

Convegno annuale dell'Associazione Italiana dei Professori di Diritto Amministrativo, 27-28 settembre 2013, Milano

Relazione del prof. Francesco Goisis

L'ambito soggettivo ed oggettivo della giurisdizione amministrativa: un'ipotesi di interpretazione funzionale alla luce degli obblighi internazionali.

Il pensiero di Elliott.

La relazione del prof. *Elliott* mostra con lucidità le tensioni che, nel Regno Unito, segnano la difficile distinzione tra ambito del diritto privato e, rispettivamente, pubblico-amministrativo. Particolare attenzione è prestata alla ricostruzione dell'ambito proprio delle tutele processuali di diritto amministrativo, ossia della c.d. *judicial review* (contenzioso di diritto amministrativo, che si svolge di fronte alla *Administrative Court*).

Come ci spiega *Elliott*, la questione è resa particolarmente complessa nell'ordinamento inglese da almeno due fattori:

- la trasformazione dell'organizzazione delle funzioni pubbliche, a partire dall'esperienza dei governi *Thatcher*, sempre più soggetta a fenomeni di privatizzazione, esternalizzazione e *self-regulation* dei privati. Come conseguenza, il cittadino viene spesso collocato in relazioni formalmente contrattuali-paritarie, che si sostituiscono alle tradizionali relazioni pubblicistiche, senza che sia mutata la sostanza della funzione;

- la entrata in vigore dello *Human Rights Act* del 1998 (*HRA* 1998) che ha determinato la incorporazione nel diritto nazionale dei più significativi dei diritti codificati dalla CEDU, oggi direttamente invocabili di fronte alle corti inglesi, in specie tramite il rimedio della *judicial review*. Secondo lo *HRA* 1998, in particolare, vi sono due categorie di soggetti sottoposti al rispetto della CEDU e quindi, in sede giudiziale, alla *judicial review* sotto il profilo della contrarietà a

CEDU dei propri atti: le *pure public authorities*, ossia i soggetti più ovviamente pubblici quali lo stato e le autorità locali, e le *hybrid public authorities*, ossia i soggetti, pur privati, che, tuttavia, esercitino *functions of public nature* e che, nei limiti delle stesse, sono egualmente soggetti agli obblighi CEDU e, quindi, alla *judicial review*¹. Il legislatore del 1998, difatti, aveva ben presente il fenomeno delle privatizzazioni-esternalizzazioni e, d'altra parte, era consapevole del fatto che in sede CEDU la qualità di autorità governativa, ossia quella la cui azione deve ritenersi direttamente soggetta agli obblighi convenzionali, è spesso ritrovata sul piano meramente funzionale.

Con rigore logico, *Elliott* ritiene che non si possa giungere ad una conclusione sull'ambito appropriato di estensione del regime processuale di diritto amministrativo alle relazioni con Autorità private, senza prima identificare le ragioni alla base di tale regime: ebbene, a suo giudizio il contenzioso amministrativo serve, anzitutto, a garantire un esercizio efficace ed ordinato della funzione amministrativa. Esso, cioè non mira tanto a garantire il rispetto di determinate norme legislative puntuali e delle relative attribuzioni di poteri o a controllare soggetti, quali quelli pubblici, la cui posizione è indubbiamente del tutto peculiare. Piuttosto, mira ad assicurare che, in qualunque modo esercitate, le pubbliche funzioni si conformino ad un canone di buona amministrazione. Con il che, pure laddove la funzione sia delegata ad un gestore privato che si rapporta ai cittadini in forma privatistica-contrattuale, il diritto di ricorso giudiziale nelle forme del contenzioso amministrativo dovrebbe rimanere preservato. Quel che conta, difatti, non è la forma della

¹ Sect. 6 HRA 1998: " *Acts of public authorities. (1)It is unlawful for a public authority to act in a way which is incompatible with a Convention right. (2)Subsection (1) does not apply to an act if— (a)as the result of one or more provisions of primary legislation, the authority could not have acted differently; or (b)in the case of one or more provisions of, or made under, primary legislation which cannot be read or given effect in a way which is compatible with the Convention rights, the authority was acting so as to give effect to or enforce those provisions. (3)In this section "public authority" includes— (a)a court or tribunal, and (b)any person certain of whose functions are functions of a public nature, but does not include either House of Parliament or a person exercising functions in connection with proceedings in Parliament. (5)In relation to a particular act, a person is not a public authority by virtue only of subsection (3)(b) if the nature of the act is private"* .

funzione (unilaterale-pubblicistica o contrattuale) e/o del suo erogatore (soggetto pubblico, semi-pubblico, cioè privato ma controllato dal pubblico o invece pienamente privato), ma la sua sostanza, che rimane immutata ove essa sia sì delegata ad un privato, ma nel contesto della permanente assunzione della funzione tra i compiti pubblici. Viene pertanto criticata quella giurisprudenza delle Corti inglesi che, nel delineare i confini della *judicial review ex HRA* 1998², in molti casi non ha condiviso una prospettiva puramente funzionalistica, ma ha preferito la ricerca di necessari legami istituzionali tra soggetto privato e pubblico e, comunque, ha negato la qualificabilità come funzione pubblica dell'attività di soggetti che si rapportino contrattualmente ai cittadini. A così ragionare, difatti, troppo facile risulta la fuga dal diritto pubblico, e così l'elusione delle garanzie pubblicistiche, a detrimento del cittadino. In tal modo *Elliott* fa proprie anche le critiche già proposte nel 2004 dal *Joint Committee on Human Rights* presso il Parlamento inglese³ e ribadite dallo stesso *Committee* nel 2007⁴. Critiche che hanno, a livello pratico, portato la sect. 145 dell' *Health and social care act 2008* a qualificare espressamente - a mo' di reazione legislativa a fronte delle ostinate resistenze delle Corti - quale *function of public nature* la erogazione di servizi di assistenza presso residenze protette pur ove delegata, dalle *Local authorities*, a soggetti pienamente privati.

Alcuni brevi accenni, ora, sui principali elementi di interesse per il dibattito italiano delle riflessioni di *Elliott*.

Il diritto pubblico come diritto delle garanzie.

Anzitutto emerge con nettezza in *Elliott* la visione inglese, alla base dello *HRA* 1998, per cui il diritto pubblico è il diritto delle garanzie, procedurali come processuali. In altri termini, la ricostruzione pubblicistica delle fattispecie

² In particolare viene contestata l'esattezza della posizione assunta dalla *House of Lords* nel caso *YL v Birmingham City Council* [2007] UKHL 27, [2008] 1 AC 95.

³ *The Meaning of Public Authority under the Human Rights Act, Seventh Report of Session 2003-04.*

⁴ *The Meaning of Public Authority under the Human Rights Act, Ninth Report of Session 2006-2007.*

serve a ripristinare un accettabile equilibrio tra il soggetto debole (il cittadino) e la *public authority*, sia essa un'Amministrazione in senso tradizionale, ovvero un privato chiamato a farsi carico di una funzione pubblica. Il contrario, insomma, di una certa *vulgata* del diritto inglese ancora diffusa in Italia, per cui, secondo quanto *Albert Venn Dicey* diceva nel XIX secolo⁵, tale ordinamento rifiuterebbe il diritto amministrativo, per tutelare la libertà dei privati e la paritarietà dei rapporti. Mi pare occorrerebbe rifletterci di più anche in Italia: un certo filone culturale ha come noto ipotizzato una trasformazione in senso paritario dei rapporti tra cittadino e amministrazione, attraverso un più ampio ricorso all'uso del diritto privato nell'esercizio delle funzioni amministrative. Tale filone culturale ha generato una norma dall'incerto significato e peraltro, mi pare, dalla scarsa o nulla incidenza sulla sostanza dell'agire amministrativo⁶, quale l'art. 1, co. 1 *bis*, l. 241 del 1990: " *La pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente.*". Si sono altresì proposte letture prevalentemente privatistiche persino degli accordi *ex art. 11*, l. 241 del 1990. Ma così si corre il rischio di rimuovere tutele, ossia di indebolire il cittadino, invece che di rendere il suo rapporto con l'amministrazione più paritario. Come più volte osservato dal nostro Presidente, da ultimo nella note introduttive del Convegno AIPDA di due anni fa, di fronte ad un potere autoritativo della Pubblica Amministrazione non riconosciuto come pubblicistico, vi sono, per il cittadino, "*garanzie infinitamente inferiori*"⁷, ossia, come ricordato in contrasto con le visioni privatistiche degli accordi *ex art. 11*

⁵ *Introduction to the study of the law of the constitution*, 1889, in cui, tra l'altro, si legge che " The notion which lies at the bottom of the "administrative law" known to foreign countries is, that affairs or disputes in which the government or its servants are concerned are beyond the sphere of the civil Courts and must be dealt with by special and more or less official bodies. This idea is utterly unknown to the law of England, and indeed is fundamentally inconsistent with our traditions and customs" (190).

⁶ CERULLI IRELLI, *Relazione conclusiva*, in *Annuario 2011 dell'AIPDA*, Napoli, 2012, 383 ss, 388-389 parla di "norma di scarso rilievo applicativo", di carattere sostanzialmente programmatico e MATTARELLA, *Atto autoritativo, funzione, procedimento*, in *Annuario*, cit., 21 ss., 25, parla di norma che "nega se stessa", in quanto quando vi è una disposizione di legge che prevede un potere amministrativo, non vi può essere uso del diritto privato, e dato che i poteri sono legalmente dati, non si comprende quando potrebbe prevalere il diritto privato.

⁷ GRECO, *Introduzione al convegno*, in *Annuario*, cit., 1 ss., 5.

cit., “non vi sono strumenti di tutela, né posizioni soggettive da far valere, diverse dalla pura e semplice soggezione”⁸. E in effetti, in via generale il diritto privato offre tendenzialmente tutele di tipo risarcitorio per equivalente invece che reale, tutele, come tali, in gran parte inadatte a tutelare posizioni connesse a beni della vita infungibili ed *extra commercium*, quali quelli spesso in gioco nelle relazioni amministrative. Esso, per di più, tende a disconoscere l'interesse di quei terzi che, pur non parti del negozio, ne subiscano delle conseguenze negative, sicché non si presta a dare conto della generalità delle relazioni di diritto amministrativo, in realtà spesso multipolari. Non è un caso che chi, sempre nel convegno AIPDA del 2011, ha criticato la nozione di autoritatività lo ha fatto, tra gli argomenti principali, notando come il singolo atto di esercizio del potere amministrativo sia semmai più debole, ossia molto più garantistico per il destinatario privato, dell'atto di esercizio di un potere privatistico⁹.

La fonte del potere accrescitivo della sfera giuridica del destinatario.

E sia chiaro, tale squilibrio di posizioni da correggere attraverso il diritto pubblico-amministrativo non riguarda solo i poteri restrittivi della sfera giuridica del destinatario, ma anche, come testimoniano le sentenze citate da *Elliott*, quelli che si confrontano con posizioni pretensive.

Si è notato, in Italia, che non sarebbe facile comprendere il perché dell'autoritatività dei poteri accrescitivi, visto che essi danno qualcosa al destinatario (che è dunque ben contento e, almeno implicitamente, d'accordo a ricevere il beneficio) e, d'altra parte, nei rapporti privatistici la scelta se concedere o meno un bene della vita è ancora e ben più libera¹⁰. Tuttavia, a così

⁸ GRECO, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, Torino, 2003, 297.

⁹ MATTARELLA, *Atto autoritativo, funzione, procedimento*, in *Annuario*, cit., 91 ss., spec. 29 ss.

¹⁰ SORACE e MARZUOLI, voce *Concessioni amministrative*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. III, Torino, 1989, 280 ss., 290 ss., ove si osserva che la concessione, perciò, “sembra essere il punto di crisi della nozione di imperatività e, con essa, di quella di provvedimento amministrativo”, segnalandosi in particolare “il paradosso che risulterebbe dal considerare imperativo l'atto dell'amministrazione nei confronti del quale i terzi hanno ampie possibilità di tutela e paritario l'atto del privato nei confronti del quale i terzi sono in stato di totale soggezione”.

ragionare si trascura che solo il pubblico o i suoi delegatari possono offrire determinati beni della vita, in quanto beni legalmente *extra commercium* (la concessione di beni pubblici), o, perlomeno, che solo il pubblico può offrire a determinate condizioni di vantaggio, fuori mercato (ad es., l'assistenza sociale agli indigenti). In questo senso, anche il monopolio nei beni o nelle condizioni di fruizione dei beni di cui gode l'amministrazione o il suo delegatario costituisce, secondo linee da noi già intuite dal Cammeo che parlava del monopolio legale come una delle fonti dell'*imperium* pubblico¹¹, una posizione di potere, ed esige dovute garanzie. In questo sta anzi, a mio modo di vedere, l'essenza della autoritatività nei poteri accrescitivi della sfera giuridica destinatario. Essenza, dunque, non meramente ma formale, ma bensì sostanziale. Sarebbe infatti difficile spiegare soddisfacentemente tale imperatività sul piano della mera formale unilateralità, visto che anche il contratto unilaterale, ossia con obbligazioni del solo proponente, si conclude, *ex* 1333 cc., senza bisogno del concorso di volontà dell'altro contraente, che, nel caso, può rifiutare il beneficio, ma non deve accettarlo¹².

Sembra condividere questa analisi MATTARELLA, *L'imperatività del provvedimento amministrativo*, Milano, 2000, 409 ss., in quanto da un lato non sarebbe vero che mancherebbe il consenso del destinatario nei provvedimenti accrescitivi della sfera giuridica, visto che essi sono nella massima parte dei casi ad istanza di parte (semmai esso non risulterebbe segnalato nella ricostruzione che l'ordinamento fa della fattispecie), dall'altro, nei provvedimenti negativi, il rifiuto dell'Amministrazione a concedere il bene non sarebbe più imperativo dell'analogo diniego opposto da un qualsiasi privato.

Per delle riflessioni critiche sul punto, ossia nel senso dell'autoritatività degli atti con effetti positivi, in quanto comunque "la produzione dell'effetto" è "dovuta interamente alla statuizione unilaterale innovativa dell'amministrazione, mentre resta esterno alla medesima il consenso manifestato dai privati", VILLATA e RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2006, 18 ss., spec. 21.

¹¹ CAMMEO, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, Milano, s.d., 87-88: "nei rapporti di diritto pubblico uno dei termini, e cioè lo stato, non è più costituito da una serie di interessi concorrenti: trattandosi invece di un ente unico, che offre vantaggi ed utilità materiali e morali, che nessun altro potrebbe offrire, lo stato può in un certo senso considerarsi come un monopolista. La coercizione che deriva dal monopolio è anche rafforzata dalla possibilità in cui lo stato almeno in astratto si trova di usare la coercizione fisica per porre in essere a suo profitto quegli stessi rapporti che ora consideriamo volontari..."

¹² "La proposta diretta a concludere un contratto da cui derivino obbligazioni solo per il proponente è irrevocabile appena giunge a conoscenza della parte alla quale è destinata. Il destinatario può rifiutare la proposta nel termine richiesto dalla natura dell'affare o dagli usi. In mancanza di tale rifiuto il contratto è concluso".

Si è, a tal proposito, autorevolmente parlato di una "dichiarazione d'impegno come atto a formazione unilaterale" (così SACCO, *Obbligazioni e contratti*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da RESCIGNO, vol. X, Torino, 2002, 27 ss.

Per più ampie riflessioni sul tema, rinvio a GOISIS, *La giustizia sportiva tra funzione amministrativa ed arbitrato*, Milano, 2007, in partic. 141 ss.

In questo senso, va senz'altro condivisa l'osservazione di *Elliott* secondo cui una delle ragioni sostanziali del regime amministrativo di tutela è la assenza di "any possibility of "exit", anche se, naturalmente, tale carattere monopolistico non vale quale spiegazione assoluta, ma, direi io, relativa alle sole posizioni di pretesa.

Il rilievo della assunzione di responsabilità (esplicita ed implicita) e delega di funzioni: il rilievo della CEDU e della dottrina *Meroni*.

Elliott suggerisce di individuare le *public authorities* e quindi l'ambito soggettivo della *judicial review* in una prospettiva meramente funzionale, ossia guardando alla circostanza che l'attività sia stata assunta come funzione pubblica da un'autorità pubblica in senso pieno, indipendentemente da ogni altra considerazioni formale (soggetto esercitante la funzione e forma del rapporto con il cittadino).

Si tratta di un'impostazione felice e convincente anche per risolvere simili questioni in Italia, perché rispecchia bene l'impostazione CEDU e trova conferme nella stessa giurisprudenza comunitaria.

Lo studio della Convenzione Europea sui diritti dell'uomo e della sua influenza sul diritto amministrativo nazionale è stato in Italia, a differenza che in Gran Bretagna, per ora limitato. Solo da ultimo alcuni contributi monografici hanno messo esattamente in luce la sua profonda capacità di trasformazione in senso garantistico del nostro diritto e giustizia amministrativi¹³. Ebbene una delle questioni ancora più trascurate è propria quella della nozione di organizzazione governativa. Una classificazione pubblicistica a fini CEDU determina l'importante conseguenza della sottoposizione dell'ente a tutti gli obblighi ricadenti sugli Stati ai sensi della CEDU (oltre che, di converso, la carenza di legittimazione al ricorso alla Corte EDU per violazione dei propri

¹³ Con completezza, ALLENA, *Art. 6 CEDU. Procedimento e processo amministrativo*, Napoli, 2012 e, sotto alcuni profili di rilievo per il diritto amministrativo nazionale, PACINI, *Diritti umani e amministrazioni pubbliche*, Milano, 2012.

diritti). Si pensi solo al dovere di giusto procedimento nella determinazione di diritti civili o nella inflizioni di sanzioni punitive *ex art. 6 CEDU*, o alla soggezione al principio di legalità-prevedibilità e, ancora, giusto procedimento, derivante da una serie di diritti umani codificati dalla CEDU. In generale, per giungere ad una qualificazione pubblicistica a fini CEDU centrale è il rilievo sia della posizione monopolistica (per i soggetti imprenditoriali), che dell'esercizio di prerogative pubblicistiche¹⁴: quest'ultimo criterio porta a qualificare pubblicisticamente fondazioni di diritto privato operanti nell'interesse pubblico, ove delegatarie (anche in mancanza di una chiara base normativa) di funzioni pubbliche, nel senso di attività di interesse pubblico che altrimenti il pubblico avrebbe dovuto svolgere da sé. La delega di funzioni pubblicistiche diventa così ragione di sottoposizione a regime pubblicistico dell'attività di un dato ente (altrimenti di diritto privato), per evitare una facile fuga dalle garanzie pubblicistiche. E così, nel caso *Wos* del 2005¹⁵ e nei numerosi che ne hanno applicato l'insegnamento, i giudici di Strasburgo, a fronte della posizione delle corti polacche che negavano ogni diritto di azione in sede giurisdizionale con riguardo alla pretesa di indennizzi di guerra amministrati da una fondazione di diritto privato, in quanto, da un lato, la natura privatistica della fondazione sarebbe stata incompatibile con l'affermazione della giurisdizione amministrativa, e, dall'altro, il diritto civile non assicurava alcuna effettiva tutela verso la pretesa di un vantaggio patrimoniale amministrato da un soggetto privato, la Corte ha statuito che *"lo stato ha deciso di delegare le proprie obbligazioni nascenti da un accordo internazionale a un soggetto operante secondo il diritto privato. Secondo la Corte, una tale soluzione non può affrancare lo stato Polacco dalle responsabilità che esso avrebbe avuto se*

¹⁴ Per approfondimenti, QUANE, *The Strasbourg jurisprudence and the meaning of a "public authority" under the Human Rights Act*, in *Publ. Law*, 2006, 106 ss., spec. 121, ove si legge che " However, the case law suggests, at the very least, that where a body is involved in the discharge of the state's obligations under the Convention then it should be regarded as a public entity when performing those functions. In terms of its powers, the cases suggest that where the body exercises coercive or special powers (such as monopoly powers) or powers involved in the discharge of Convention obligations then the body may be regarded as a public entity".

¹⁵ Corte eur. dir. uomo, decisione 1 marzo 2005, ricorso n. 22860/02, *Wos c. Polonia*, § 73.

avesse deciso di gestire direttamente questa attività, cosa che avrebbe ben potuto fare"¹⁶. Come conseguenza, la Corte ha ritenuto, nel 2006, violato l'art. 6 CEDU, per assenza di un giusto procedimento amministrativo, non compensata *ex post* da una *full jurisdiction*¹⁷. La scelta della fondazione di diritto privato (pienamente parificata, ai fini dell'art. 6 CEDU, ad una autorità amministrativa¹⁸) se e in che misura concedere un indennizzo è qualificata cioè come determinazione di un diritto civile, ossia come atto autoritativo con cui un'emanazione dello Stato dispone, con "*binding force*"¹⁹, di una posizione giuridica soggettiva del cittadino, in via autoritativa (ossia, nella visione CEDU, con esercizio di una funzione materialmente giurisdizionale).

Del resto, in due tra le prime sentenze della Corte di giustizia riguardanti una vicenda italiana ma, stranamente, mai valorizzate in Italia, i giudici comunitari (*Meroni c. High Authority* del 1958²⁰) hanno affermato, in tema di

¹⁶ " the respondent State has decided to delegate its obligations arising out of international agreements to a body operating under private law. In the Court's view, such an arrangement cannot relieve the Polish State of the responsibilities it would have incurred had it chosen to discharge these obligations itself, as it could well have done ".

¹⁷ Corte eur. dir. uomo, sentenza 8 giugno 2006, ricorso n. 22860/02, *Wos v. Polonia*, § 73

¹⁸ Tanto che, ad es., nella successiva sentenza Corte eur. dir. uomo, sentenza 18 Maggio 2010, ricorso n. 25168/05, *Czekien v. Polonia*, § 36, resa in relazione alla stessa fondazione, espressamente si ricorda che " Article 6 § 1 requires that in the determination of civil rights and obligations, decisions taken by administrative or other authorities which do not themselves satisfy the requirements of that Article be subject to subsequent control by a judicial body that has full jurisdiction".

¹⁹ La vincolatezza della decisione è condizione necessaria perché si possa parlare di determinazione di un diritto civile. Così, in partic. Corte eur. dir. uomo, sentenza 23 ottobre 1985, ricorso n. 8848/80, *Benthem v. The Netherlands*, § 40.

Sul profilo del significato del concetto di determinazione dei diritti civili, cfr. ALLENA, *op. cit.*, 178 ss.

²⁰ Sentenza 13 giugno 1958, in causa 9/1956, in *Racc.*, 13 ss.. Vedi anche la controversia "parallela", sentenza 13 giugno 1958, in causa 10/1956, in *Racc.*, 53 ss..

Tale giurisprudenza, pur resa nell'applicare la disciplina CECA, è ancora oggi richiamata dalla Corte di Giustizia, quale *leading case* in tema di delega di poteri. Cfr., da ultimo, sentenza 12 luglio 2005, in causa C-154/04 e C-155/04, *The Queen, ex parte: Alliance for Natural Health, Nutri-Link Ltd e Secretary of State for Health* e sentenza 26 maggio 2005, in causa C-301/02 P, *Carmine Salvatore Tralli e Banca centrale europea*, ove in particolare si legge, al punto 43, che "Per quanto riguarda le condizioni da rispettare nell'ambito di siffatta delega di competenze, si deve rilevare, come precisato dalla Corte nella sopra menzionata sentenza Meroni/Alta Autorità (v. punti 40-44, 46 e 47), che innanzi tutto l'autorità che conferisce la delega non può investire l'ente delegatario di poteri diversi da quelli che essa stessa abbia ricevuto. In secondo luogo, l'esercizio delle competenze conferite all'ente delegatario deve essere soggetto alla medesime condizioni di quelle alle quali esso sarebbe soggetto se l'autorità delegante li esercitasse direttamente, in particolare, per quanto riguarda i requisiti di motivazione e di pubblicazione. Infine, anche se autorizzata a delegare le proprie competenze, l'autorità delegante deve adottare una decisione esplicita con la quale trasferisce i detti poteri e la delega può avere ad oggetto soltanto poteri esecutivi, esattamente definiti".

Per una sintesi dell'analogo approccio rinvenibile nella giurisprudenza e dottrina tedesca, cfr. LOHSE, *Fundamental Freedoms and Private Actors – towards an 'Indirect Horizontal Effect'*, in *Eur. Publ. Law*, 13,

delega a enti privati di funzioni autoritative, un principio semplice, ma, nella sua efficacia, quasi liberatorio rispetto a tante discussioni e complicazioni concettuali: un soggetto privato incaricato dell'esercizio di alcuni poteri autoritativi comunitari deve motivare le proprie decisioni ed emanarle secondo il procedimento normativamente previsto per l'autorità delegante; questi atti, poi, dovevano essere soggetti al consueto sindacato giurisdizionale offerto dalla Corte di giustizia²¹. Questo perché, notano i giudici, altrimenti tale ente privato avrebbe acquistato un potere ben maggior di quello del proprio delegante. In altri termini, alle autorità comunitarie non è consentito validamente delegare a soggetti privati un potere libero da vincoli motivazionali, procedurali e di soggezione al sindacato giurisdizionale, per la dirimente ragione che nemmeno le autorità deleganti godono di un tale potere "libero"²². Conformemente - con considerazioni di indubbio rilievo più generale - osservava l'Avvocato generale che *"due punti mi sembrano generalmente ammessi negli Stati moderni quali presupposti per la delega di poteri statali ad enti di carattere privato: tale delega deve essere fatta mediante una legge e la sua portata deve essere ben precisata; non basta che vi sia un adeguato controllo statale, ma si deve anche prevedere la piena tutela giurisdizionale contro gli atti di tali enti privati; si può fornire la tutela giurisdizionale con l'equiparare i provvedimenti di tali enti a quelli delle autorità statali per modo che essi siano impugnabili secondo le norme generali del diritto amministrativo....A mio avviso, questi due punti valgono anche per il diritto della Comunità, in quanto il Trattato non ha espressamente disciplinato tale materia"*²³.

2007, 159 ss., spec. 168: "It is unanimously assumed that fundamental rights bind the 'private' actors, as the state must not 'abandon' its obligations by delegation or the choice of the organisational form".

(²¹) Sul punto, LENAERTS, *Regulating the Regulatory Process: Delegation of Powers in the European Community*, in *Eur. Law Rev.*, 1993, 23 ss., in partic. 40 ss., che segnala la persistente attualità della pronuncia Meroni.

(²²) In particolare, osservano i giudici comunitari che l'Alta Autorità *"non poteva conferire all'autorità [privata] delegata poteri diversi da quelli che il Trattato conferisce all'autorità delegante, mentre la facoltà degli organismi di Bruxelles di adottare provvedimenti senza l'osservanza delle prescrizioni alle quali essi sarebbero stati soggetti ove l'Alta Autorità li avesse direttamente emanati, dà in fatto a detti organismi poteri più ampi di quelli che il Trattato conferisce all'Alta Autorità"* (p. 38 della Racc.).

(²³) Cfr. p. 107 della Racc..

Giurisprudenza CEDU e comunitaria dunque mi paiono concordare con la prospettiva preferita da *Elliott* e fatta propria dallo *HRA* 1998: la delega di funzioni pubblicistiche, comunque essa si realizzi e purché sia sufficientemente chiara, impone la conservazione delle tutele procedimentali e processuali, cioè del regime di garanzia proprio del diritto pubblico, perché altrimenti si eluderebbero queste garanzie e, d'altra parte, si delegherebbe un potere libero, ossia qualcosa di non goduto dallo stesso delegante.

Ambito soggettivo ed oggettivo della nostra giustizia amministrativa.

Proviamo allora a ragionare se una simile prospettiva funzionale non debba estendersi anche al nostro sistema di giustizia amministrativa.

Non starò qui a ricordare come ormai pressoché nessuno dubiti del fatto che la giurisdizione amministrativa possa e debba estendersi anche agli atti amministrativi dei soggetti privati. Ciò a differenza di quanto Giannini sosteneva ancora nel 1959²⁴. Ho già avuto d'altro canto modo di scrivere che ciò appare coerente con il dato costituzionale: invero il riferimento al concetto di pubblica amministrazione (e, implicitamente, a quello di potere amministrativo) agli artt. 103 e 113 Cost. può e deve intendersi funzionalmente, senza cioè precludere l'estensione della giurisdizione in relazione agli atti dei privati che esercitino pubbliche funzioni. Ciò perché l'art. 113 Cost. null'altro è se non una specificazione-esemplificazione - per il particolare caso del ricorso avverso atti espressivi di potere amministrativo - della "pienezza" di tutele richiesta dall'art. 24 Cost.. È allora facile convenire che, anche ad immaginare che l'art. 113 Cost. delinei i parametri minimi di tutela avverso il solo potere amministrativo esercitato da un soggetto pubblico, equivalenti garanzie e strumenti di tutela

²⁴ Ma ancora GIANNINI, voce *Atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, vol. IV, 1959, 157 ss., 172, con riguardo agli atti di esercenti privati di pubbliche funzioni, osservava che: "Si rivelerà tuttavia che questi atti, non essendo atti amministrativi, ma ad effetti equiparati a quelli degli atti amministrativi, non si impugnano mai dinanzi la giurisdizione amministrativa"

debbano assicurarsi nei confronti del medesimo potere, ove esercitato da un ente privato (potere rispetto al quale l'art. 24 Cost. parimenti impone pienezza di tutele). Con il che pubblica amministrazione, negli artt. 103-113 Cost., non può che significare qualsiasi ente attributario di poteri amministrativi, ossia soggetto, che, se anche non formalmente pubblico, è pienamente equiparabile, *sub specie* di esigenze di tutela giurisdizionale avverso i propri atti autoritativi, ai soggetti pubblici²⁵.

Una simile lettura evolutiva è fatta propria dal Codice del processo amministrativo, ove, all'art. 7, co. 2, si chiarisce che " *Per pubbliche amministrazioni, ai fini del presente codice, si intendono anche i soggetti ad esse equiparati o comunque tenuti al rispetto dei principi del procedimento amministrativo*". Del resto, già la nota sentenza 204 del 2004 della Consulta²⁶ aveva legittimato una estensione della giurisdizione amministrativa in relazione agli atti (autoritativi) di soggetti equiparati alle pubbliche amministrazioni.

Il vero ed irrisolto problema, in Italia come nel Regno Unito, è quello ben colto da *Elliott* in relazione al diritto britannico, ossia quello dei poteri mascherati dalle forme del diritto privato sul piano oggettivo, epperò immutati nella loro sostanza pubblicistica ed autoritatività e, quindi, delle correlate esigenze di tutela.

Ebbene, grazie, soprattutto, all'insegnamento CEDU e al rilievo sovraprimario che esso, *ex art.* 117, co. 1, Cost., ha anche in relazione alle sue espressioni giurisprudenziali, si apre la strada per ipotizzare un ulteriore passaggio.

Proprio perché, come si è detto, l'art. 113 Cost. esemplifica una tutela già riconosciuta in via generale *ex art.* 24 Cost. e, per di più, in virtù della necessità di dare esatto adempimento agli obblighi CEDU, occorre superare il limite oggettivo del contratto e del diritto privato, e riconoscere l'amministrazione

²⁵ GOISIS, *Contributo allo studio delle società in mano pubblica come persone giuridiche*, Milano, 2004, 367 ss.

²⁶ Corte cost., 6 luglio 2004 n. 204.

nella sua veste autoritativa anche laddove essa si manifesti nelle forme oggettive del diritto privato. Come nel caso polacco, insomma, la circostanza che il soggetto, oltre che essere soggettivamente privato, si rapporti nelle forme del diritto privato con il cittadino, non deve ridurre le tutele. Occorre, cioè, giungere ad una nozione sostanziale non solo di pubblica amministrazione, ma anche di potere amministrativo.

A ben vedere, del resto, lo stesso dato letterale dell'art. 7 c.p.a. non si opporrebbe ad un simile sviluppo, che quindi potrebbe intervenire anche in via di interpretazione costituzionalmente orientata: ivi si ricomprende nel concetto di pubblica amministrazione anche il soggetto equiparato alla pubblica amministrazione e comunque chiamato al rispetto dei principi sul procedimento amministrativo. Ma, come si è detto, *ex art. 6 CEDU*, come ben testimoniato dal caso *Wos*, le pubbliche amministrazioni in senso funzionale sono chiamate al rispetto delle regole del giusto procedimento ove, in qualunque forma (anche apparentemente privatistica) determinino diritti civili o infliggano sanzioni afflittive e quindi di natura penale. Ed allora la nozione funzionale CEDU di autorità pubblica pare in grado di attrarre - nel campo delle funzioni amministrative incidente sul campo del civile e del penale come autonomamente intesi in sede CEDU - un dovere di conformarsi al canone del giusto procedimento e, con ciò, di chiamare in causa, *ex art. 7*, la giurisdizione amministrativa.

L'esempio della giustizia sportiva.

Chiudo con un esempio che mi è caro, quello della giustizia sportiva. Qui, a ben vedere, pur con incertezze e compromessi, la giurisdizione amministrativa è stata estesa legislativamente, nel 2003²⁷, anche ad atti apparentemente privatistici come i lodi irrituali, attraverso cui si esprimono, o pretendono di esprimersi, le autorità sportive. La tesi per cui il preteso carattere volontario-

²⁷ D.l. 20 agosto 2003, n. 220.

consensuale della appartenenza all'ordinamento sportivo e della conseguente soggezione alla clausola compromissoria contenuta negli statuti federali avrebbe imposto di qualificare come veri e propri lodi, invece che come espressione di potere amministrativo, gli atti di giustizia sportiva non ha resistito alla intuitiva realtà delle cose: come ben noto anche alla dottrina e giurisprudenza di altri Paesi e, ci ricorda *Elliott*, discusso in Gran Bretagna in relazione all'organizzazione delle corse ippiche, l'ordinamento sportivo è monopolistico (anzi, in Italia, è legalmente monopolistico²⁸), sicché l'accettazione della clausola compromissoria non è affatto libera manifestazione di volontà per chi voglia praticare, in modo organizzato o professionale, attività agonistiche. Dunque un'accettabile tutela giurisdizionale dei tesserati e degli affiliati reclama, secondo quando già autonomamente intuito dalla giurisprudenza prima ancora dell'intervento legislativo del 2003, l'impugnabilità degli atti di giustizia sportiva a fronte dei giudici amministrativi. La Consulta, intervenendo sul punto nel 2011, pur giungendo a deludenti conclusioni quanto alla pretesa sufficienza di una tutela giurisdizionale-amministrativa non di annullamento ma per equivalente in ragione di pretese esigenze di salvaguardia dell'autonomia dell'ordinamento sportivo (incombeva al tempo al candidatura di Roma alle Olimpiadi), non ha negato che in queste vicende venga in questione

²⁸ L'opzione legislativa per l'adesione ai principi monopolistici del movimento olimpico - fondato quale è sul c.d. *Ein Platz-Prinzip* - è sempre stata del tutto evidente, come testimoniato, in particolare, dalla costituzione di un ente pubblico (C.O.N.I.), chiamato *ex lege* a ricoprire il ruolo di vertice dell'ordinamento sportivo nazionale, e a riconoscerne le rappresentanze nazionali (e quindi le federazioni, in particolare, *ex artt.* 1 e 15, comma 5, d.lgs. 23 luglio 1999, n. 242; si noti che il riconoscimento a fini sportivi del C.O.N.I. costituisce condizione per la stessa acquisizione, da parte di queste, della personalità giuridica privatistica, ossia della forma giuridica loro legislativamente imposta). Varie leggi di tutela, protezione e finanziamento al sistema dell'attività sportiva professionistica e dilettantistica continuamente fanno poi riferimento all'organizzazione sportiva facente capo al C.O.N.I. e alle federazioni da esso riconosciute, una per ogni disciplina sportiva. Del resto, la stessa assunzione della forma della associazione o della società sportiva professionistica richiede, ai sensi di norme legislative dello Stato, il riconoscimento sportivo. In particolare, con riferimento alle società sportive professionistiche, l'art. 10, l. 23 marzo 1981, n. 91, co. 4, prevede che "Prima di procedere al deposito dell'atto costitutivo, a norma dell'articolo 2330 del codice civile, la società deve ottenere l'affiliazione da una o da più federazioni sportive nazionali riconosciute dal C.O.N.I.", fino a stabilirsi, al successivo comma 8, che "la revoca dell'affiliazione determina [si noti bene] l'inibizione dello svolgimento dell'attività sportiva".

Sul tema rimando comunque a GOISIS, *La giustizia*, cit., spec. 110 ss.

un potere amministrativo e che si pongano, quindi, le esigenze di tutela presidiate dagli artt. 103 e 113 Cost.²⁹.

Occorre credo continuare su questa strada, seppur, naturalmente, nella prospettiva di una compiuta parificazione delle tutele procedurali e giurisdizionali avverso ogni manifestazione del potere amministrativo, formale come sostanziale.

²⁹ Corte cost., 11 febbraio 2011, n. 49.