni basate sulla natura pubblica dei poteri esercitati.

La medesima soluzione è stata individuata nel caso C-438/08, *Commissione c. Portogallo*, in cui l'attività di revisione di veicoli da parte di soggetti privati è stata riconosciuta come estranea all'esercizio di pubblici poteri (nel caso di specie la normativa portoghese prevedeva che, in ragione degli interessi pubblici in gioco, tale attività potesse essere svolta dalle sole società autorizzate dal Ministero in base ad una valutazione discrezionale) e dunque protetta dall'art. 43 del Trattato.

Alla luce di questo inquadramento, gli strumenti di protezione dei soggetti destinatari della certificazione (impresa certificata e consumatori dei prodotti certificati) non sarebbero dunque quelli tipici del diritto pubblico (regime amministrativo degli atti, sindacabilità e impugnabilità dinanzi allo stesso giudice dell'amministrazione) ma consisterebbero negli strumenti di tutela di natura civilistica (*in primis* responsabilità contrattuale e extracontrattuale) azionabili dinanzi al giudice ordinario affiancati, in alcune ipotesi, dai poteri di denuncia presso le autorità di controllo e sorveglianza nei confronti degli organismi certificatori²⁴.

La giurisprudenza comunitaria fissa così alcuni criteri per stabilire l'area della funzione pubblica nella logica delle libertà economiche, testimoniando, ci pare,

²⁴ Dubbia è invece la collocazione nell'alveo del diritto pubblico delle certificazioni di conformità per l'apposizione del marchio comunitario DOP compiute dagli organismi certificatori privati ai sensi dei regolamenti CE 509 e 510 del 2006 (per approfondimenti cfr. A. Benedetti, *op. cit.*, p. 167 e ss.).

una tensione di fondo: da un lato l'affidamento di compiti o servizi pubblici ai privati non elimina la necessità di un controllo sull'attività privata a garanzia degli interessi generali; dall'altro, tuttavia, la cura di tali interessi non può e non deve implicare sempre la riconduzione dell'attività dei privati alla sfera dei poteri pubblici, né la sua sottoposizione alle regole tipiche della funzione pubblica, pena la compressione dell'area delle libertà economiche e la sottrazione di tali compiti alle logiche del mercato.

Orientamento questo della Corte europea che interseca anche il dibattito della dottrina inglese intorno al tema della sindacabilità degli atti dei privati con la procedura di *judicial review* apertosi dopo il caso *R. v Panel on Take-Overs and Mergers ex p. Datafin* (1987)²⁵. Nella faticosa ricerca dei nuovi confini tra ciò che è *public function* e ciò che non lo è, sembra emergere la tendenza delle Corti inglesi a considerare pubblico solo quel potere che è assegnato da una norma ad un soggetto che in situazione di monopolio (senza che il destinatario della decisione abbia cioè alcuna possibilità di scelta) lo esercita. Ciò che le porta a ritenere estranee a situazioni di potere pubblico, ad esempio, le ipotesi in cui la fonte del potere non è *statutory* (normativa) ma contrattuale, come

²⁵ Sui nuovi confini del *judicial review*, cfr. D. MAC SITHIGH, *Datafin to Virgin Killer: self-regulation and public law*, Norwich Law School Working Paper Series 09/02, 2009; C.D. CAMPBELL, *The Nature of Power as Public in English Judicial Review*, in *Cambridge Law Journal*, March 2009, p. 90 e ss.; S. PALMER, *Public Functions and Private Services: A Gap in Human Rights Protection*, in *Intern. J. Const. L.*, 2008, p. 6; A. WILLIAMS, *YJ v. Birmingham City Council: Contracting Out and "Functions of a Public Nature"*, (2008) *EHRLR*, p. 524; F. GOISIS, *I concetti di "public authority" e di "function of a public nature" nell'applicazione dello Human Rights Act 1998 in Gran Bretagna. Alcuni spunti per un'interpretazione della nozione di attività (oggettivamente) amministrativa di cui all'art. 1 comma 1-ter della legge 241/90*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, 2, p. 521.

sarebbe appunto nel caso degli organismi certificatori che operano in regime di concorrenza²⁶.

Problemi analoghi a questi appena considerati, sono rinvenibili anche nel sistema di accreditamento universitario tedesco. La novella della I. quadro sull'università, emanata nel 1998, ha creato, anche in tale settore, un sistema di doppio accreditamento che prevede che i compiti di valutazione siano svolti da soggetti privati, dotati della necessaria *expertise* per la valutazione in ambito universitario²⁷. In base ad un accordo tra i diversi Länder, è stato istituito il Consiglio per l'Accreditamento, con veste di fondazione pubblica, cui sono stati affidati i compiti di accreditamento delle Agenzie private (*Akkreditierungsrat*) per la valutazione universitaria. Queste operano una valutazione di programmi e di corsi di laurea (e dal 2007, di sistema), volta a verificare la sussistenza di requisiti qualitativi adeguati ad assicurare "gli standard minimi tecnico-contenutistici" e "la loro rilevanza per il mondo del lavoro". Da notare che, in base al diritto del Land, l'accREDITAMENTO può essere obbligatorio o facoltativo.

Considerata l'incidenza di tali valutazioni sulla libertà d'insegnamento, il sistema privato di accreditamento è stato sottoposto a critica dalla dottrina. Da un lato, le agenzie private soffrirebbero di un deficit di

²⁶ C.D. CAMPBELL, *cit.*, p. 116: in questo senso, pubblico sarebbe un potere « *that is exercised by a person or body in the carrying out of a particular function, where only that person or body performs the function* ». In queste circostanze, infatti, « *someone who might be adversely affected by the exercise of power in the carrying out of the function in question would be unable to choose to deal with an alternative decision-maker* ».

²⁷ Un'analisi del sistema di certificazione privata svolto nei confronti delle università tedesche è compiuta da C. FRAENKEL-HAEBERLE, *L'accREDITAMENTO in ambito universitario tra pubblico e privato: l'esperienza tedesca*, *cit.* Poiché l'Università costituisce una competenza dei Länder, i singoli Land decidono in che misura la valutazione sia necessaria ai fini della qualifica di un ente come università privata.

legittimazione; dall'altro, tale deficit sarebbe aggravato dalla vaghezza e indeterminatezza dei parametri tecnici e normativi applicabili, con conseguente violazione del principio dell'essenzialità (*Wesentlichkeitsprinzip*) che impone la fonte legislativa e il rispetto del principio democratico per ogni atto capace di incidere sulle libertà fondamentali. Due le costruzioni teoriche impiegate per risolvere i problemi di legittimazione del sistema privato e ricondurlo nella sfera pubblica e nei suoi meccanismi di legittimazione: da un lato si è ricostruito il rapporto tra autorità pubblica (di accreditamento) e agenzia privata come concessione, così da mantenere in capo al Consiglio per l'Accreditamento l'imputabilità dell'attività valutativa. In alternativa, il ruolo delle agenzie deve essere inteso come solo ausiliario rispetto all'amministrazione, disconoscendo la portata autonoma dell'apporto valutativo (quantomeno nei Länder in cui l'attività dell'agenzia non sostituisce l'autorizzazione ministeriale, ma la prepara).

Anche qui il livello superiore di accreditamento ha una funzione di garanzia del sistema privato di valutazione ma, rispetto all'ipotesi dell'attività di certificazione privata sopra esaminata, una scriminante consisterebbe nel contenuto opinabile e soggettivo delle valutazioni operate dalle agenzie di accreditamento universitario le quali, fondando i propri giudizi su concetti giuridici indeterminati, evocherebbero la sfera di attività riservata all'autorità pubblica e le corrispondenti garanzie in termini di legittimazione (a monte) e di sindacato giurisdizionale (a valle)²⁸.

Secondo la dottrina tedesca, l'esercizio di tali compiti da parte di soggetti privati andrebbe quindi accompagnato da strumenti di garanzia di natura pubblicistica, in direzione o di una ri-pubblicizzazione del regime degli atti compiuti dalle agenzie di accreditamento

²⁸ Il sistema tedesco si ispira al modello inglese di accreditamento delle università: in prospettiva comparata cfr. G. FINOCCHIETTI, *L'accreditamento delle università. Francia, Regno Unito, Usa, Italia*, in www.

(nel caso in cui l'accreditamento sia obbligatorio) secondo lo schema della concessione, oppure del riconoscimento della natura strumentale dell'attività certificativa privata rispetto all'azione dell'amministrazione pubblica (Ministero dell'Istruzione), cui andrebbe ricondotta la responsabilità finale.

3. (segue) *Fondazioni e valorizzazione dei beni culturali, tra pubblico e privato*

Nel settore dei beni culturali, più che in altri ambiti, le fondazioni costituiscono lo strumento privilegiato di intervento dei poteri pubblici²⁹. Da un lato, sono le caratteristiche funzionali di tale istituto (destinazione di un patrimonio a uno scopo) a renderlo a ciò congeniale, dall'altro esso si presta a favorire l'ingresso di soggetti privati in un settore che non può più contare su risorse pubbliche adeguate e sufficienti a coprirne i bisogni³⁰. Tuttavia, la creazione di fondazioni con compiti in materia di beni culturali non ha generato

²⁹ E. MITZMAN e G. BERTEZZOLO hanno esaminato rispettivamente le fondazioni di origine pubblica in prospettiva comparata e italiana nel settore della tutela dei beni culturali. Si noti che nel settore dei beni culturali opera in Italia il 59 % delle fondazioni pubbliche. Cfr. E. MITZMAN, *op. cit.*

³⁰ Le differenti tipologie di fondazione – mista, pubblica, privata – non saranno oggetto specifico di questa trattazione, ma il ricorso ai diversi tipi negli ordinamenti indagati sarà funzionale a riflettere, ancora una volta, i rapporti tra pubblico e privato. Per un inquadramento delle fondazioni legali cfr. S. DE GÖTZEN, *Le fondazioni legali tra diritto amministrativo e diritto privato*, Giuffrè, Milano, 2011; F. MERUSI, *Sulla natura giuridica dei cd. enti-fondazione*, in *Dir. amm.*, 1993, p. 481; Idem, *La privatizzazione per fondazioni tra pubblico e privato*, in *Dir. amm.*, 2004, p. 447; G. NAPOLITANO, *Le fondazioni di origine pubblica: tipi e regole*, in S. RAIMONDI – R. URSI (a cura di), *Fondazioni e attività amministrativa*, Torino, 2006, p. 66; G. MORBIDELLI, *Le fondazioni per la gestione dei beni culturali*, in www.giustamm.it; Idem, *Le attività delle fondazioni tra diritto pubblico e diritto privato*, in www.giustamm.it.

un'effettiva privatizzazione del settore, manifestando piuttosto una tensione costante tra desideri di apertura al mercato ed esigenze di conservazione del monopolio pubblico.

In Italia, com'è noto, una spinta decisiva verso il modello fondazionale si è avuta da un lato con la trasformazione forzata di alcuni enti culturali in fondazioni (è il caso degli enti lirici, ad esempio³¹), dall'altro con il d. lgs. 368 del 1998, che ha riconosciuto al Ministero per i beni e le attività culturali il potere di costituire o partecipare a società, associazioni e fondazioni culturali (art. 10), anche con soggetti privati, conferendo in uso al patrimonio della fondazione i beni culturali in consegna.

Sia nel primo sia nel secondo caso, il ricorso a tale figura soggettiva, giustificato per garantire una gestione più razionale ed efficiente dei compiti pubblici e attrarre capitali privati, è stato accompagnato dalla previsione di discipline speciali, dai tratti più o meno spiccatamente pubblicistici, contenute nelle leggi di privatizzazione e volte ad assicurare un controllo adeguato dell'amministrazione sull'ente fondazionale.

In particolare, le fondazioni istituite o partecipate dal Ministero, hanno trovato nel dm 27 novembre 2001 n. 491, un corpo di regole sui criteri e limiti di partecipazione dei soggetti privati, sui poteri di controllo e d'indirizzo del Ministero, e sul funzionamento degli organi di governo che è stato considerato difficilmente compatibile con il modello fondazionale di diritto comune e con l'autonomia delle persone giuridiche private, protetta dall'art. 41 Cost³².

³¹ Le vicende della trasformazione degli enti lirici sinfonici in fondazioni speciali per effetto del d. lgs. 367 del 1996 e poi della legge 6 del 2001 sono ricostruite da S. DE GÖETZEN, *Le fondazioni legali tra diritto amministrativo e diritto privato*, cit., p. 225 e ss.

³² Secondo G. MORBIDELLI (*op. cit.*), l'insieme dei poteri del Ministero, stabiliti dal d.m. 491/2002, appaiono incompatibili con la natura privata di tali fondazioni e sono piuttosto la conferma della loro natura pubblica per "destinazione

D'altro canto, il codice dei beni culturali e del paesaggio (d. lgs. 22 gennaio 2004, n. 42) ha previsto, accanto all'affidamento a istituzioni, fondazioni, società ecc. "costituiti o partecipati, in misura prevalente, dall'amministrazione pubblica cui i beni pertengono" (art. 115), l'affidamento a terzi delle funzioni di valorizzazione³³ del patrimonio culturale tramite concessione, nel tentativo di superare una tradizione di esclusivo dominio pubblico³⁴.

L'art. 117 del Codice stabilisce poi che sempre ai terzi possono essere dati in concessione i servizi di assistenza culturale e di ospitalità per il pubblico, servizi dunque secondari rispetto ai compiti di valorizzazione, e consistenti, ad esempio, nell'attività editoriale, di accoglienza, informativa.

È stato osservato, tuttavia, come in entrambi i casi l'arretramento del pubblico sia contenuto, perché l'affidamento ai privati dei compiti di valorizzazione dei beni culturali (è questo lo spazio entro cui il codice ammette l'intervento dei soggetti privati) tramite

originaria", (...) e "ciò tanto più se la fondazione ha il suo patrimonio più prezioso, e in fondo l'essenza stessa dei suoi scopi, nel diritto d'uso sui beni mobili e immobili concesso dal Ministero".

³³ Sui compiti di valorizzazione dei beni culturali cfr. L. CASINI, *La valorizzazione dei beni culturali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2001, 3, p. 651.

³⁴ C. BARBATI, *Pubblico e privato per i beni culturali, ovvero delle "difficili sussidiarietà"*, in *Aedon* 2001, p. 3; L. CASINI, *Beni culturali*, in S. CASSESE, *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, *ad vocem*. Si rilevi che resta ferma la preferenza per la gestione diretta delle funzioni di valorizzazione del patrimonio culturale: stabilisce, infatti, il IV comma dell'art. 115 che "lo Stato, le regioni e gli altri enti pubblici territoriali ricorrono alla gestione indiretta al fine di assicurare un miglior livello di valorizzazione dei beni culturali", stabilendo che "la scelta tra le due forme di gestione (...) è attuata mediante valutazione comparativa in termini di sostenibilità economico-finanziaria e di efficacia, sulla base di obiettivi previamente definiti".

provvedimento di concessione (preceduto da gara pubblica nel caso in cui l'attività di valorizzazione abbia carattere commerciale), consente di mantenere in capo all'amministrazione un controllo penetrante sull'operato del concessionario e sulle scelte strategiche e gestionali³⁵, rendendo difficoltoso un coinvolgimento effettivo dei privati³⁶.

Complessivamente, e in estrema sintesi, le rigidità legate alle modalità di ingresso dei privati nella gestione dei beni culturali, da un lato, e il regime di specialità che spesso caratterizza le fondazioni di origine pubblica, dall'altro, sono ritenute una causa, nel nostro Paese, della limitata "privatizzazione" del settore culturale³⁷: sicché un modello, quello fondazionale, adatto in astratto a reperire finanziamenti privati e collaborazioni strategiche e gestionali per la cura del patrimonio culturale pubblico non è parso capace, con qualche eccezione – il Museo

³⁵ Con la stessa modalità, possono essere affidati ai privati, anche in forma di fondazioni, i servizi aggiuntivi di cui parla l'art. 117 del Codice, ossia l'editoria, la vendita di cataloghi, l'accoglienza, l'informazione e i servizi di guida didattica. Complessivamente, la rigidità dello strumento concessorio e la sua lunga durata non consentono un inserimento flessibile e fruttuoso dei privati nell'attività di valorizzazione dei beni culturali: attraverso la concessione, infatti, l'ente pubblico tende a mantenere il monopolio delle scelte strategiche di valorizzazione del patrimonio culturale relegando i privati a meri esecutori dei servizi. Così G. BERTEZZOLO, *Il ruolo delle fondazioni nella promozione dei beni culturali: opportunità, limiti e prospettive future*.

³⁶ Lo strumento concessorio è d'altro canto necessario se si considera che ai privati è riconosciuto un diritto di godimento di spazi pubblici e di beni pubblici in via riservata o esclusiva. In argomento cfr. L. CASINI, *Pubblico e privato nella valorizzazione dei beni culturali*, in *GDA*, 2005, 7, p. 785.

³⁷ Nei casi in cui il privato partecipa come socio fondatore nelle fondazioni di partecipazione, come nel caso del Museo Egizio di Torino, sono così ingombranti i poteri ministeriali (previsti dal dm 491/2002) da ostacolare un'apertura effettiva ed incisiva alla partecipazione dei privati. G. MORBIDELLI, *op. cit.*

Egizio di Torino³⁸ – di attenuare fino ad ora la logica del monopolio pubblico.

Una considerevole resistenza all'ingresso dei privati nelle politiche di gestione dei beni culturali si ritrova anche in Francia, dove le fondazioni hanno stentato ad affermarsi in virtù di una certa diffidenza verso l'immobilizzazione patrimoniale: anche se erano ammesse dalla giurisprudenza, solo nel 1987 (*Loi sur le développement du mécénat* (l. 87-571/1987) vengono previste le *Fondations reconnues d'utilité publique* (FRUP), la cui procedura di riconoscimento è stata via via semplificata (da provvedimento concessorio discrezionale a procedura di silenzio-assenso)³⁹.

Nel settore della tutela dei beni culturali, l'istituzione (con legge) di fondazioni partecipate pubblico-private appare prevalente e con esse il conseguente intreccio di disciplina pubblica e privata. La *Fondation de France* e la *Fondation du Patrimoine*, due dei maggiori enti fondazionali operanti nel settore culturale, presentano una combinazione di elementi privatistici e pubblicistici: la prima, volta a finanziare

³⁸ La Fondazione Museo delle Antichità Egizie di Torino è stata fondata dal Ministero per i beni e le attività culturali (che vi ha conferito in uso per trent'anni i propri beni) nel 2004 e costituisce una fondazione mista pubblico/privata cui partecipano anche la Regione Piemonte, la Provincia di Torino la Città di Torino, la Compagnia di San Paolo e la Fondazione Cassa Risparmio di Torino (CRT). Nel Consiglio di Amministrazione siedono due membri nominati dal Ministro, il Direttore generale per i Beni culturali del Piemonte, tre consiglieri nominati rispettivamente da Regione, Provincia e Comune, due nominati dalla Compagnia di S. Paolo e uno dalla Cassa di Risparmio di Torino. Tale composizione assicura comunque la maggioranza del pubblico nell'adozione delle scelte strategiche e gestionali. Affianca il CdA un comitato scientifico composto di esperti esterni.

³⁹ Mentre è dubbia l'istituzione da parte di una p.a. di una fondazione privata *tout court*, ritenuta dal Conseil d'Etat francese, un mero *demembrement* della stessa amministrazione. In questo senso. Cfr. E. MITZMAN, *op. cit.*

attività culturali nei diversi campi della ricerca, della cultura, della scuola, ha soci fondatori privati ma presenta, nel consiglio di amministrazione, un terzo di componenti di nomina governativa. La seconda, che ha lo scopo di recuperare e acquistare i beni del patrimonio non protetto sul territorio francese, ha anch'essa soci fondatori privati ma al suo interno una partecipazione significativa di rappresentanti della pubblica amministrazione. Entrambe sono soggette al controllo della Corte dei Conti (nonostante il patrimonio sia di origine privata). Da rilevare che la *Fondation du Patrimoine* esercita in qualche caso poteri di natura autoritativa, tra cui l'avvio della procedura espropriativa per le proprietà il cui acquisto sia necessario per la conservazione. Alcuni atti della fondazione, inoltre, sono sottoposti all'approvazione governativa.

A livello locale, alle fondazioni sono preferite le *associations para-administratives*, (*associations déclarées*, prive di *reconnaissance d'utilité publique*) attraverso cui l'amministrazione coopera con il privato nella gestione di musei, biblioteche e teatri. L'apporto dei privati, tuttavia, è spesso ininfluente, essendo garantita la maggioranza ai rappresentanti delle collettività territoriali. Per queste ragioni, la dottrina le considera una forma di *gestion publique dissimulée*, per lo più sottratta al controllo democratico. In qualche caso, i servizi di carattere culturale sono gestiti anche attraverso la figura del *Groupement d'interet public* (GIP), che costituisce un'altra forma flessibile di gestione da parte della p.a. con struttura parternariale per certi versi simile alla fondazione mista (ma per la cui istituzione non è necessario il conferimento genetico di un patrimonio). A riprova della preferenza accordata dall'ordinamento alla gestione pubblica, nel 2002 è stato creato un nuovo ente pubblico, l'*établissement public de coopération culturelle* (EPCC), in cui non si prevede alcuna partecipazione privata ma la cooperazione tra diversi livelli di governo aventi competenze in materia culturale.

L'impronta pubblicistica appare forte anche nelle fondazioni culturali spagnole: nonostante la presenza di fondatori privati, le principali fondazioni hanno *patronado* di nomina prevalentemente pubblica (così è per i maggiori musei, così è per la *Fundación Colección Thyssen-Bornemisza*, nata dall'accordo tra la fondazione privata *Colección Thyssen-Bornemisza* e il Regno di Spagna). In altri casi, ad esempio per la gestione del patrimonio storico-artistico appartenuto alla Corona, la gestione dei beni – ancora in uso alla Corona sebbene di proprietà dello Stato – spetta al *Consejo de Administración del Patrimonio Nacional*, che li amministra in modo fiduciario.

Nel Regno Unito – Paese in cui si sono tradizionalmente riconosciuti maggiori spazi operativi al diritto privato – il riconoscimento come *charitable trust*, istituto funzionalmente corrispondente alla fondazione per scopi pubblici, dipende da due requisiti stabiliti dalla legge⁴⁰: il perseguimento di uno scopo *charitable* (tali sono, ad esempio, la promozione della ricerca, della scienza e della cultura) e il fatto che l'attività abbia come beneficiario il pubblico. Se tali condizioni sono rispettate, la *Charities Commission*, un organismo indipendente dall'esecutivo, provvede alla registrazione del trust ed esercita incisivi poteri di controllo e di sorveglianza sull'operato dei *board of trustees*, per assicurare il rispetto della disciplina normativa e l'assolvimento dei compiti pubblici: si tratta di atti di ispezione, di autorizzazione e anche sanzionatori, che possono giungere fino allo scioglimento della *charity*⁴¹.

Nel settore culturale, e in particolare della conservazione del patrimonio storico, artistico e architettonico i principali *charity* sono i *building preservation trusts* per il finanziamento delle attività di

⁴⁰ Si tratta del *Charities Act* del 2011.

⁴¹ Per alcune *Charities (exempt charities)* non tenute alla registrazione la sorveglianza e il controllo sono affidati ad altri organismi o ai Ministri della Corona. Cfr. E. MITZMAN, *op. cit.*

conservazione del patrimonio, anche tramite acquisizione e locazione degli immobili. Tra essi, va segnalato il *National Trust for Places of Historic Interest or Natural Beauty*, nato nel 1849 come associazione privata e poi sciolto e ricostituito con legge del Parlamento nel 1907: esso ha una struttura associativa aperta alla partecipazione dei privati ed è amministrato da un *board* scelto da un organo assembleare costituito dai membri della Charity (per metà) e da rappresentanti di altri enti e associazioni preposti alla cura di interessi pubblici. Nel *board* non sono necessariamente rappresentate le amministrazioni pubbliche e il patrimonio è costituito prevalentemente da donazioni e proventi delle quote associative, solo in minima parte da finanziamenti pubblici.

Esso è sottoposto alla sorveglianza della *Charities Commission* che stabilisce alcune condizioni di gestione del trust al fine di assicurare l'utilità generale delle attività di conservazione e recupero del patrimonio storico architettonico⁴².

Numerose *charity trusts* sono presenti poi nell'ambito museale: a differenza dei *building preservation trusts*, però, si tratta per lo più di *exempt charities*, per le quali non vale né la registrazione né il controllo della *Charity Commission*, ma la specifica disciplina stabilita dal *Museums and Galleries Act* del 1992. In questo caso i controlli sono esercitati da un *principal regulator* pubblico (per lo più il Ministero della cultura, dei Media e dello Sport), che è il principale finanziatore e dominus delle nomine dei *trustees*. In ragione dello stretto legame con l'autorità governativa, dei poteri di controllo e di nomina e dei finanziamenti⁴³, la

⁴² Altri due charity trust di rilievo per la tutela del patrimonio storico architettonico sono lo *Historic Royal Palaces*, che gestisce il patrimonio immobiliare appartenuto alla Corona (trasformato in *Charity Trust* nel 1998 con *Royal Act*) e il *Churches Conservation Trust*, che si occupa di chiese e cimiteri storici, il quale non risulta però registrato come *Charity*.

⁴³ Cfr. il Funding Agreement stipulato con il Ministero della Cultura, dei Media e dello Sport, par. 6., dove si stabilisce che la

gran parte dei *charity trusts* museali (*Tate Gallery, British Museum, National Gallery*, ad esempio) sono considerati soggetti di diritto pubblico (*non departmental public body*) tenuti ad applicare la disciplina in materia di accesso (*Freedom of Information Act*) e di *public procurement*.

Su questo punto, il sistema inglese sembra distinguere dunque tra *charity trusts* in tutto originati, finanziati e controllati da una pubblica autorità, di fatto riconducibili all'amministrazione (come *non departmental public body*), e *charity trusts* – quali quelli per la conservazione del patrimonio immobiliare – che, pur presentando elementi di specialità (quale ad esempio la titolarità di poteri pubblici), risultano assoggettati al controllo della *Charities Commission* ed estranee all'amministrazione in senso sostanziale.

Ad un esame complessivo, il ricorso alle fondazioni per l'esercizio di compiti amministrativi nel settore culturale ha generato nei Paesi considerati creature per lo più "ibride", che si distaccano dal modello privatistico. Talvolta i loro tratti di pubblicità sono tali e l'apporto dei soggetti privati così ininfluente che la fondazione finisce per coincidere con l'amministrazione (*non departmental public body, gestion publique dissimulée* in Francia, *le fundaciones del sector público* in Spagna, le fondazioni ministeriali in Italia)⁴⁴.

In altri casi, invece, la commistione tra le due sfere di regole non consente di individuare il gene pubblicistico come dominante (è il caso ad esempio della *Fondation du Patrimoine* e del *National Trust*). In questi casi, allora, si pone ovunque il problema di rintracciare la disciplina

concessione del finanziamento pubblico per gli anni 2008/2011 è condizionato alla fruizione gratuita delle collezioni permanenti. L'accordo è visionabile sul sito della National Gallery.

⁴⁴ E. MITZMAN, *op. cit.* Per le fondazioni ministeriali italiane cfr. F. MERUSI, *La privatizzazione per fondazioni tra pubblico e privato*, in *Dir. amm.*, 2004; G. NAPOLITANO, *Le fondazioni di origine pubblica*, cit., p. 574.

applicabile⁴⁵ attraverso una paziente ricostruzione della *reale* natura del soggetto con indici rilevatori, spesso complessi e incerti, che appaiono per lo più comuni nei diversi sistemi e che concernono sia il carattere pubblico del patrimonio che il grado di controllo esercitato dall'amministrazione sugli organi di gestione.

4. *Pubblica amministrazione e strumenti privatistici.*

L'impiego di strumenti privatistici da parte della p.a. crea, come detto, delle tensioni: il principio della libertà negoziale e il limite del lecito devono, infatti, essere conciliati con i vincoli più stringenti che l'ordinamento impone in vista della tutela degli interessi generali. Queste tensioni si producono sia nella sfera delle relazioni contrattuali sia nel caso di impiego della forma societaria. La scelta di impiegare strumenti civilistici è accompagnata così da regole che, in nome dell'interesse pubblico, giungono a modificarli e talvolta a snaturarli.

Il settore dei contratti pubblici è indicativo di questo fenomeno. L'amministrazione assegna a un privato la costruzione di un'opera pubblica o la gestione di un servizio pubblico con un contratto, spogliandosi del relativo compito. Ma la sua autonomia negoziale non è libera: nella scelta del privato deve osservare delle regole imposte dal diritto dell'Unione europea e, ancora prima, dalle norme interne in materia di contabilità pubblica⁴⁶. Si

⁴⁵ In generale, ad esempio, il settore dei Charity Trust è tuttora esentato dall'applicazione del *Freedom of Information Act*. Cfr. sul punto D. MAC SITHIGH, *Datafin to Virgin Killer*, cit., p. 13.

⁴⁶ La commistione delle due discipline genera, come noto, il problema di stabilire quale sia la sorte del contratto preceduto da aggiudicazione illegittima: è su questo snodo, infatti, che i diversi sistemi valoriali considerati dalle due normative vengono a confliggere. Nel nostro ordinamento si tratta di proprio la questione della sorte del contratto costituisce il punto di congiunzione tra sfera pubblica e sfera delle regole civilistiche.

determina così una commistione di regole aventi diverse finalità: quelle che disciplinano la formazione della volontà contrattuale, che imbrigliano l'autonomia privata per assicurare concorrenza ed economicità del contratto, e quelle civilistiche che disciplinano la fase esecutiva del contratto, ispirate alla logica dell'autonomia privata.

In Francia, in Spagna e in Italia, i passaggi che scandiscono la fase di formazione del contratto (deliberazione di contrattare, bando, graduatoria, aggiudicazione) sono considerati atti amministrativi: il loro regime giuridico è di diritto pubblico, e ciò li rende impugnabili dai terzi per vizi di legittimità dinanzi alla giurisdizione amministrativa. Tale, del resto, era la scelta di campo operata dai tre sistemi ben prima che la Comunità europea emanasse la prima direttiva ricorsi 89/665, finalizzata a imporre a tutta la Comunità *standards* minimi di tutela i soggetti danneggiati dalla violazione delle regole sulla gara pubblica⁴⁷.

In Germania e nel Regno Unito, la direttiva ricorsi 89/665 ha avuto un impatto ben più significativo sul diritto interno: in sistemi che non riconoscevano la rilevanza esterna delle regole sulla formazione del contratto, essa ha imposto l'impugnabilità della decisione di scelta del

⁴⁷ La letteratura sul tema è amplissima: si ricordano qui, solo alcuni studi di diritto comparato, quali G. GRECO (a cura di), *Gli appalti pubblici in Europa*, Milano, 2011; A. MASSERA, *L'attività contrattuale*, in G. NAPOLITANO (a cura di), *Diritto amministrativo comparato*, Milano, 2007, p. 175; F. MASTRAGOSTINO, *L'appalto di opere pubbliche. Norme interne e disciplina comunitaria*, Bologna, 1993; M.P. CHITI, *Regulation and Market in the Public Procurement Sector*, in *Rev. eur. droit publ.*, 1995, p. 373; E. FERRARI, *I contratti della pubblica amministrazione in Europa*, Torino, 2003; C. FRAENKEL-HAEBERLE – G. GASS, *Appalti sottosoglia e tutela giurisdizionale nell'ordinamento tedesco: nuovo trionfo dell'ortodossia nazionale*, in *Il dir. dell'economia*, 2008, I, p. 153. Sia consentito rinviare anche a B. MARCHETTI, *Annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto*, cit., p. 120 e IDEM, *Il giudice delle obbligazioni e dei contratti pubblici: profili di diritto comparato*, cit., p. 313.

contraente, stabilendo altresì che l'organo chiamato a decidere il ricorso avesse il potere di annullamento e di sospensione e che la violazione delle regole europee sulla procedura di gara producesse quantomeno il risarcimento del danno. Si potrebbe ritenere che l'ordinamento comunitario abbia così pubblicizzato i contratti pubblici, almeno nella fase preliminare di scelta del contraente. In realtà, a ben guardare, ha imposto un regime di tutela che è sì quello previsto tipicamente per gli atti esercizio del potere pubblico, ma – ciò che rileva ai nostri fini – non è pubblicistico. Le tecniche di tutela sono le stesse, ma stanno sotto una diversa etichetta. Così, il terzo leso da un'aggiudicazione illegittima nel Regno Unito non fa valere i vizi di legittimità tipici degli atti delle pubbliche autorità, ma la violazione di un dovere previsto dalla legge nei confronti di un operatore economico. Il ricorso, pur esperibile entro termini di decadenza, non andrà proposto dinanzi alla *Administrative Court* della *High Court* (competente per l'impugnazione delle decisioni amministrative) ma dinanzi alla *Civil Division*⁴⁸.

Lo stesso può dirsi per la Germania: anche qui le regole sulla formazione della volontà contrattuale della p.a. non sono state ricondotte alla sfera pubblica. Trattandosi di regole sulla concorrenza, di matrice privatistica, l'impugnazione dell'aggiudicazione, da parte dei terzi, consiste nella denuncia della violazione dinanzi alla *Vergabekammer* e non dinanzi ai tribunali amministrativi, a testimonianza della natura civilistica e non amministrativistica della controversia.

⁴⁸ La natura del ricorso è stata incerta fino al caso *Cookson & Clegg* del 2005, in cui la *Court of Appeal* ha escluso, nonostante alcune analogie procedurali (ad esempio relative al termine di proposizione di ricorso) che possa trattarsi di un *public law judicial review*. Secondo la Corte, trattandosi di un'azione prevista dallo "statutory scheme of relief" disegnato dalle *regulations* del 2006 (in materia di *Public Works*, di *Utilities Contracts* e di *Supply Contracts*) andrebbe qualificata come un'azione per *breach of statutory duty*.

In questo senso, le direttive ricorsi non hanno imposto la pubblicizzazione dei contratti pubblici ma, secondo il ben noto approccio funzionalista dell'UE, rimedi e strumenti che fossero idonei ad assicurare l'effettività del diritto europeo, senza preoccuparsi della loro etichetta. Ciò che ha consentito, a ciascun ordinamento, di mantenersi fedele alla propria tradizione giuridica.

La vicenda inglese e quella tedesca, inoltre, mostrano che la protezione degli interessi generali – nel caso di specie, quelli della concorrenza e dell'economicità del contratto in funzione di protezione dei *taxpayers* – può passare anche attraverso tecniche e regole non necessariamente ascrivibili al diritto pubblico, benché debitorie a questo delle tecniche e degli strumenti propri di tutela.

Sempre in materia di autonomia contrattuale della p.a. e di limiti giustificati in nome di interessi generali può considerarsi un istituto di recente introduzione, il contratto di rete, nella prospettiva di una sua applicazione ad una pubblica amministrazione⁴⁹. Si tratta di una figura negoziale introdotta dalla l. n. 33/2009 che mira a incrementare, individualmente e collettivamente, capacità innovativa e competitività di imprese costituite in rete ed è

⁴⁹ L'argomento è affrontato da A. CASSATELLA, *Pubblica amministrazione e contratto di rete: un modello "privato" per l'organizzazione pubblica? (Saggio critico sulla metafora organizzativa reticolare)*, in corso di pubblicazione. Lo studio di Cassatella rinviene due distinti ambiti problematici: il primo concerne l'amministrazione della rete e in particolare i meccanismi regolativi e para-giurisdizionali di gestione della rete, anche in vista di un loro confronto con i poteri amministrativi. Il secondo, invece, riguarda l'applicabilità del contratto di rete all'amministrazione e alle imprese pubbliche. Ed è volto a stabilire se il contratto di rete possa costituire il "modulo organizzativo idoneo a coordinare l'attività di organismi pubblici e soggetti privati nell'esercizio di funzioni amministrative o nella gestione di attività di interesse pubblico".

qui indagata per verificarne l'applicabilità alla sfera pubblica (imprese pubbliche e p.a.)⁵⁰.

Anche nel caso del contratto di rete, la coabitazione di pubblico e privato si conferma difficile: da un lato si rileva⁵¹ come andrebbe esclusa la partecipazione di pubbliche amministrazioni al contratto di rete, essendo espressamente richiesta dalla legge la qualifica di imprenditore (art. 3 co. 4 della legge), dall'altro, si osserva come anche la partecipazione di imprese pubbliche sia problematica per effetto dei limiti costituiti dalla disciplina dell'evidenza pubblica e degli aiuti di Stato e dalla previsione specifica dell'art. 13 del d.l. 223/2006 (conv. L. n.248/2006) che vieta alle società strumentali di Regioni ed enti locali di svolgere attività a favore di soggetti (pubblici e privati) diversi dagli enti che le hanno costituite.

Poiché nel *contratto* di rete e nel programma che vi accede le parti contraenti sottoscrivono obblighi di collaborazione, di scambio di informazione, e di prestazione a favore degli altri soggetti della rete (anche privati) la partecipazione di imprese pubbliche⁵² risulta problematica nella misura in cui è suscettibile di determinare situazioni anticoncorrenziali o aiuti di Stato incompatibili con il mercato.

Del resto l'impiego della forma societaria da parte della p.a. ha portato alla costruzione⁵³ dell'istituto dell'*in*

⁵⁰ A. CASSATELLA, *op. cit.*

⁵¹ A. CASSATELLA, *op. cit.*

⁵² Secondo Cassatella meno problematica sarebbe invece la stipulazione di un contratto di rete all'interno di una rete di sole imprese pubbliche.

⁵³ Il tema delle società pubbliche è stato oggetto di una letteratura amplissima. Qui si ricordano, tra gli altri, M. RENNA, *Le società per azioni in mano pubblica. Il caso delle SpA derivanti dalla trasformazione di enti pubblici economici ed aziende autonome dello Stato*, Torino, 1997; F. GOISIS, *Contributo allo studio delle società in mano pubblica come persone giuridiche*, Milano, 2004; G. GRUNER, *Enti pubblici a struttura di SpA. Contributo allo studio delle società legali in*

*house providing*⁵⁴ che costituisce, come noto, il frutto della giurisprudenza comunitaria, a partire dal noto caso *Teckal* e mira ad assicurare che la costituzione di una società partecipata dall'amministrazione pubblica non sia strumento per eludere l'applicazione delle regole di evidenza pubblica.

Nel caso dell'*in house*, la libertà organizzativa della p.a. viene temperata con l'esigenza di assicurare la tutela del mercato e della concorrenza; l'obbligo di osservare la procedura di gara per l'esternalizzazione del servizio, così, viene meno solo quando sia dimostrato – attraverso i requisiti del controllo analogo e dell'attività prevalente – che il soggetto societario costituisce sostanzialmente un'articolazione interna dell'amministrazione. Mancando quest'ultima condizione, la società costituisce un soggetto terzo rispetto all'ente pubblico e non può essere affidatario diretto di un servizio pubblico o di una concessione.

Qui la convergenza tra sistemi all'interno dell'UE appare piena. Se si considerano gli effetti prodotti dalla giurisprudenza *Teckal* (e poi *Parking Brixen*, *Cabotermo*, *Coname*, *Coditel Braibant*) nel Regno Unito e in Italia, ad esempio, non sono rinvenibili differenze significative legate alla maggiore o minore propensione al diritto privato, coerentemente del resto alla necessità di una effettiva uniformazione dei due ordinamenti alle regole comunitarie. Entrambi i sistemi hanno riconosciuto il requisito della totale proprietà pubblica del capitale⁵⁵,

mano pubblica di rilievo nazionale, Torino, 2009; C. IBBA, *Società pubbliche e riforma del diritto societario*, in *Riv. soc.*, 2005, p. 1; S. VALAGUZZA, *Società miste a partecipazione comunale. Ammissibilità e limiti*, Milano, 2012.

⁵⁴ Cfr. la ricerca condotta da S. CORNELLA, *L'In house providing nell'Unione europea, in Italia e nel Regno Unito*, in corso di pubblicazione..

⁵⁵ Ammettendola, tra l'altro, anche in forma congiunta (UK Supreme Court, *Brent London Borough Council and others (Harrow London Borough Council) v. Risk Management Partners Limited* [2011] UKSC, in cui si richiede il controllo

dopo aver inizialmente ritenuto sufficiente la partecipazione maggioritaria, ed entrambi gli ordinamenti ricostruiscono in termini analoghi il requisito dell'attività prevalente. Residua qualche differenza, legata ad esempio al problema della stabilità del controllo pubblico totalitario, ma non si tratta di profili distintivi davvero significativi. Segno ancora una volta della forza uniformatrice delle regole comunitarie funzionali alle libertà economiche del mercato unico.

D'altro canto, diritto societario e diritto pubblico faticano a conciliarsi anche nelle società partecipate se è vero che l'ente pubblico, che sia azionista di una società mista, deve, conclusa la fase di scelta del socio privato, spogliarsi dei propri poteri pubblicistici per evitare condizionamenti gestionali che snaturerebbero, a loro volta, la natura privata della società e la relativa soggezione alle regole del codice civile⁵⁶. E se è vero che il legislatore, dopo una fase di incoraggiamento e sostegno alla costituzione di società miste, pare ora aver virato in direzione di un significativo ridimensionamento delle partecipazioni pubbliche rendendo speciale (e non più

pubblico totalitario sul capitale sociale dell'ente. Per l'ordinamento italiano, cfr. Consiglio di Stato, 1555/2009, il quale ritiene che la presenza di quote private escluda l'in house e configuri invece un'ipotesi di società mista, ovvero un diverso modello nel quale "interessi pubblici e privati trovano convergenza". Il passo è ricordato da S. Cornella, *op. cit.*

⁵⁶ S. VALAGUZZA, *Società miste a partecipazione comunale*, cit., p. 13 e ss., che in proposito richiama alcuni studi di diritto commerciale (F. Galgano, *Diritto commerciale – Le società*, Bologna, 2009, p. 445 e C. IBBA, *Servizi pubblici e diritto societario*, in AA.VV., *Studi in tema di: forma societaria, servizi pubblici, circolazione della ricchezza imprenditoriale*, Torino, 2007, p. 179 e Idem, *Dall'ascesa al declino delle partecipazioni pubbliche*, in G. CERRINA FERONI, *Il partenariato pubblico-privato*, Torino 2011, p. 87) che mettono in guardia da una "rediviva pubblicizzazione di ciò che si era appena privatizzato". Sul medesimo argomento, cfr. altresì G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato*, cit., p. 155 e V. CERULLI IRELLI, *Amministrazione pubblica e diritto privato*, cit., p. 15 e ss.).

generale) la capacità delle p.a. in materia societaria con le disposizioni restrittive della legge 244/2007⁵⁷ (l. finanziaria del 2008) e del decreto competitività⁵⁸.

5. Diritto privato e interesse generale: alla ricerca di un equilibrio

L'amministrazione cerca il diritto privato per essere più efficiente e razionale. Il privato entra nell'amministrazione per fini egoistici e in ragione del fatto che il pubblico non riesce a coprire tutti i bisogni della collettività né a contenere i costi della spesa pubblica.

L'indagine condotta consente di formulare qualche pensiero conclusivo. Si tratta di suggestioni, più che di vere riflessioni di sintesi.

Primo: da un esame comparato, si ricava la conferma che la cessione di terreno pubblico a favore del privato (in entrambe le direzioni, privatizzazione

⁵⁷ Stabilisce l'art. 3 27° comma che al fine di tutelare la concorrenza e il mercato è fatto divieto a tutte le amministrazioni pubbliche l'assunzione e il mantenimento della qualità di socio, salvo che in società che svolgono attività "strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali", ovvero che producano servizi di interesse generale o che forniscano servizi di committenza a livello regionale a supporto di enti senza scopo di lucro e di amministrazioni aggiudicatrici.

⁵⁸ Art. 14 32° comma d.l. 31 maggio 2010, n. 78 conv. Modifiche dalla legge n. 122/2010) che vieta ai Comuni con meno di trentamila abitanti la costituzione di nuove società e impone la dismissione di tutte quelle partecipate, salvo che si tratti di società costituite con partecipazione paritaria (...) da più comuni la cui popolazione complessiva superi i trentamila abitanti e a quelli che hanno una popolazione tra trentamila e cinquantamila abitanti consente di detenere la partecipazione in una sola società, dismettendo tutte le altre. C. IBBA, *Dall'ascesa al declino*, cit., p. 95, parla in proposito di "tramonto delle partecipazioni pubbliche".

dell'amministrazione e *contracting out*) è seguita da una contropartita pubblicistica, diversa in intensità alla luce di alcune variabili che concernono il tipo di attività privatizzata, gli interessi in gioco e le esigenze del mercato.

Quando ciò che passa nella sfera privatistica è il nucleo essenziale della funzione pubblica, gli ordinamenti impongono la piena ri-pubblicizzazione di tale attività. Così se a un organismo privato sono trasferiti poteri amministrativi riservati all'amministrazione, con essi devono trasferirsi anche i limiti e le garanzie procedurali e processuali corrispondenti. Se invece i privati svolgono compiti non riservati e li esercitano in regime di concorrenza, la ri-pubblicizzazione può essere più contenuta e risolversi soprattutto in vincoli conformativi all'organizzazione privata, volti ad assicurare l'affidabilità del sistema privato (è ciò che si è visto per le attività di certificazione privata).

Secondo: il confine tra area riservata all'amministrazione e area invece affidabile ai privati (e dunque al mercato) è incerto⁵⁹. In Germania, il Tribunale costituzionale Federale non ha mai fornito una chiara delimitazione del concetto di "funzioni pubbliche"

⁵⁹ In questo senso, cfr. per esempio J.B. AUBY, *Contracting Out and Public Values: a Theoretical and Comparative Approach*, in S. ROSE-ACKERMAN – P.L. LINDSETH, *Comparative Administrative Law*, Edward Elgar Publishing, 2010, p. 511: «*In any particular system at any one time, drawing a clear line between what is, and what is not, a public function can be difficult*». La difficoltà di stabilire ciò che può essere ceduto al privato e ciò che invece deve essere riservato allo Stato è messa in luce da D. BARAK-EREZ, *Three Questions of Privatization*, in S. ROSE-ACKERMAN – P.L. LINDSETH, *op. cit.*, p. 501: «*there is no universal definition of a state's core activities. Views on this matter differ widely, ranging from the "night-watchman" conception of the State, whose primary task is to ensure personal safety (Nozick 1992) to notions of a developed welfare state, with a wide spectrum of approaches in-between*».

(*öffentliche Aufgaben*)⁶⁰, né la giurisprudenza inglese ha enucleato parametri chiari per individuare il nucleo della *public function*⁶¹. I problemi analizzati a proposito del sistema di valutazione universitario e di quello di certificazione privata sono esemplificativi di questa incertezza.

In ogni caso, poi, alla definizione di funzione pubblica accolta nei singoli ordinamenti, si affianca la visione comunitaria della potestà pubblica, funzionale a evitare che l'area dei poteri pubblici possa generare politiche protezionistiche capaci di produrre indebite restrizioni al mercato. Così la Corte di giustizia ha un ruolo a sua volta importante nell'individuazione di ciò che è o non è potere pubblico, benché nella diversa logica delle libertà economiche.

In questo senso, la sua giurisprudenza manifesta una tensione di fondo: da un lato, l'affidamento di compiti o servizi pubblici ai privati richiede forme di controllo o sorveglianza a garanzia degli interessi generali; dall'altro, la garanzia di tali interessi non passa e non deve sempre passare attraverso la pubblicizzazione dell'attività dei privati e la sua sottoposizione alle regole tipiche della funzione pubblica, pena la compressione delle libertà economiche dei medesimi soggetti esercenti attività di interesse generale.

Se per i compiti pubblici svolti in regime concorrenziale non si applica la piena ri-pubblicizzazione dell'attività privatizzata (perché se non si tratta di poteri pubblici non si applica loro il regime giuridico tipico di questi), devono essere trovati strumenti alternativi per assicurare comunque un controllo sul corretto funzionamento del sistema privatistico e la tutela dei soggetti che vi si rivolgono.

⁶⁰ Il punto è esaminato da G. CERRINA FERONI, *Il partenariato pubblico-privato nelle esperienze del Regno Unito e della Germania*, in G. CERRINA FERONI, *Il partenariato pubblico-privato*, cit., p. 76.

⁶¹ Ancora sulla questione la sintesi di F. GOISIS, *I concetti di public function*, cit.

In parte si tratta di congegnare adeguati meccanismi di controllo e di accreditamento dei soggetti privati per far sì che siano tutelati gli interessi generali (controlli a monte, potremmo dire); ma, d'altra parte, dovrebbe anche esplorarsi la capacità del diritto privato e delle sue regole di proteggere gli interessi generali e l'idea che il diritto pubblico non sia il solo capace di proteggere l'interesse generale⁶².

Nei sistemi amministrativi di derivazione francese, la corrispondenza diritto pubblico/interesse generale appare molto stretta, come anche la vicenda delle fondazioni culturali ha messo in luce. Mentre tale corrispondenza sembra essere meno assoluta nei Paesi di *common law*.

Terzo: le oscillazioni tra pubblico e privato seguono traiettorie comuni nei diversi sistemi considerati, in ragione anche della pressione esercitata dall'UE e dagli interessi del mercato unico, ma evidenziano anche talune divergenze, retaggio della diversa impronta genetica. Emblematica in tal senso è la questione della legittimazione passiva all'accesso dei soggetti privati⁶³. Nell'ambito dei Paesi europei, si danno ipotesi in cui la legge, anche di livello costituzionale, prevede che i privati siano legittimati passivi alla richiesta di accesso (è il caso di Italia, Germania⁶⁴, Portogallo) e ipotesi in cui non lo

⁶² In questo senso G. NAPOLITANO (*Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, cit., p. 187) occorre «partire dalla considerazione che l'ordinamento dispone di varie tecniche per garantire la cura dell'interesse generale o collettivo». Suggestivo appare, in questi termini, lo studio di D. OLIVER, *Common Values and the Public-Private Divide*, Butterworths, 1999.

⁶³ Il tema è analizzato da A. SIMONATI, *La legittimazione passiva all'accesso in Europa: profili di diritto comparato*, in corso di pubblicazione.

⁶⁴ In Germania la disciplina sull'accesso, entrata in vigore nel 2006 (si tratta della *Informationsfreiheitsgesetz*), si applica alle autorità pubbliche federali e a qualunque persona fisica o giuridica chiamata ad esercitare i suoi compiti in applicazione del diritto pubblico (par. 1).

prevede (Spagna e Regno Unito, Francia). Tuttavia, talvolta la mancata previsione legislativa è supplita dalla giurisprudenza amministrativa, che la afferma costantemente, come nel caso francese⁶⁵, mentre in altri sistemi, come il Regno Unito, la protezione dei privati rispetto al *Freedom of Information Act* (FOI) appare assai più coriacea, a conferma, si direbbe, della ritrosia dell'ordinamento inglese a riconoscere la pervasività del diritto pubblico. Anche la vicenda dei contratti è significativa in tal senso.

Quarto: in tutti i sistemi considerati, gli intrecci pubblico/privato nell'azione e nell'organizzazione amministrativa e l'assegnazione a privati di compiti pubblici generano un problema di riorganizzazione dei controlli e delle tecniche di tutela, di difficile definizione dei rispettivi confini, di ricerca del nucleo essenziale della funzione pubblica, di ripensamento dei meccanismi di legittimazione e responsabilità.

È ovunque evidente, infatti, che il ricorso al diritto privato non può significare mancata protezione degli interessi generali né allentamento dei meccanismi di *accountability*. In questi termini, ogni zona intermedia tra pubblico e privato richiede strumenti adeguati di protezione dell'interesse pubblico ritagliati sulle specifiche esigenze del caso.

Insomma il ricorso al privato è inevitabile e caratterizza tutti i sistemi amministrativi della tradizione giuridica occidentale. Tuttavia, le forme e l'estensione di questa privatizzazione vanno attentamente considerate e messe alla prova⁶⁶, da un lato perché il privato non è necessariamente "buono" ed efficiente, come del resto il

⁶⁵ In Francia la legittimazione passiva dei privati, pur non prevista nella legge 753/78, è condizionata dalla giurisprudenza del *Conseil d'Etat*, allo svolgimento d'*une mission de service public*. Cfr. A. SIMONATI, *La legittimazione passiva all'accesso in Europa*, cit.

⁶⁶ In questi termini, anche in una prospettiva di analisi economica del diritto, cfr. G. Napolitano, *Il principio di contrattualità*, cit., p. 558.

pubblico non è in sé “cattivo” e inefficiente (ci sono poteri privati più forti e illiberali dei poteri pubblici e poteri privati che si mostrano facilmente catturabili), dall’altro perché l’ibridazione di pubblico e privato può portare a sistemi che non rispondono dinanzi ai cittadini né secondo i meccanismi tipici della *accountability* pubblica né secondo le regole del mercato.

C’è un’esperienza, qui non esaminata, la quale per la precoce ricerca di moduli privatistici e consensuali nell’azione pubblica, andrebbe considerata: quella degli Stati Uniti d’America. Naturalmente non è possibile recuperare ora questa lacuna, ma non va ignorato che là dove la spinta alla privatizzazione è stata massima (gestione privata delle prigioni, negoziazione normativa con i privati nella forma della *regulatory negotiation*, conduzione privata degli interrogatori, ecc.) critiche serie e argomentate hanno messo in luce il deficit di legittimazione prodotto da questi spostamenti e la difficile conciliabilità della sfera privata con i valori propri del diritto amministrativo, primo fra tutti l’imparzialità⁶⁷. Non è un caso che problemi analoghi si pongano ora anche nel contesto globale, dove la nascita di organismi misti pubblico-privati, distinti dalle organizzazioni internazionali classiche, solleva interrogativi sia quanto alla loro legittimazione democratica che al rischio di

⁶⁷ S. ROSE-ACKERMAN, *Consensus versus Incentives: A Skeptical Look at Regulatory Negotiation* (1994), Faculty Scholarship Series paper; A. C. AMAN, *The Democracy Deficit*, cit., p. 87 e ss. Tuttavia, in senso opposto J. FREEMAN – L.I. LANGBEIN, *Regulatory negotiation and the Legitimay benefit*, in; D. BARAK-EREZ, *Three Questions of Privatization*, cit., p. 503, secondo cui «*the privatization of enforcement and punishment powers has significant potential to infringe liberty and dignity, because these powers would be exercised by corporations guided by economic incentives against people removed from, and possibly even despised by, society*».

conflitti di interessi legato alla partecipazione dei soggetti privati⁶⁸.

⁶⁸ B. KINGSBURY, N. KRISCH, R.B. STEWART, *The Emergence of Global Administrative Law*, 68 *Law and Contemporary Problems* (2005) p. 15 ss.; S. BATTINI, *Amministrazioni senza Stato*, Milano, Giuffrè, 2003, e IDEM, *Amministrazioni nazionali e controversie globali*, Milano, Giuffrè, 2007; L. CASINI, *Diritto amministrativo globale*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. CASSESE, Milano, 2006, *ad vocem*; S. CASSESE, *Oltre lo Stato*, Roma-Bari, 2006, e IDEM, *Il diritto globale*, Torino, 2009; E. CHITI, B.G. MATTARELLA (eds.), *Global Administrative Law and EU Administrative Law. Relationships, Legal Issues and Comparison*, Heidelberg-Dordrecht-London-New York, 2011; G. FALCON, *Internationalization of administrative law: actors, fields and techniques of internationalization: impact of international law on national administrative law*, in *Rev. Eur. Dr. Publ.*, v. 18, n. 1 (2006), p. 217 ss.; *Global Administrative Law: The Casebook*, ed. by S. CASSESE ET AL., Rome-Edinburgh, New York, 2012.

