

IPPOLITO PIAZZA

Professore a contratto di Diritto amministrativo dell'Università di Firenze

*ippolito.piazza@gmail.com*

**L'ORGANIZZAZIONE DEI SOGGETTI  
PRIVATI INCARICATI DI PUBBLICHE FUNZIONI  
E I RIFLESSI SUL REGIME DEGLI ATTI**

**PRIVATE ACTORS AND PUBLIC FUNCTIONS:  
ORGANISATION AND ACTS**

SINTESI

Il contributo intende mostrare come l'organizzazione dei soggetti privati assuma un rilievo nel caso in cui questi svolgano una funzione pubblica. In particolare, ci si sofferma su due esempi di conformazione dell'organizzazione privata: l'uno, realizzato attraverso una penetrante disciplina legislativa (il caso delle SOA); l'altro, messo in atto mediante l'imposizione di uno *standard* di garanzia nello svolgimento dell'attività (il caso del responsabile del procedimento). L'analisi delle due fattispecie consente di evidenziare i profili di possibile assimilazione dell'organizzazione privata con quella pubblica, laddove il privato svolga un'attività amministrativa e laddove le esigenze di garanzia dei cittadini lo richiedano, ma si mettono in luce anche le ineliminabili differenze. Infine, si esaminano le ricadute che il rilievo dell'organizzazione produce sul regime dei vizi degli atti 'amministrativi' emanati dai soggetti privati e si suggeriscono ipotesi nelle quali, a dispetto di un'opinione molto diffusa, è rilevabile anche il vizio di incompetenza.

ABSTRACT

The paper aims to show how the organisation of private entities may be juridically relevant when they fulfill a public task. First, it analyses two examples of legislative constraints on private organisation. Then, it enquires wheter and to what extent private organisation may be compared to public one. Finally, it deals with the consequences of such organisational relevance on the vices of private actors' administrative acts.

PAROLE CHIAVE: organizzazione, garanzie, esternalizzazioni, privatizzazione, incompetenza.

KEYWORDS: organization, guarantees, contracting out, privatization, lack of competence.

INDICE: 1. Premessa. – 2. La conformazione dell'organizzazione privata e il suo rilievo. Il caso delle SOA. – 2.1. (segue) Il responsabile del procedimento. – 3. I limiti al conferimento di funzioni pubbliche a privati: un problema costituzionale. – 4. Gli atti e l'incompetenza. – 5. Conclusioni.

## 1. Premessa.

L'affermazione secondo cui l'organizzazione degli enti privati è rimessa alla loro autonomia ed è irrilevante all'esterno merita di essere chiarita, alla luce di numerose circostanze.

È, infatti, sufficiente considerare la mole di prescrizioni che impongono requisiti organizzativi a soggetti privati al fine di rendere la loro attività compatibile con l'interesse generale per sostenere che si tratta di un'autonomia per molti aspetti limitata<sup>1</sup>: è questa del resto una conseguenza di quanto previsto, per le attività economiche, dall'art. 41 della Costituzione<sup>2</sup>.

D'altro canto, se è vero che il rilievo giuridico dell'organizzazione è massimo nel diritto pubblico, è altresì vero – come da tempo rilevato in dottrina<sup>3</sup> – che non è assente nel diritto privato, anche nei rapporti con i terzi<sup>4</sup>.

È, però, il fenomeno dell'«esercizio privato di pubbliche funzioni» che costringe a un ripensamento ancor più profondo dell'affermazione iniziale. Si tratta, come noto, di una locuzione nella quale si sono fatte rientrare le ipotesi più varie<sup>5</sup>. Si può tuttavia osservare che, quando l'attività di un privato costitui-

---

<sup>1</sup> Si veda, di recente, in riferimento al Codice del terzo settore A. FUSARO, *L'autonomia organizzativa negli Enti del Terzo Settore*, in P. Sirena, A. Zoppini (a cura di), *I poteri privati e il diritto della regolazione. A quarant'anni da «Le autorità private» di C.M. Bianca*, Roma, Roma Tre-Press, 2018, p. 41 ss.

<sup>2</sup> Per un inquadramento della disciplina pubblica dell'impresa privata v. M.S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, Il Mulino, 1985, pp. 179 ss. Più di recente, si vedano anche le considerazioni di G. CORSO, *Splendori e miserie dell'intervento pubblico nell'economia italiana*, in M. Cafagno, F. Manganaro (a cura di), *L'intervento pubblico nell'economia*, vol. V di L. Ferrara, D. Sorace (a cura di), *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana*, Firenze, Firenze University Press, 2016, p. 604 ss.

<sup>3</sup> Per tutti, M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, I, Milano, Giuffrè, 1988, p. 95 e N. SAITTA, *Premesse per uno studio delle norme di organizzazione*, Milano, Giuffrè, 1965, p. 55 s.

<sup>4</sup> Sul rapporto tra organizzazione, rappresentanza e rilievo verso i terzi negli apparati privati, v. A. PIOGGIA, *La competenza amministrativa. L'organizzazione fra specialità pubblicistica e diritto privato*, Torino, Giappichelli, 2001, p. 33 ss., nonché, con particolare riferimento alle associazioni non riconosciute, E. DEL PRATO, *Organizzazione associativa e rappresentanza sostanziale*, in *Quadr.*, 1991, p. 405 ss.

<sup>5</sup> Tanto che M.S. GIANNINI, *Esercizio privato di pubbliche attività*, in *Enc. dir.*, XV, Milano, Giuffrè, 1966, p. 686, sostenne che la locuzione «esercizio privato di pubbliche funzioni» non esprimesse una nozione giuridica propria ma fosse solo una «espressione verbale per raccogliere un insieme di figure, moduli, formule, ecc., attinenti all'organizzazione amministrativa, in cui l'organizzazione medesima non è realizzata direttamente dall'ente pubblico titolare della funzione o del servizio». Il fondamentale studio di G. ZANOBINI, *L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici*, estratto da V.E. Orlando (a cura di) *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, II, pt. III, Milano, Soc. Editrice Libreria, 1920, trattava anche dei diritti e dei doveri politici (azione popolare e doveri collegati all'amministrazione della giustizia, per esempio), nonché di molte professioni. Una sistemazione recente individua tre categorie di soggetti privati esercenti pubbliche funzioni: quelli che esercitano potestà amministrative nell'ambito di procedimenti che si concludono con l'adozione di provvedimenti; quelli che sono tenuti al rispetto delle

sca esercizio di una funzione pubblica e sia diretta alla realizzazione di un interesse (non soltanto generale ma) pubblico, il legislatore si preoccupa di introdurre alcune regole di conformazione della sua organizzazione. Il punto è stato rilevato, a suo tempo, da quella dottrina che più attentamente ha vagliato le fattispecie di conferimento di potestà pubbliche a soggetti privati<sup>6</sup>.

La ragione di simile conformazione organizzativa è facilmente riassumibile: il legislatore ritiene che, per evitare fughe dalle garanzie proprie del regime di diritto amministrativo, non sia sufficiente sottoporre l'attività dei soggetti privati incaricati di funzioni pubbliche a regole, in tutto o in parte, coincidenti con quelle seguite dalle pubbliche amministrazioni, ma sia necessario anche disciplinarne l'organizzazione. Del resto, la sola conformazione dell'attività smentirebbe la (ampiamente dimostrata) *continuità* tra organizzazione e attività nella realizzazione dei fini istituzionali di un ente e nella soddisfazione dei diritti dei cittadini<sup>7</sup>.

Il modo di essere dell'organizzazione determina, infatti, il modo di svolgimento dell'attività<sup>8</sup>, le scelte organizzative nell'amministrazione (quali caratteristiche debba avere un ufficio e quali debbano essere le sue competenze) partecipano già alla realizzazione dei fini: quando un compito pubblico venga affidato a un privato, non ci si può dunque disinteressare alla sua struttura.

---

regole di evidenza pubblica nella scelta del contraente; quelli che esercitano potestà pubbliche di certazione, certificazione e altre funzioni autoritative: v. A. MALTONI, *Esercizio privato di pubbliche funzioni*, in *Enc. dir.*, Annali, I, Milano, Giuffrè, 2007, p. 570 ss.

<sup>6</sup> A. MALTONI, *Il conferimento di potestà pubbliche ai privati*, Torino, Giappichelli, 2005, p. 406: «Il diritto positivo tende dunque a plasmare, secondo schemi che presentano alcune deviazioni rispetto al modello generale, il profilo organizzativo di soggetti privati tenuti al perseguimento di un interesse pubblico. La conformazione legislativa degli aspetti organizzativi comporta – come si è visto – una consistente compressione della sfera di autonomia privata del conferitario. (...) Il legislatore si mostra, in particolare, incline ad imprimere un particolare assetto all'organizzazione del soggetto, presupponendo, ci pare, che un intervento volto a disciplinare il solo profilo funzionale non possa garantire in modo adeguato, che l'attività sia effettivamente espletata in vista del conseguimento dell'interesse pubblico». Si vedano anche S. TORRICELLI, *I contratti tra privati come strumenti di regolazione pubblica*, in G. Falcon, B. Marchetti (a cura di), *Pubblico e privato nell'organizzazione e nell'azione amministrativa. Problemi e prospettive*, Padova, Cedam, 2013, p. 213 ss. e S. PELLIZZARI, *Soggetti privati che esercitano funzioni procedimentali: i rapporti con l'organizzazione amministrativa tra pubblico e privato*, in B. Marchetti (a cura di), *Pubblico e privato. Oltre i confini dell'amministrazione tradizionale*, Padova, Cedam, 2013, p. 151 ss.

<sup>7</sup> Il richiamo è in primo luogo a M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1966, p. 122 s.: «Organizzazione ed attività sono invece, come sappiamo, due facce della stessa moneta, due profili (due modi di essere) dello stesso sistema di istituzione e di regolazione di strumenti e di rapporti idonei a consentire il raggiungimento di determinati fini. Questa situazione di contiguità – anzi, ci si passi l'assonanza, di vera e propria continuità – fra i due settori, rende grave il problema di porre concretamente il confine fra di essi». Con specifico riferimento al nostro tema, G. PASTORI, *Attività amministrativa e soggetti privati*, in *Giur. it.*, 2014, p. 1785.

<sup>8</sup> Ci si limita a rinviare a G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, Cedam, 1968, *passim*, e a G. SCIULLO, *L'organizzazione amministrativa. Principi*, Torino, Giappichelli, 2013, p. 11 ss., nonché alla letteratura ivi citata.

Nelle pagine che seguono, si intendono mostrare due modi (§ 2) con i quali si realizza la conformazione dell'organizzazione privata e le relative finalità, interrogandosi poi su quale sia il sostrato costituzionale che consente tale limitazione all'autonomia dei privati e su quali siano i limiti al conferimento di funzioni pubbliche a soggetti privati (§ 3). Ci si soffermerà, da ultimo, sui riflessi che la conformazione organizzativa di soggetti privati ingenera sul regime degli atti da essi adottati e dei loro vizi e, in particolare, su quello che più è legato alla dimensione organizzativa: l'incompetenza (§ 4).

## 2. La conformazione dell'organizzazione privata e il suo rilievo. Il caso delle SOA.

Come anticipato, la conformazione dell'organizzazione di soggetti privati può realizzarsi in almeno due modi: attraverso puntuali prescrizioni organizzative, previste da norme di legge o di rango sub-legislativo; oppure attraverso l'imposizione del rispetto di *standard* nello svolgimento dell'attività, che abbiano però anche una ricaduta organizzativa.

Ci si limiterà a mostrare due casi paradigmatici.

Il primo caso, quello delle SOA, è di particolare interesse perché si tratta di soggetti privati la cui attività è qualificata dal diritto positivo come funzione «di natura pubblicistica»<sup>9</sup> e ricostruita pacificamente dalla giurisprudenza in termini pubblicistici<sup>10</sup>: vi emergono, quindi, con nettezza i problemi della combinazione tra la natura privata del soggetto e quella pubblica dell'attività.

Il secondo caso, quello del responsabile del procedimento, interessa invece perché si tratta di un istituto di snodo tra organizzazione e attività, tipico del diritto amministrativo, la cui possibile estensione a enti privati consente di riflettere sui limiti del 'trapianto' della disciplina pubblicistica nel corpo di un privato.

---

<sup>9</sup> Art. 84, c. 1, d. lgs. 18 aprile 2016, n. 50, come modificato dal d.l. 18 aprile 2019, n. 32 (c.d. "Sblocca Cantieri"); si noti comunque che la qualificazione della funzione di attestazione come «funzione pubblicistica» era già contenuta, negli stessi termini, nell'art. 40, c. 3 del precedente codice dei contratti pubblici (d. lgs. 12 aprile 2006, n. 163).

<sup>10</sup> La natura pubblicistica dell'attività delle SOA è riconosciuta dalla giurisprudenza prevalente (tra tante, Cons. St., sez. VI, 24 gennaio 2005, n. 128), che considera, di conseguenza, le attestazioni rilasciate dalle SOA alle imprese alla stregua di atti unilaterali aventi natura pubblicistica (Cons. St., sez. VI, 14 aprile 2004, n. 2124, T.A.R. Catania, 17 febbraio 2015, n. 580). Sottolinea tuttavia l'incongruenza di questa ricostruzione S. TORRICELLI, *I contratti tra privati come strumenti di regolazione pubblica*, cit., p. 222 ss., nonché ID., *I contratti tra privati con funzioni di amministrazione pubblica*, in D. Sorace (a cura di), *Amministrazione pubblica dei contratti*, Napoli, Editoriale scientifica, 2013, 253 ss.

Iniziamo dal primo esempio: la conformazione organizzativa delle SOA a tutela della loro imparzialità.

Un problema tradizionale<sup>11</sup> dell'esercizio privato di pubbliche funzioni è quello di rendere compatibile il perseguimento dell'interesse pubblico affidato ai privati con il loro proprio interesse (in primo luogo, lo scopo di lucro), specie se si tratti di privati autenticamente tali<sup>12</sup>. Le SOA (Società Organismi di Attestazione), come noto, sono società che, dietro autorizzazione dell'autorità di vigilanza (oggi l'ANAC), attestano il possesso di determinati requisiti in capo alle imprese che intendono eseguire lavori pubblici<sup>13</sup>. La disciplina del sistema di qualificazione degli esecutori di lavori pubblici, andata incontro a diversi tentativi di modifica dopo l'entrata in vigore del nuovo codice dei contratti pubblici<sup>14</sup>, interviene tanto sul piano dell'attività, quanto su quello dell'organizzazione delle SOA.

Il codice dei contratti pubblici prevede che l'attività di attestazione sia esercitata «nel rispetto del principio di indipendenza di giudizio, garantendo l'assenza di qualunque interesse commerciale o finanziario che possa determinare comportamenti non imparziali o discriminatori»<sup>15</sup>. Per dare attuazione al principio, le SOA sono sottoposte a una dettagliata disciplina, che, come detto, investe anche profili organizzativi<sup>16</sup>.

---

<sup>11</sup> Si veda già G. ZANOBINI, *L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici*, cit., p. 429 ss.

<sup>12</sup> Nel caso di soggetti solo formalmente privati, infatti, è meno netta la distinzione tra perseguimento dell'interesse proprio e di quello pubblico: v., con riferimento alle imprese pubbliche, V. CERULLI IRELLI, *L'amministrazione "costituzionalizzata" e il diritto pubblico della proprietà e dell'impresa*, Torino, Giappichelli, 2019, p. 308.

<sup>13</sup> Art. 84, d. lgs. n. 50/2016.

<sup>14</sup> Attualmente la disciplina di rango legislativo del sistema di qualificazione si rinviene negli artt. 83 e 84 del d. lgs. n. 50/2016 (codice dei contratti pubblici). Nella prima versione del codice, era previsto un ampio rinvio, per le regole di dettaglio sul sistema di qualificazione e l'attività delle SOA, a linee guida di competenza dell'ANAC; a seguito delle modifiche introdotte dal decreto correttivo del 2017 (d. lgs. 19 aprile 2017, n. 56), le linee guida dell'ANAC sono state sostituite da un decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, da adottare su proposta dell'ANAC. Quest'ultima (che già aveva posto in consultazione le linee guida) ha quindi adottato, nel marzo 2018, una proposta di decreto (consultabile sul sito dell'Autorità all'indirizzo: [www.anticorruzione.it](http://www.anticorruzione.it)): il decreto ministeriale non è, però, stato adottato. Da ultimo, il d.l. n. 32/2019, nel modificare il d. lgs. n. 50/2016, ha nuovamente previsto, al pari di quanto stabiliva il previgente codice (d. lgs. n. 163/2006), l'adozione di un regolamento unico di esecuzione, attuazione e integrazione del codice dei contratti pubblici, in sostituzione delle linee guida dell'ANAC e dei decreti ministeriali. Al momento resta pertanto in vigore, a livello regolamentare, il d.p.r. 5 ottobre 2010, n. 207.

<sup>15</sup> Art. 84, c. 1, d. lgs. n. 50/2016.

<sup>16</sup> Tra le altre cose, il d.p.r. 207/2010 prevede i requisiti tecnici che le SOA devono possedere, in termini di organico minimo (sia come numero che come qualificazione dei dipendenti) e di requisiti morali del personale (art. 67). Sul rispetto delle prescrizioni organizzative esercita il controllo l'Autorità di vigilanza (art. 65).

Le SOA, oltre a dover essere costituite nella forma delle società per azioni e a possedere determinati requisiti relativi al capitale sociale e al patrimonio, incontrano una rilevante limitazione statutaria. Lo statuto deve avere come oggetto esclusivo lo svolgimento dell'attività di attestazione ed è fatto divieto alle SOA di erogare servizi di qualsiasi natura a operatori economici, direttamente ovvero a mezzo di società collegate o di società in virtù di rapporti contrattuali. Del resto, il rispetto del principio di indipendenza di giudizio e l'assenza di conflitti di interessi devono essere assicurati anche dalla «*composizione*» e dalla «*struttura organizzativa*» delle SOA<sup>17</sup>.

Si tratta, come si vede, dell'imposizione di limiti statuari e di penetranti prescrizioni sull'organizzazione interna di queste società: occorre allora chiedersi come si giustificano tali limiti. Sul punto ha avuto modo di esprimersi la Corte costituzionale<sup>18</sup>.

La questione di legittimità, sollevata dal giudice amministrativo<sup>19</sup>, riguardava l'art. 40, co. 3, d. lgs. n. 163/2006, in riferimento agli artt. 3 e 41 Cost., nella parte in cui è prevista l'esclusività dell'oggetto sociale delle SOA, con i conseguenti divieti per uno stesso soggetto di svolgere contemporaneamente attività di organismo di certificazione e di organismo di attestazione e per un organismo di certificazione di detenere partecipazioni azionarie in una SOA (divieti esplicitati nell'art. 66, d.p.r. n. 207/2010).

Come noto, il sistema di qualificazione delle imprese per i lavori pubblici si basa, da un lato, sul possesso delle certificazioni di qualità aziendali (conformemente alle norme europee) rilasciate dagli organismi di certificazione e, dall'altro, sull'accertamento del possesso di tali certificazioni da parte delle SOA. In altre parole, la normativa vuole evitare che possa essere lo stesso soggetto (o che possano essere due soggetti distinti ma legati da partecipazioni azionarie) a rilasciare le certificazioni di qualità e ad accertarne il possesso da parte delle imprese.

La Corte ha ritenuto infondata la questione di costituzionalità poiché ha considerato il limite imposto alle SOA giustificato sulla base dell'art. 41 Cost., nella misura in cui la norma costituzionale consente limitazioni dell'iniziativa economica privata a tutela della concorrenza. Ha però aggiunto che il carattere dell'attività svolta determina la sottoposizione delle SOA agli «*stessi vincoli*» che

---

<sup>17</sup> Tutte queste previsioni sono contenute nell'art. 64, d.p.r. n. 207/2010 ma sono riprese anche nella proposta di decreto dell'ANAC (*supra*, nt. 14).

<sup>18</sup> Corte cost., 20 maggio 2013, n. 94.

<sup>19</sup> Il giudizio di costituzionalità è stato promosso dal TAR Lazio con tre ordinanze analoghe dello stesso giorno, tra le quali ord., I, 13 dicembre 2011, n. 9718.

caratterizzano l'azione delle pubbliche amministrazioni<sup>20</sup>: da un lato, il dovere di imparzialità, nella sua accezione di neutralità, poiché le funzioni loro attribuite sono di carattere tecnico; dall'altro, il principio di buon andamento, esteso anche a tali società private, e garantito dai controlli che su di esse svolge l'Autorità di vigilanza.

Questi vincoli si traducono in (e giustificano) regole di conformazione organizzativa. Nella pronuncia in esame, l'art. 41 della Costituzione resta il titolo sul quale si fonda la legittimità della limitazione all'autonomia privata ma la Corte la interpreta e applica alla luce dei principi di cui all'art. 97.

L'imparzialità e il buon andamento, riferiti dal testo costituzionale alla riserva di legge in materia di organizzazione, sono transitati, prima, sul piano dell'attività delle pubbliche amministrazioni e, di lì, hanno finito per imporsi anche all'organizzazione di soggetti privati. L'organizzazione diventa, dunque, un elemento di garanzia anche nel caso di enti privati: soltanto a livello organizzativo, infatti, può rimediarsi alla loro congenita parzialità. Del resto, si tratta di un caso tipico di conflitto di interessi, il quale, come noto, si materializza prima e indipendentemente dalla effettiva realizzazione di un comportamento parziale: anche nella giurisprudenza più recente si è rilevato come sia «sufficiente per l'Autorità di settore evidenziare che una determinata struttura societaria può in linea teorica influire su un assetto che vada a ledere l'imparzialità di una SOA per legittimare provvedimenti come quelli impugnati», cioè provvedimenti che impediscono l'assunzione di partecipazioni societarie o di cariche gestionali nelle SOA a soggetti portatori di potenziali conflitti d'interessi, adottati ai sensi dell'art. 66 del d.P.R. n. 207/2010<sup>21</sup>.

## 2.1. (segue) Il responsabile del procedimento.

Il secondo caso che si prende in esame riguarda il responsabile del procedimento. Si tratta, come noto, di un istituto del procedimento ma, prima ancora, di una figura organizzativa<sup>22</sup>, poiché la legge richiede alle amministrazioni di determinare per ciascun tipo di procedimento l'unità organizzativa responsabile e di assegnare, all'interno dell'unità, a una persona fisica la responsabilità dell'istruttoria e dell'adozione del provvedimento finale.

---

<sup>20</sup> Punto 7.3 del *Considerato in diritto*.

<sup>21</sup> Si veda TAR Lazio, 16 ottobre 2017, n. 10362.

<sup>22</sup> Tra altri, sottolineano questo aspetto M. RENNA, *Il responsabile del procedimento a (quasi) dieci anni dall'entrata in vigore della legge n. 241*, in *Dir. Amm.* 2000, p. 505 ss. e M. OCCHIENA, *Il "nuovo" responsabile del procedimento, la responsabilità dei dirigenti pubblici e il labile confine tra la politica e l'amministrazione*, in *Dir. soc.*, 2006, p. 566 ss.

Per le pubbliche amministrazioni, ciò significa, quantomeno, che dev'esserci una chiara assegnazione di compiti ai dipendenti e che da tale assegnazione conseguono le rispettive responsabilità per il corretto svolgimento del procedimento e per l'adozione dell'atto conclusivo. L'istituto ha, però, anche una indubbia portata garantista nei confronti dei cittadini: il responsabile del procedimento è, infatti, il loro «*primo referente*»<sup>23</sup>, la persona fisica con cui dialogare nel corso dell'istruttoria.

Ebbene, occorre capire come possa attagliarsi questo istituto all'organizzazione privata. Infatti, l'art. 1, c. 1-ter, l. n. 241/1990 impone l'estensione ai soggetti privati preposti all'esercizio di attività pubbliche del rispetto dei principi dell'attività amministrativa, «*con un livello di garanzia non inferiore a quello cui sono tenute le pubbliche amministrazioni*».

Anche qualora si interpreti la disposizione del comma 1-ter nel senso che essa imponga il solo rispetto delle garanzie sostanziali dell'attività amministrativa, e non anche il rispetto delle forme previste dalla legge sul procedimento, è difficile negare, per quanto detto poco sopra, che l'individuazione di una persona fisica responsabile del procedimento costituisca una siffatta garanzia. Se non si voglia, quindi, ammettere che l'affidamento di una funzione pubblica a un soggetto privato possa comportare una diminuzione dei diritti dei cittadini, occorre immaginare che un responsabile del procedimento debba essere individuato anche nelle organizzazioni private quando queste svolgano un'attività procedimentalizzata<sup>24</sup> (come, per esempio, nel caso di procedure espropriative). Del resto, ciò è specificamente previsto in alcune fattispecie<sup>25</sup>.

Inoltre, la Corte costituzionale<sup>26</sup>, chiamata a giudicare la legittimità della legge che imponeva ai concessionari della riscossione di indicare *tassativamente* nei loro atti il nome del responsabile del procedimento, ha ritenuto che «*l'obbligo imposto ai concessionari di indicare nelle cartelle di pagamento il responsabile del procedimento, lungi dall'essere un inutile adempimento, ha lo scopo di assicurare la trasparenza dell'attività amministrativa, la piena informazione del cittadino (anche ai fini di eventuali azioni nei confronti del responsabile) e la garanzia del diritto di difesa, che sono altrettanti aspetti del buon andamento e dell'imparzialità della pubblica amministrazione predicati*

---

<sup>23</sup> M. RENNA, *Il responsabile del procedimento a (quasi) dieci anni dall'entrata in vigore della legge n. 241*, cit., p. 535.

<sup>24</sup> In tal senso, già A. MALTONI, *Il conferimento di potestà pubbliche ai privati*, cit., p. 483 ss.

<sup>25</sup> Di nuovo, alle SOA è richiesto di individuare il responsabile o i responsabili delle varie fasi e sottofasi delle procedure operative e dei relativi livelli di competenza (AVCP, Determinazione n. 4 del 23 aprile 2014).

<sup>26</sup> Corte Cost., ord., 9 novembre 2007, n. 377.

dall'art. 97, primo comma, Cost.». Ancora una volta, l'art. 97 Cost. finisce per incidere – indirettamente – sull'organizzazione dei privati.

Assistiamo, dunque, all'acquisizione di rilievo dell'organizzazione privata attraverso l'imposizione di uno *standard* nello svolgimento dell'attività: il privato deve garantire l'individuazione, nella sua struttura, di una persona fisica responsabile, nei confronti del cittadino, degli adempimenti procedurali.

Occorre, però, fare delle distinzioni: in primo luogo, è evidente che, nell'organizzazione privata, il responsabile del procedimento non potrà essere individuato sulla base delle previsioni degli artt. 4 e 5, l. 241/1990, che possono riferirsi unicamente alle pubbliche amministrazioni. Ancora: non tutte le implicazioni che l'istituto comporta nelle pubbliche amministrazioni, sono replicabili nel caso del privato esercente pubbliche funzioni. Basti pensare alla distinzione tra compiti istruttori e compiti decisori, a tutela dell'imparzialità dell'amministrazione, che si ha quando il responsabile del procedimento non sia l'organo deputato all'adozione del provvedimento. In questo caso, infatti, non soltanto il dipendente privato non è assimilabile al funzionario pubblico, che rinviene la sua imparzialità nell'essere al servizio esclusivo della Nazione; ma neppure può esservi quella distinzione tra organi politici e organi amministrativi che può giustificare la separazione tra istruttoria e decisione. Insomma, tra il dipendente privato e il suo superiore non intercorrono le stesse dinamiche che la legge prescrive per gli apparati pubblici.

Ciò non toglie, tuttavia, che il responsabile del procedimento in un'organizzazione privata possa avere una funzione servente nei confronti del cittadino. Dunque, di nuovo, in virtù dell'attività svolta, l'organizzazione privata assume rilievo e, in particolare, un rilievo garantistico nei rapporti con i privati destinatari di tale attività.

### **3. I limiti al conferimento di funzioni pubbliche a privati: un problema costituzionale.**

Il fondamento costituzionale della conformazione dell'organizzazione dei privati che svolgono funzioni pubbliche si rinviene nell'art. 41, da leggersi tuttavia insieme ai principi dell'art. 97 Cost. Tra le interpretazioni date a quest'ultima disposizione, viene in risalto, quindi, non tanto quella che vede nella riserva di legge ivi contenuta un riparto del potere di organizzare tra Par-

lamento e Governo, quanto quella che vi vede una «speciale garanzia per le posizioni soggettive dei cittadini»<sup>27</sup>.

La disciplina costituzionale è fonte dell'avvicinamento tra organizzazione pubblica e organizzazione privata ma, allo stesso tempo, ne segna il limite. Abbiamo visto sopra, a titolo di esempio, come il regime costituzionale del pubblico impiego (e, in particolare, il servizio esclusivo alla Nazione di cui all'art. 98 Cost.) costituisca un confine per la riproposizione degli istituti procedurali – nel nostro caso, il responsabile del procedimento – nell'organizzazione privata.

La posizione costituzionale della pubblica amministrazione rileva, però, anche su un altro piano e per un limite diverso, quello cioè al conferimento di funzioni pubbliche a soggetti privati. Può, in altre parole, qualunque funzione essere esternalizzata in favore di un soggetto privato? Non può essere questa la sede per (anche solo) tentare di dare una risposta, ci si limiterà quindi ad alcune osservazioni.

La dottrina ha individuato limiti più o meno stringenti, tutti in qualche modo legati alla discrezionalità dell'amministrazione. Secondo una prima tesi, è da negarsi in radice la possibilità che vengano affidate a privati attività discrezionali quando queste comportino la ponderazione di interessi pubblici, poiché devono essere riservate a «soggetti istituzionalmente previsti alla tutela degli interessi pubblici»<sup>28</sup>. Altri autori sono, invece, più aperti rispetto a simile possibilità: vi è, infatti, chi ritiene che «non sono ravvisabili limiti all'esternalizzazione anche di poteri amministrativi discrezionali». Quest'ultima affermazione è fondata sull'assunto che non sia facile distinguere tra attività discrezionale e attività vincolata e che, comunque, siano entrambe espressione di poteri autoritativi. Tuttavia, la stessa affermazione viene specificata nel senso che occorre comunque una autorizzazione legislativa al conferimento e, poi, che «non poche sono le difficoltà che siffatta esternalizzazione può in concreto incontrare» quando i privati conferitari debbano compiere «scelte amministrative ampiamente discrezionali o che comunque presuppongono l'adeguamento al mutevole indirizzo politico dell'ente territoriale»<sup>29</sup>. Vi è, infine, chi, sempre possibilista sul conferimento di potere amministrativo «sia quello autoritativo sia quello discrezionale (autoritativo o non)», sostiene che il limite debba essere individuato in quelle potestà discrezionali che «per la loro consistenza e rilevanza,

---

<sup>27</sup> V. BACHELET, *Legge, attività amministrativa e programmazione economica*, in *Giur. cost.*, 1961, 912.

<sup>28</sup> E. CASSETTA, *Provvedimento e atto amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, XII, Torino, Utet, 1997, p. 247.

<sup>29</sup> A. MALTONI, *Esercizio privato di pubbliche funzioni*, in *Enc. dir.*, Annali, I, Milano, Giuffrè, 2007, p. 586.

siano da attribuire ad apparati politici (perché la legittimazione di tipo politico-rappresentativo non sembra poter avere equipollenti)»<sup>30</sup>.

Sul confine tra accertamento e ponderazione di interessi si attestano anche le posizioni della Corte costituzionale. Le (poche) decisioni che hanno affrontato la questione della legittimità costituzionale dell'affidamento ai privati di funzioni pubbliche non individuano tanto un limite in positivo ma, sulla base di una generale presa di posizione in favore dell'esternalizzazione, ritengono non fondata la questione di costituzionalità.

Un primo caso riguarda l'ordinanza n. 157 del 21 maggio 2001, nella quale la Corte, in riferimento alla legittimità costituzionale delle disposizioni che affidavano agli ausiliari del traffico poteri di contestazione immediata, nonché di redazione e sottoscrizione del verbale di accertamento, afferma che «rientra in una scelta discrezionale del legislatore consentire che talune funzioni, obiettivamente pubbliche, possano essere svolte anche da soggetti privati che abbiano una particolare investitura da parte della pubblica amministrazione, in relazione al servizio svolto»<sup>31</sup>, specificando però che nel caso di specie le funzioni avevano natura di accertamento e verifica.

Nella successiva sentenza n. 234 del 1 luglio 2010 la questione è più delicata, trattandosi di un giudizio in via principale vertente sulla legittimità costituzionale di una legge regionale che consentiva al gestore del servizio idrico integrato (soggetto privato) di rilasciare le autorizzazioni agli scarichi. Anche qui, la Corte ritiene che «non [sia] fondato il presupposto da cui discende la censura della ricorrente, che sussista, cioè, nel nostro ordinamento un non superabile divieto ad affidare a soggetti privati lo svolgimento di funzioni amministrative»<sup>32</sup>.

Tanto la dottrina quanto la giurisprudenza costituzionale si mantengono su un piano generale. Del resto, le pur consistenti esternalizzazioni di funzioni pubbliche avvenute nel corso degli ultimi decenni non hanno condotto l'ordinamento italiano a soluzioni sperimentate in altri ordinamenti, per esem-

---

<sup>30</sup> C. MARZUOLI, *Note in punto di vizi dell'atto "amministrativo" del soggetto privato*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, Vol. I, Napoli, Editoriale scientifica, 2011, p. 542.

<sup>31</sup> Sebbene questa più generale affermazione sia preceduta da altra che, riferita al caso in oggetto, ne circoscrive la portata «il legislatore ordinario può prevedere che l'autorità amministrativa possa attribuire specifiche funzioni di accertamento o di verifica, oltre che a propri dipendenti, anche a dipendenti di enti o società cui sia stato affidato un servizio pubblico o che siano concessionari di un servizio in senso largo, quando questo accertamento o verifica sia connesso o sia utile per il migliore svolgimento dello stesso servizio».

<sup>32</sup> Tra le censure proposte dalla Presidenza del Consiglio vi era anche quella secondo cui vi sarebbe contrasto con l'art. 118 Cost., «in quanto non sarebbe costituzionalmente legittimo, in base al principio di sussidiarietà ed adeguatezza, conferire ad un soggetto privato una funzione amministrativa che dà il potere di creare, modificare o estinguere una determinata situazione soggettiva in relazione ad un interesse "primario" e "assoluto" come la tutela dell'ambiente, che deve essere affidato alla pubblica amministrazione».

pio nel settore carcerario<sup>33</sup>. Inoltre, il fatto che ci si interroghi sulla stessa possibilità di esternalizzare attività discrezionale (intesa come ponderazione di interessi pubblici) dimostra come siano limitate queste ipotesi: le potestà pubbliche conferite ai privati si risolvono, in larga misura, nell'esercizio di attività tecnico-discrezionali<sup>34</sup>.

Si possono allora evidenziare due elementi. Il primo: ciò che distingue l'organizzazione pubblica da quella privata è il dato costituzionale del suo inserimento nel circuito politico-democratico e da questo discende che debbano esservi funzioni riservate a soggetti per natura pubblici (o anche solo agli apparati politici, secondo una delle tesi sopra ricordate)<sup>35</sup>.

Il secondo elemento consiste, invece, in un latente contrasto tra la ricerca dei limiti al conferimento di potestà pubbliche ai privati e il sistema giurisdizionale italiano. Da un lato, infatti, abbiamo dati di fatto che mostrano come le attività svolte da privati nel pubblico interesse siano in larga parte vincolate o tecnico-discrezionali e che, quindi, difficilmente vi sia una ponderazione di interessi in senso stretto, cosa che secondo parte della dottrina impedirebbe addirittura il conferimento; dall'altro, abbiamo invece un sistema giurisdizionale che, per ragioni che non si possono certo ripercorrere, spinge nell'opposta direzione di valorizzare proprio i profili di discrezionalità nell'attività dei privati conferitari, al fine di individuare posizioni di interesse legittimo e esercizio di potere amministrativo e radicare, così, la giurisdizione del giudice amministrativo<sup>36</sup>. Sia sufficiente richiamare una recente pronuncia nella quale il giudice amministrativo, nel qualificare come pubblica l'attività di una banca privata incaricata di erogare finanziamenti pubblici nell'ambito di un programma euro-

---

<sup>33</sup> Si veda, in proposito, E. D'ALTERIO, *L'esternalizzazione delle funzioni di ordine: il caso delle carceri*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2008, p. 969 ss.

<sup>34</sup> Per una rassegna, si rinvia ancora a A. MALTONI, *Il conferimento di potestà pubbliche ai privati*, cit., *passim*.

<sup>35</sup> Diversa è invece la questione dei limiti al conferimento di incarichi esterni: ciò che rileva, qui, è infatti soprattutto la preoccupazione che l'amministrazione si conformi al principio di autosufficienza organizzativa, come mostra S. PELLIZZARI, *Soggetti privati che esercitano funzioni procedurali: i rapporti con l'organizzazione amministrativa tra pubblico e privato*, cit., p. 177; in giurisprudenza si veda, di recente, Corte conti, sez. giurisdizionale Molise, 8 aprile 2019, n. 9.

<sup>36</sup> Sull'art. 7 del codice del processo amministrativo (d. lgs. 2 luglio 2010, n. 104), secondo cui «Sono devolute alla giurisdizione amministrativa le controversie, nelle quali si faccia questione di interessi legittimi e, nelle particolari materie indicate dalla legge, di diritti soggettivi, concernenti l'esercizio o il mancato esercizio del potere amministrativo, riguardanti provvedimenti, atti, accordi o comportamenti riconducibili anche mediatamente all'esercizio di tale potere, posti in essere da pubbliche amministrazioni (...)», e sulle vicende che hanno portato alla sua formulazione, ci si limita a rinviare a M. RAMAJOLI, *Le forme della giurisdizione: legittimità, esclusiva, merito*, in B. Sassani, R. Villata (a cura di), *Il codice del processo amministrativo. Dalla giustizia amministrativa al diritto processuale amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2012, p. 141 ss.

peo (attività, quindi, non diversa da quella svolta solitamente dallo stesso istituto di credito), ricorre a tutte le più tipiche espressioni del ‘potere pubblico’: «*funzione di pubblico interesse*», «*ampia discrezionalità*», «*opportunità*», «*interesse legittimo del destinatario*», «*provvedimento autoritativo*»<sup>37</sup>.

#### 4. Gli atti e l’incompetenza.

Veniamo, infine, all’ultimo punto anticipato in premessa: le conseguenze del rilievo esterno dell’organizzazione privata sul regime degli atti.

Come noto, è stata a lungo dibattuta la possibilità stessa che i privati possano adottare atti amministrativi *tout court* o comunque equiparati, quanto a regime ed effetti, a quelli delle pubbliche amministrazioni. Vi è infatti una ragione storica, che lega l’idea di atto amministrativo a quella di amministrazione pubblica in senso stretto o in senso soggettivo: l’atto amministrativo è soltanto quello che promana da un’amministrazione<sup>38</sup>. Del resto, è la Costituzione a stabilire che la giurisdizione amministrativa si abbia per la tutela «*nei confronti della pubblica amministrazione*» e che sia sempre ammessa la tutela giurisdizionale «*contro gli atti della pubblica amministrazione*».

Le vicende che hanno però condotto, anche per influsso del diritto europeo, ad ampliare la nozione di pubblica amministrazione sono troppo note per essere qui riportate<sup>39</sup>. È sufficiente ricordare che si ammette oggi un’idea ‘oggettiva’ di amministrazione, la quale pone in primo piano il tipo di potere esercitato e la disciplina cui l’esercizio è assoggettato: emblematico è, in tal senso, l’art. 7, c. 2 del Codice del processo amministrativo, in base al quale, per pubbliche amministrazioni, «*si intendono anche i soggetti ad esse equiparati o comunque tenuti al rispetto dei principi del procedimento amministrativo*».

È, quindi, pacificamente ammesso che possa essere impugnato, di fronte al giudice amministrativo, l’atto di un privato. Ciò che a noi interessa è, allora, il

---

<sup>37</sup> TAR Catanzaro, 2 febbraio 2016, n. 174.

<sup>38</sup> B.G. MATTARELLA, *Fortuna e decadenza dell’imperatività del provvedimento amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2012, 1, p. 30: «*Se c’è una costante nella teoria dell’atto e in quella del provvedimento amministrativo, per come si sono formate nel corso del Novecento, è la provenienza da una pubblica amministrazione: il provvedimento è un atto di diritto pubblico, in contrapposizione agli atti privati, in primo luogo perché proviene da un soggetto pubblico*». Si veda anche la ricostruzione di A. LOLLI, *L’atto amministrativo nell’ordinamento democratico. Studio sulla qualificazione giuridica*, Milano, Giuffrè, 2000, p. 253, secondo cui «*il solo carattere unitario della categoria degli atti amministrativi, che possa far corrispondere alla locuzione unificante utilizzata dal legislatore (“atto amministrativo”) un significato parimenti unitario*» sia il fatto che la disciplina «*evidenzia nell’atto dell’amministrazione la specificità dell’apparato amministrativo, in quanto soggetto esponenziale dell’interesse pubblico*».

<sup>39</sup> Per tutti, M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, Il Mulino, 2013, p. 317 ss.

tipo di sindacato che il giudice svolge su tale atto e, in particolare, quali vizi possano rilevarsi.

Si tratta di un dibattito in buona parte già svolto nella letteratura amministrativistica<sup>40</sup> e che ha condotto a due punti fermi: la rilevabilità del vizio di violazione di legge, sul quale mai ci sono stati dubbi<sup>41</sup>, e dell'eccesso di potere, ritenuto, almeno in un primo momento, più problematico<sup>42</sup>.

Ciò su cui ancora si discute è l'incompetenza<sup>43</sup>: muovendo, del resto, dal dato dell'irrelevanza dell'organizzazione privata per i terzi, non si può che giungere a una risposta negativa all'interrogativo sulla possibile sussistenza del vizio con riguardo all'atto di un privato<sup>44</sup>.

Eppure, se è vero, come si è cercato di mostrare, che anche l'organizzazione privata rileva all'esterno, il vizio di incompetenza non può essere escluso in radice. Occorrerà, piuttosto, operare anche qui delle differenze. Non tutti i significati della competenza (in positivo) nelle pubbliche amministrazioni sono, infatti, riproponibili nell'atto del soggetto privato.

Anzitutto, e ancora in base alla disciplina costituzionale, non vi è – in genere – per i privati una norma di legge attributiva della competenza. È dunque assente, in generale, la garanzia per i cittadini offerta dalla riserva di legge dell'art. 97 Cost.<sup>45</sup> e si deve escludere la possibilità di far valere il vizio di incompetenza per l'atto del privato nelle ipotesi di mancanza di legittimazione interna (cioè, a fronte di un'attività amministrativa svolta da un soggetto privato, l'interessato non può far valere un vizio che riguardi la distribuzione interna

---

<sup>40</sup> Per un inquadramento recente, E. FOLLIERI, *Il sindacato sugli atti soggettivamente privati e oggettivamente amministrativi*, in *Giur. It.*, 2014, p. 1801 ss.

<sup>41</sup> Tra altri, v. N. PECCHIOLI, *Soggetti privati ed esercizio di funzioni amministrative*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, Vol. I, Napoli, Editoriale scientifica, 2011, p. 649.

<sup>42</sup> In particolare, V. CERULLI IRELLI, "Atti amministrativi" di soggetti privati e tutela giurisdizionale: a proposito della legge Merloni, in *Giorn. dir. amm.*, 1999, p. 1064 s., evidenziava come l'eccesso di potere presupponesse «la rilevanza giuridica complessiva dell'attività del soggetto intesa alla produzione dell'atto finale e perciò dell'effetto, la quale non è configurabile in diritto privato, dove ciò che rileva, com'è noto, è esclusivamente l'atto finale, il negozio, salva la limitata rilevanza delle "trattative" (art. 1337 c.c.)».

<sup>43</sup> Sull'attualità, in generale, del vizio di incompetenza e del suo regime processuale, v. L. BERTONAZZI, *Il trattamento processuale dell'incompetenza e dei vizi ad essa assimilati*, in questa *Rivista*, 1/2018, p. 17 ss.

<sup>44</sup> In tal senso, D. SORACE, *Atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, Annali, III, 2010, p. 95.

<sup>45</sup> M.S. GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1950, p. 89: «Se un apparato viene regolato da norme giuridiche i soggetti esterni possiedono delle certezze circa il modo come la cura degli interessi viene distribuita negli uffici dell'apparato e sono garantiti dal fatto che per modificare l'apparato si richiede un altro atto normativo: ove l'apparato sia quello dello Stato-organizzazione e i soggetti siano cittadini, tutto ciò si traduce in una ulteriore forma di garanzia del momento della libertà perché il cittadino sa che per agire in date materie oggetto di sue libertà garantite l'autorità deve servirsi di dati uffici e non di altri, altrimenti agisce illegalmente».

delle competenze): ciò può rilevare soltanto, infatti, ai fini dell'imputazione dell'atto al soggetto.

È necessario tuttavia accertare se vi siano altri ambiti o ipotesi nelle quali il difetto di competenza possa adattarsi al modulo privatistico e soddisfare specifiche esigenze di garanzia dei destinatari dell'azione.

Si pensi, in primo luogo, alle ipotesi della delega nelle procedure espropriative<sup>46</sup> o dell'attribuzione di poteri a un soggetto ben preciso nell'ambito organizzativo del privato (ad esempio, il presidente e legale rappresentante di una società concessionaria legittimato a emettere un atto sostanzialmente amministrativo). In simili casi, ragioni di tutela dei destinatari dell'azione portano a ritenere che la questione della competenza non sia irrilevante ai fini della validità dell'atto amministrativo, pur posto in essere da un soggetto privato<sup>47</sup>. Conferme di tale impostazione non mancano in dottrina<sup>48</sup>. Possono, dunque, darsi ipotesi nelle quali il profilo della competenza assume rilievo, ai fini del giudizio di legittimità dell'atto, perché è lo stesso soggetto pubblico che, nell'assegnare una competenza, pone al privato alcuni vincoli o vuole che sia un certo organo, e proprio quello, ad adottare l'atto: la natura privata del soggetto, quindi, non determina l'irrilevanza di quei vincoli quando ragioni specifiche di garanzia inducono il legislatore o l'amministrazione a introdurli.

In secondo luogo, esistono casi nei quali l'organizzazione dei soggetti privati è conformata da vincoli normativi, che possono rilevare come parametro di legittimità dell'atto. Nella disciplina degli appalti, per esempio, alcune norme ripartiscono funzioni e poteri tra soggetti diversi, quali il responsabile del procedimento o la commissione giudicatrice<sup>49</sup>.

Non sempre, insomma, mancano norme che, nell'ambito dell'esercizio privato di pubbliche funzioni, determinano la competenza del soggetto agente. A questo riguardo, si devono allora distinguere le ipotesi nelle quali la regola di competenza è funzionale solo all'imputazione dell'atto da quelle nelle quali alla regola si accompagna la finalità di tutela di un interesse protetto, che, conseguentemente, deve poter essere azionato in sede giudiziale. In definitiva, laddove il dato organizzativo interno sia vincolato da previsioni di rilievo pubbli-

---

<sup>46</sup> Art. 6, c. 8, d.p.r. 8 giugno 2001, n. 327.

<sup>47</sup> Qualora poi il potere di emanare l'atto manchi, per esempio quando si ecceda la delega di poteri espropriativi, sembrerebbe potersi parlare addirittura di incompetenza assoluta, poiché vi è un difetto di attribuzione in capo al privato e l'atto dovrebbe essere nullo alla stregua dell'art. 21 *septies*, l. 241/1990.

<sup>48</sup> A. MALTONI, *Esercizio privato di pubbliche funzioni*, cit., 593.

<sup>49</sup> E. FOLLIERI, *I vizi di legittimità dell'azione amministrativa della stazione appaltante privata*, in *Urb. e app.*, 2007, 385; dello stesso A. si veda anche *Il sindacato giurisdizionale sugli atti soggettivamente privati e oggettivamente amministrativi*, in *Giur. it.*, 2014, 1801.

cistico e da finalità specifiche di tutela dei destinatari dell'atto, la sua violazione può comportare la lesione di una situazione giuridica soggettiva<sup>50</sup>.

## 5. Conclusioni.

L'esercizio privato di pubbliche funzioni è un fenomeno da sempre noto al diritto amministrativo ma, con la riduzione dell'ambito di intervento diretto della mano pubblica occorsa negli ultimi decenni, esso ha acquisito un ruolo decisivo nel passaggio a un'idea oggettiva di amministrazione pubblica, nella quale cioè perde centralità la natura pubblica del soggetto agente in favore di quella dell'attività svolta. Si tratta, pertanto, di una cartina al tornasole capace di rivelare quali profili e categorie del diritto amministrativo siano inestricabilmente legati alla soggettività pubblica e quali, invece, possano riferirsi anche a enti privati. Nelle pagine che precedono si è mostrato, seppur per cenni, come l'organizzazione privata sia – per certi aspetti, ad esempio il rilievo della competenza – assimilabile a quella pubblica, mentre quest'ultima conservi alcuni elementi di specialità; e come tanto l'assimilazione, quanto la differenziazione possano derivarsi dai principi costituzionali.

In particolare, quando abbia una portata garantistica per il cittadino, anche l'organizzazione privata è destinata ad assumere rilievo esterno<sup>51</sup>. Ciò conferma, del resto, il nesso ineludibile tra organizzazione e attività. Se la prima è origine e matrice della seconda e se già nel momento organizzativo si realizza la tutela degli interessi rilevanti, ciò deve valere anche per l'esercizio privato di pubbliche funzioni: l'autonomia organizzativa privata incontra, di conseguenza, una serie di limiti derivanti dal tipo di attività svolta.

---

<sup>50</sup> Come per le pubbliche amministrazioni, quindi, la violazione della regola di competenza non è una semplice «*trasgressione interna*» ma determina una lesione di situazioni giuridiche: v. F. BENVENUTI, *Disegno dell'amministrazione italiana*, Padova, Cedam, 1996, p. 161.

<sup>51</sup> Secondo un ordine di idee già prefigurato da C. MARZUOLI, *Note in punto di vizi dell'atto "amministrativo" del soggetto privato*, cit., p. 537.