

DIRITTO DI ACCESSO AI DOCUMENTI AMMINISTRATIVI E CONFORMAZIONE PUBBLICISTICA DELLE FIGURE SOGGETTIVE: LA POSIZIONE DELL'ADUNANZA PLENARIA DEL CONSIGLIO DI STATO N. 13 DEL 2016 ALLA RICERCA DI UN DEFINITIVO COMPROMESSO "PUBBLICO - PRIVATO"?

del Prof. Avv. Gerardo Soricelli

L'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato n.13 del 2016 si è pronunciata sulla problematica dell'accesso agli atti di Poste Italiane s.p.a.e il presente saggio si è concentrato sulle conseguenze, sulle criticità di un possibile accesso agli atti inerente ad un concorso pubblico indetto dalla citata società. L'occasione del presente studio ha consentito altresì di affrontare, per grandi linee, l'annosa problematica dell'individuazione del concetto di pubblica amministrazione; nozione ancora incerta e circondata da enormi dubbi interpretativi.

The Plenary Meeting of the Advisory Body to the Italian Government on Administrative Matters and Their Legal Implications number 13 of 2016 ruled on the issue of access to documents of the Italian Postal Company limited by shares, and the present essay focused on the consequences, on the critical elements of a possible access to documents relating to a public competition held by the aforementioned company. The opportunity of this study also allowed to deal, in broad terms, with the long-standing problem of identifying the concept of public administration; still uncertain notion and surrounded by enormous doubts of interpretation.

Sommario: 1. La questione oggetto di rimessione e gli orientamenti prevalenti della giurisprudenza amministrativa; 2. La dimensione della trasparenza amministrativa quale livello essenziale delle prestazioni concernenti i diritti sociali e civili individuabile nell'esercizio del diritto di accesso ai documenti amministrativi; 3. La riproposizione della problematica della natura giuridica delle società pubbliche "legali" tra legge e dogmatica; 4. Considerazioni conclusive.

1. La questione oggetto di rimessione e gli orientamenti prevalenti della giurisprudenza amministrativa.

La sentenza in commento riveste notevole importanza, non tanto per la questione decisa, dato che in ordine ad essa si limita a confermare la precedente giurisprudenza, quanto perché consente di riflettere su alcune considerazioni giuridiche, ancora oggi oggetto di dispute e dibattiti mai sopiti: a) i limiti dell'accesso agli atti e ai documenti delle imprese private, gestori di servizi pubblici; b) il problema dell'applicazione del principio di trasparenza all'attività di diritto privato della pubblica amministrazione che sembra assurgere, così inteso, a vero e proprio "cardine

della vita amministrativa e quindi condizione dello svolgimento ordinato della vita sociale"¹; c) l'evoluzione del cd. "approccio sostanzialistico" della nozione di pubblica amministrazione, resa oggi ancora più attuale attraverso l'interpretazione della sentenza commento sulla qualificazione di Poste Italiane, società a prevalente partecipazione pubblica, che sembra confondere la sua natura privata con la soggezione a regole pubblicistiche, anche se solo in relazione a certe finalità pubblicistiche.

¹ Corte Cost. 9 dicembre 1968, n. 123 in *Giur. Cost.* 1968, 2151 e Corte Cost., 4 Febbraio 1967 n. 8 in www.cortecostituzionale.it

Allo scopo e, dunque, prima di affrontare gli annosi dibattiti a cui accennavo, è utile, pertanto, rammentare l'oggetto specifico della controversia che ha dato luogo alla decisione annotata. Con ordinanza (n. 4230 del 10 settembre 2015)², la terza Sezione del Consiglio di Stato ha chiesto alla Adunanza Plenaria di esprimersi sulla questione dell'applicabilità della fattispecie del diritto di accesso ai documenti amministrativi anche ai rapporti fra Poste italiane e i suoi dipendenti, “[...] *quali che siano il livello e il ramo di servizio cui sono addetti, non sussistendo un rapporto di connessione tra gli atti oggetto di ostensione e il servizio pubblico svolto.*”³.

In pratica, la Sezione remittente sollevava seri dubbi sulla proponibilità del diritto di accesso nei confronti delle Poste Italiane S.p.a., soggetto di diritto privato o comunque, per la precisione, società a partecipazione pubblica prevalente, all'interno della quale i rapporti di lavoro sono disciplinati dalle norme di diritto comune.

Quindi, l'osservazione si incentra sul possibile riconoscimento del diritto di accesso agli atti di diritto privato della pubblica amministrazione.

Per quanto riguarda la prima questione, i limiti dell'accesso agli atti e ai documenti delle imprese private, gestori di servizi pubblici, può risultare utile, al riguardo, una sommaria indicazione delle diverse posizioni assunte dal Giudice amministrativo, in quanto il dibattito dottrinario e giurisprudenziale sul tema è stato (ed è tutt'ora) particolarmente ampio e articolato.

All'inizio degli anni novanta del secolo scorso, la Corte si è trovata a decidere della possibile esperibilità del diritto di accesso ai documenti amministrativi nei confronti della S.A.C.E (società per azioni del gruppo italiano Cassa Depositi e Prestiti); un ente pubblico economico che si avvale in prevalenza dei

² In *Foro amm.* (II) 2015, 9, 2225.

³ G.DEZIO, *L'ammissibilità del diritto di accesso nei confronti di Poste Italiane Cons. St., Ad. Plen.*, 28 giugno 2016 n.13 in www.salvisjuribus.it del 29/07/2016. Sul tema della legittimazione all'accesso, A.SIMONATI, *La legittimazione passiva all'accesso tra interventi normativi e suggestioni giurisprudenziali* in A.SANDULLI e G.PIPERANA (a cura di) *La legge sul procedimento amministrativo. Vent'anni dopo*. Napoli 2011, 149 e ss.

normali strumenti privatistici nel settore dell'assicurazione e della riassicurazione che fungono da attività strumentale rispetto a finalità statuali di promovimento delle esportazioni⁴. Secondo tale orientamento, il giudice di legittimità affermava l'applicabilità degli obiettivi del buon andamento e dell'imparzialità nei confronti della P.A. che si presenti come autorità.

L'Ente in questione agisce come se fosse un soggetto privato, privo di caratteri pubblicistici, senza godere di potestà particolari o di situazioni di supremazia, per cui non risulta giustificabile alcuna intrusione attraverso lo strumento conoscitivo del diritto di accesso. I concetti di amministrazione, di azione e attività amministrativa, di documenti amministrativi e determinazioni amministrative, risultano intimamente ma inesorabilmente legati all'idea dell'amministrazione come titolare di poteri autoritari piuttosto che come struttura deputata allo “*svolgimento di un servizio o di una missione nei confronti del cittadino*”⁵.

Come è noto, la Carta costituzionale, contiene poche discipline espresse sulla pubblica amministrazione: l'attenzione dei Costituenti era comprensibilmente rivolta verso la riaffermazione delle libertà civili e politiche e verso la costruzione di un ordinamento effettivamente democratico⁶, per cui la pubblica amministrazione fondava la sua legittimazione sull'essere funzione esecutiva del governo e, quindi, servente rispetto a questo e caratte-

⁴ Cass. Sez. Un., 19 gennaio 1988 n. 391, in *Giust. Civ. Mass.* 1988, Fasc.1

⁵ A. ZITO, *Il «diritto ad una buona amministrazione» nella carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e nell'ordinamento interno*, in *Riv. ital. dir. pubbl. comun.*, 2002, p. 432. L'A. osserva come sia sintomatico che “*la disciplina della pubblica amministrazione non si ricava dalle disposizioni che si riferiscono al cittadino e alle sue libertà e diritti, ma è posta significativamente, perlomeno nella sua ossatura portante, nel titolo III dedicato al Governo a riprova di una attenzione rivolta più al profilo della funzione amministrativa, in sé considerata e nei suoi rapporti con la funzione politica del Governo, che non al profilo della posizione del privato e delle sue pretese*” (p. 431-432) in nota a F.G.SCOCA *Amministrazione pubblica e diritto amministrativo nella giurisprudenza della corte costituzionale* in *Dir. amm.*, fasc.1-2, 2012, pagg. 21 e ss

⁶ F.G. SCOCA, *op. ult. cit.*, 21 e ss.

rizzata da apparati autoritari e di supremazia in grado di garantire il “bene pubblico” in modo assolutamente unilaterale e senza confronto.

La nozione di “amministrativo”, quindi, non coincideva con quella di apparato deputato a gestire interessi come momenti di interazione e di relazione con le pretese del cittadino e le sue aspirazioni partecipative alla vita sociale, economica e politica del paese.

Ciò premesso, “il concetto di « amministrativo » indica la funzione di potestà pubbliche autoritative e il “c.d. diritto di accesso - che poi diritto vero e proprio non è, se è vero che la P.A. può rinviarne l'esercizio qualora enunci pregiudizi alla propria funzione in atto (non si è mai visto un debitore che possa lecitamente rinviare l'adempimento del proprio obbligo al di là dei termini prescritti) - rappresenta una sorte di contrappeso in favore dell'amministrato nei confronti di una posizione del soggetto pubblico o assimilato (ivi incluso un concessionario privato) che si trovi in una condizione di potestà ed eserciti strumenti pubblicistici.⁷”

Operando la S.A.C.E. sul mercato dell'assicurazione all'esportazione non in regime di monopolio, verrebbero meno tutti quei parametri comportamentali di stampo pubblicistico che la configurerebbero come soggetto passivo del diritto di accesso.

A conforto di tale assunto sarebbe anche una presunta violazione dell'art. 3 della Cost. in tema di rispetto del principio di uguaglianza. Infatti, si legge nel parte in diritto della sentenza in commento⁸ che “*La diversa soluzione suggerita dal T.A.R. trae fondamento da un'interpretazione estensiva di dubbia costituzionalità, in quanto la S.A.C.E. vedrebbe alterata la parità di condizioni rispetto alle altre parti dei giudizi (il giudice italiano non potrebbe disporre l'accesso nei confronti di analoghe determinazioni interne o private della Lloyd's) e giacché la stessa S.A.C.E. agirebbe in un regime deteriore rispetto ad altri soggetti, svolgenti, con il medesimo fine di lucro e con apparati privatistici analoghi*

sul piano funzionale, la stessa attività dell'Ente pubblico.”

Di qui la conclusione, a tacer d'altro, che la mancata attivazione da parte della S.A.C.E. di poteri pubblicistici e di comportamenti comunque non riconducibili neppure mediatamente all'esercizio di poteri amministrativi deponeva per il rigetto del diritto di accesso ai documenti amministrativi.

Il Giudice amministrativo, sempre nel suo sforzo di individuare una soluzione soddisfacente del problema di cui, peraltro, riteneva di essere giurisdizionalmente competente a occuparsi, ha percorso anche una diversa via, sostenendo la configurabilità del rigetto del diritto di accesso ai documenti amministrativi nei confronti di attività di tipo esclusivamente privatistica e del tutto disancorata dal perseguimento dell'interesse pubblico di settore istituzionalmente rimesso alle cure dell'organo amministrativo.

Una tale attività è rinvenibile in atti negoziali che non possono essere considerati atti amministrativi endoprocedimentali e nei confronti dei quali la pubblica amministrazione è carente di qualsivoglia potere discrezionale amministrativo⁹.

Il Consiglio di Stato è più volte ritornato su questa soluzione, edulcorandola con l'affermazione che quello che viene in considerazione è il diritto di accesso ai documenti come « contrappeso » in favore dell'amministrato nei confronti del soggetto pubblico che eserciti una potestà discrezionale ed autoritativa. Di conseguenza, l'agire “privato” della pubblica amministrazione, senza godere di situazioni di supremazia e di possibili “privilegi” istituzionali”, derivanti dall'esercizio della funzione autoritativa, non giustifica alcuna intrusione attraverso il mezzo dell'accesso previsto dall'art. 22 della legge n. 241 del 1990.

Il diritto di accesso ai documenti amministrativi non concerne attività amministrative non ricollegate neanche in via mediata a moduli procedurali di tipo pubblicistico “[...] ma può riguardare solo provvedimenti amministrativi, gli atti endoprocedimentali o,

⁷ Cons. Stato, sez. IV, 05 giugno 1995, n. 412 in *Rass. giur.*, Enel 1996, 508

⁸ Cons. St., Ad. Plen., 28 giugno 2016 n. 13 in www.giustizia-amministrativa.it.

⁹ Cons. St., Sez. IV, 4 febbraio 1997 n. 82 in *Foro amm.* 1997, 429 e Cons. St., Sez. VI, 13 febbraio 1994 n. 2, in *Cons. Stato* 1994, I, 39.

comunque, quegli atti che l'Amministrazione abbia utilizzato nel corso di un procedimento volto all'emanazione di un provvedimento amministrativo"¹⁰.

Nella giurisprudenza amministrativa sono rinvenibili anche soluzioni che si possono definire intermedie.

In alcune pronunce, impiegando un'interpretazione estensiva dei principi di trasparenza e buon andamento rinvenibili nell'art. 97 Cost., il Giudice ha avallato una timida apertura al diritto di accesso ai documenti dell'Amministrazione, garantito dalla L. 7 agosto 1990 n. 241, ritenendolo strumento finalizzato ad assicurare la trasparenza dell'azione amministrativa ed a favorirne lo svolgimento imparziale per la tutela di situazioni giuridiche rilevanti.

Ritiene, il Consiglio di Stato, che il diritto di accesso è espressione della «visibilità del potere pubblico»; pertanto, in presenza delle condizioni legittimanti previste dagli artt. 22 e ss della legge n. 241 del 1990 e s.mi., «esso è azionabile sia in sede partecipativa al procedimento amministrativo (accesso partecipativo), sia quando attenga alla conoscenza di atti che abbiano spiegato effetti diretti o indiretti nei confronti dell'istante (accesso informativo)»¹¹.

Gli orientamenti giurisprudenziali citati presentavano sostanziali elementi di criticità identificando l'attività di diritto privato della pubblica amministrazione con la libertà di apprezzamento degli interessi e del modo di soddisfarla secondo la tradizionale concezione privatistica; una libertà sganciata, così, dall'esercizio del potere pubblico e noncurante del «profilo funzionale» dell'amministrazione e cioè del cd. «vincolo di scopo», individuato nella soddisfazione dell'interesse pubblico¹². E' sufficiente, al riguardo, richiamare la tesi «gianniniana» secondo la quale «L'amministrazione, o meglio, ogni ente pubblico, ha autonomia privata sol

perché è persona giuridica, in quanto le norme sulla plurisoggettività non distinguono tra soggetti persone fisiche e soggetti persone giuridiche.»¹³.

L'amministrazione pubblica ha, quindi, un potere di autoregolamentazione dei propri interessi condizionato solo dalle norme imperative dell'ordinamento; potere di «autonomia privata» per ciò solo contrapposto al potere pubblicistico, teso all'emanazione del provvedimento amministrativo. Insistendo su tale filone interpretativo, il lungo percorso evolutivo della giurisprudenza con riferimento all'accessibilità degli atti di diritto privato della pubblica amministrazione proseguiva con pronunce contrastanti, senza addivenire ad una soluzione definitiva dei nodi problematici così evidenziati.

La delicatezza della questione *in fieri* spiega perché la giurisprudenza sia stata, nel tempo, assai oscillante nel prendere una posizione netta nel senso dell'applicabilità o meno della fattispecie del diritto di accesso ai documenti amministrativi anche ai rapporti fra Poste italiane e i suoi dipendenti. Le conclusioni cui perviene l'Adunanza Plenaria nn. 4 e 5 del 1999¹⁴, mettono una parola fine alle problematiche sopra evidenziate.

Esponendo in breve sintesi le posizioni della giurisprudenza amministrativa sulle questioni accennate, l'Adunanza plenaria ha ritenuto che l'istituto dell'accesso trovi applicazione nei confronti di ogni tipologia di attività della pubblica amministrazione.

Il confronto con le norme costituzionali sottolinea immediatamente la valenza dei principi del buon andamento e dell'imparzialità come valori di riferimento di ogni tipo di comportamento della pubblica amministrazione. Perché l'art. 97 Cost. relativo a tali principi assume rilievo di carattere generale ed è carico di significato prescrittivo: è perfettamente idoneo ad esprimere l'esigenza che la buona amministrazione di derivazione comunitaria, di cui i principi di buon andamento e di imparzialità ne rappresentano le componenti costitutive, riguardi sia «[...]

¹⁰ Cons. Stato, Sez. IV, 5 giugno 1995 n. 4121, in Cons. St. 1995, I, 654; Cons. Stato, Sez. V, 17 dicembre 1996, n. 1559 in *Giur. it.* 1997, III,1, 187.

¹¹ Cons. Stato, Sez. IV, 15 gennaio 1998 n. 14 in *Studium Juris* 1998, 692.

¹² F.G. SCOCA-E. FOLLIERI, *L'attività amministrativa e la sua disciplina* in Franco Gaetano Scoca (a cura di) *Diritto amministrativo* Torino, 2015, 117 e ss.

¹³ M.S. GIANNINI, voce *Attività amministrativa*, in *Enc. Dir.*, Vol. III. Milano, 1958, 989 e ss e ID., *Diritto amministrativo*, Vol. II, Milano, 1993, 7 e ss.

¹⁴ Cons. St. Ad. Plen. 22 aprile 1999, n.4 e 5 in www.giustizia-amministrativa.it

l'attività volta all'emanazione dei provvedimenti e quella con cui sorgono o sono gestiti i rapporti giuridici disciplinati dal diritto privato."¹⁵.

Con l'art. 1 della legge n. 241 del 1990, poi, il legislatore ha inteso "normare" in termini generali l'attività amministrativa, così da consentire all'interprete di dare significato a tale locuzione, onde superarne la lettera e recuperare un legame indissolubile di tipo normativo tra l'attività amministrativa e i fini determinati dalla legge. Va da sé, tra l'altro, che queste precisazioni pongono le premesse per una ricostruzione generale della disciplina dell'attività amministrativa che, pur avendo basi sistematiche, non è circoscrivibile ad un'esegesi letterale dell'articolo considerato ma va necessariamente arricchita delle prescrizioni "costituzionali" sulle variabili della "buona amministrazione".

La versione originaria dell'art. 1 stabiliva che *"l'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge ed è retta da criteri di economicità, di efficacia e di pubblicità secondo le modalità previste dalla presente legge e dalle altre disposizioni che disciplinano singoli procedimenti."*

Pur nella sua sinteticità, la norma precisava realmente il proprio campo di applicazione: dava lumi su quali fossero le basi sostanziali dell'attività amministrativa vincolata all'interesse collettivo, in quanto deve tendere alla sua cura concreta, mediante atti e comportamenti comunque finalizzati al perseguimento dell'interesse generale.

Nella nuova concezione di amministrazione rilevava la giuridicità dei criteri di efficacia e di economicità, di tipico stampo aziendalistico, che la stessa giurisprudenza di legittimità oggi riconosce, in modo chiaro, come regole di azione amministrativa, la cui inosservanza può essere oggetto di sindacato giurisdizionale¹⁶.

In tal senso si parla di attività amministrativa come attività comprensiva sia dell'attività di diritto pubblico che di quella privata¹⁷.

Non sembra possibile, allora, evitare di considerare più approfonditamente il contesto giuridico generale in cui si inserisce l'azione amministrativa e dove l'utilizzazione del sostantivo "attività" è *"[...] configurabile non solo quando l'amministrazione eserciti pubbliche funzioni e poteri autoritativi, ma anche quando essa (nei limiti consentiti dall'ordinamento) persegua le proprie finalità istituzionali mediante una attività sottoposta, in tutto o in parte, alla disciplina prevista per i rapporti tra i soggetti privati (anche quando gestisca un servizio pubblico o amministri il proprio patrimonio o il proprio personale"*.¹⁸.

Il tema centrale ruota intorno al concetto secondo il quale l'attività amministrativa costituisce una funzione, in quanto viene svolta "nell'interesse altrui" e cioè, l'attività amministrativa viene definita *"[...] un insieme di atti, fatti ai quali l'ordinamento giuridico attribuisce rilevanza giuridica nel loro complesso e per la finalizzazione all'atto conclusivo alla realizzazione dell'interesse pubblico concreto"*.¹⁹

La tesi dottrinale in esame costituisce una lodevole iniziativa per definire l'unicità dello statuto pubblico dell'azione amministrativa come insieme di regole che disciplinano l'attività dell'amministrazione, che è attività funzionalizzata, a prescindere dalla natura pubblica o privata dell'attività stessa²⁰. Il risultato che si raggiunge è di tutta evidenza: non vi è corrispondenza *"[...] necessaria tra il tipo di attività che viene posta in essere e il tipo di strumenti giuridici che vengono utilizzati dalle P.A."*.²¹.

L'amministrazione può raggiungere i propri obiettivi, siano essi di tipo pubblicistico che

¹⁵ Cons. St. Ad. Plen. 22 aprile 1999, nn. 4 e 5 cit., 1 e ss

¹⁶ Cass. Sez. Un. 28 marzo 2006 n. 7024 in *Giust. civ. Mass.* 2006, 3 e Cass. Sez. Un. 29 settembre 2003 n. 14488 in *Foro it.* 2004, I, 2765

¹⁷ F.DE LEONARDIS, *I principi generali dell'attività amministrativa* in Alberto Romano, (a cura di), *L'azione amministrativa*, Torino 2016, 28 e ss.

¹⁸ ID., *I principi generali dell'attività amministrativa* in Alberto Romano, (a cura di), *L'azione amministrativa*, cit., 28 e ss).

¹⁹ ID., *I principi generali dell'attività amministrativa*, cit., 28 e ss.

²⁰ F.G.SCOCA-E.FOLLIERI, *L'attività amministrativa e la sua disciplina*, cit., 180 e ss

²¹ F.DE LEONARDIS, *Op. ult. cit.*, 28.

correlati ad esigenze patrimoniali, sia con l'utilizzo degli istituti tipici del diritto pubblico, sia con l'uso di quelli del diritto privato.

La dottrina e la giurisprudenza recente hanno raggiunto unanimità di vedute sul fatto che sia gli atti delle pubbliche amministrazioni emanati nell'esercizio della propria capacità giuridica di diritto privato che quelli espressione di tipici poteri pubblici unilaterali, imperativi, integrino gli estremi dell'attività amministrativa.

L'attività di diritto privato della pubblica amministrazione non può essere considerata alla stregua di un'attività strettamente privatistica svolta da un soggetto qualsiasi, ciò perché l'amministrazione persegue sempre e comunque la miglior realizzazione dell'interesse pubblico, cioè di quell'interesse non appartenente all'amministrazione e quindi proprio di essa, ma dell'interesse di cui è titolare la collettività di riferimento degli apparati amministrativi che lo ha in cura²².

²² F.G. COCA-E.FOLLIERI, *L'attività amministrativa...* cit., 186-187; D.SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, Bologna, 2016, passim; G. NAPOLITANO, *Voce Pubblica amministrazione* in *Dizionario di diritto pubblico* diretto da Sabino Cassese, Vol. V, Milano, 2006, 4741; F.PIGA, *Pubblico e privato nelle dinamiche delle istituzioni*, Milano, 1985, 246 e ss; G. CORSO, *L'attività amministrativa*, Torino, 1999, 13 e ss, *Sulla distinzione tra attività amministrativa di diritto pubblico e di diritto privato*, oltre a F.DE LEONARDIS, *Principi generali...* cit., 36 e ss; B. MATTARELLA, *L'imperatività del provvedimento amministrativo*, Padova, 2000, 357 e ss; M.DUGATO, *Atipicità e funzionalizzazione degli accordi*, Milano, 1996, passim; F.BENVENUTI, *Disegno dell'amministrazione italiana. Linee positive e prospettive*, Padova, 1996, 176 e ss; E.CASSETTA, *voce Attività amministrativa*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, Vol. I, Torino, 1987, 521 e ss; L.BENEVENUTI, *La discrezionalità amministrativa*, Padova, 1986; N. PAOLANTONIO, *Il sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo*, Padova 2000, 231 e ss; D. D'ORSOGNA, *Contributo allo studio dell'operazione amministrativa*, Napoli, 2005; V.CERULLI IRELLI, *Diritto amministrativo e diritto comune: principi e problemi*, in *Scritti in onore di Giuseppe Guarino*, Vol. I, Padova 1998, 574 e ss; Per la giurisprudenza si vedano Cons. Stato, Sez. IV, 24 febbraio 2011, n. 1231 www.gadit.it/articolo/22418 ; Cons. Stato, sez.VI, 10 febbraio 1996, n. 184 in *Cons. Stato 1996, I*, 165 ; Cons. Stato sez.VI, 3 febbraio 2011, n.783 in *Guida al diritto 2011, Dossier 3*, 117 ; TAR Sicilia, Palermo, Sez.1, 20 dicembre 2006, n. 4129 in *Foro amm. TAR* 2006, 12, 4049 (s.m); TAR Lazio, Roma, Sez. II, 20 giugno 2006 n. 4890 in *Foro amm. TAR* 2006, 6, 2074.

Si può dunque esporre la concezione attuale che la dottrina maggioritaria e la giurisprudenza hanno dell'attività amministrativa: un'attività che ha da tempo dismesso le sue funzioni sovrane per accogliere il ruolo di "funzione" di servizio, in virtù di una nuova applicazione della sovranità popolare, più partecipe del potere politico.

Nella dottrina attuale, l'autorità è eteroregolazione e cioè "potere di disciplinare interessi altrui anche senza il consenso dei titolari degli interessi da disciplinare."²³.

Per cui, se l'autorità è "un attributo del potere precettivo dell'amministrazione e cioè della capacità di elaborare la regolazione degli interessi pubblici e di quelli privati che con i pubblici si incrociano" va segnalato come il potere precettivo dell'amministrazione possa assumere carattere autoritativo, cioè capacità di eteroregolazione, come carattere non autoritativo e, quindi, privo della sua capacità di regolare interessi altrui senza il consenso dei titolari degli interessi da disciplinare (cd. potere consensuale)²⁴.

In tal modo, gli orientamenti dottrinali hanno confermato la qualifica del potere amministrativo come potere "funzionalizzato" ma assoggettato ad una serie di regole, principi, formali e sostanziali di carattere pubblicistico. Non vi è dubbio che l'atteggiamento dottrinale, anche se non può pensarsi che sia stato determinante, abbia comunque avuto un ruolo non marginale alla teorizzazione dello Statuto giuridico dell'attività amministrativa che non si limita ad imprimere al potere precettivo unilaterale e consensuale un cd. "vincolo di scopo"²⁵, ma crea un sistema di valori e di regole a valenza pubblicistica, prevalenti pertanto sul diritto privato.

In altri termini, per effetto di un tale orientamento, si è stemperata, di conseguenza, la netta distinzione tra ente pubblico ed ente collettivo privato, anche in ragione dell'utilizzazione sempre più frequente da parte del primo di modelli societari, contratti,

²³ F.G. COCA-E.FOLLIERI, *L'attività amministrativa*, cit., 182-183

²⁴ ID., *op. ult. cit.*, 183

²⁵ ID., *L'attività amministrativa*, cit., 183

intese e convenzioni proprio al fine di gestire meglio gli interessi pubblici²⁶.

La scelta discrezionale dell'amministrazione tra l'agire per negozi giuridici o l'agire per provvedimenti è il frutto anche di indirizzi e direttive sempre più insistenti nel senso del riconoscimento di una nozione sostanziale di impresa pubblica, di derivazione comunitaria.

In questo quadro, è evidente che l'assimilazione dell'attività di diritto privato all'attività di diritto pubblico valga per istituti come quello del diritto di accesso ai documenti amministrativi dove il diritto di difesa del soggetto che accede non solo rende indifferente la distinzione dell'attività amministrativa tra attività pubblica o privata ma va a prevalere sulla natura pubblica o privata dell'ente collettivo destinatario della richiesta, purché si tratti di enti connotati da assetti pubblicistici. E ciò in relazione ai principi di buon andamento e trasparenza dell'attività amministrativa generale. Secondo l'orientamento giurisprudenziale, avallato anche dalla dottrina, il buon andamento si riferisce ad "[...] un'efficienza per così dire imparziale che, per il fatto di dover passare attraverso la ponderazione degli interessi meritevoli di tutela, finisce per dar vita a qualcosa di diverso da un astratto criterio, scaturendo al contrario da una considerazione dell'uomo e dei suoi problemi concreti".²⁷

Da ciò deriva che "l'amministrazione (come soggetto, come funzione, come complesso di mezzi e di beni o come persone alla luce dell'art. 97 e dei principi fondamentali della Costituzione), deve essere organizzata in modo che possa raggiungere l'obiettivo del pieno sviluppo della persona umana e per esso gli obiettivi-mezzo della piena attuazione dell'eguaglianza, della libertà, della solidarietà e della salvaguardia e sviluppo dell'interesse generale."²⁸

²⁶ F.DE LEONARDIS, *Principi generali dell'attività amministrativa*, cit., 37

²⁷ F.G. SCOCA, *Amministrazione pubblica e diritto amministrativo nella giurisprudenza della corte costituzionale*, cit., pag. 21 e ss.

²⁸ R. MARRAMA, *I principi regolatori della funzione di organizzazione pubblica*, in *Diritto amministrativo* (a cura di L. Mazza, G. Pericu, A. Romano, F.A. Roversi Monaco, F.G. Scoca), 3^a ediz. Bologna 2001, p. 409 ss.

Risulta così importante il collegamento dei principi riguardanti l'organizzazione e l'attività amministrative con l'obiettivo fondamentale del pieno sviluppo della persona umana in tutte le sue manifestazioni.²⁹

In questo contesto, l'attuale significato del principio di buon andamento, si coglie anche nella "attenzione al rapporto amministrazione e cittadino" che si traduce spesso, nell'esercizio privato di funzioni e servizi pubblici, in una collaborazione creata non sulla base di un rapporto diritto-obbligo, ma su autorizzazione od obbligo discendente da uno specifico rapporto pubblicistico con l'ente.

E così, da una parte della legislazione vigente, in relazione ai processi di privatizzazione dove vengono riconosciuti concreti spazi di libertà di agire ai privati, come nell'autocertificazione o nella s.c.i.a., in contrapposizione si assiste ad una "pubblicizzazione" dell'attività di quei privati che svolgono attività di interesse collettivo³⁰.

D'altronde, che l'interesse pubblico possa essere perseguito anche attraverso enti privati è un principio ampiamente consolidato all'art. 33, comma 3, della Cost., dove si stabilisce

²⁹ F.G. SCOCA, *Amministrazione pubblica e diritto amministrativo nella giurisprudenza della corte costituzionale*, cit., pag. 21; ID., voce *Attività amministrativa*, in *Enc. Dir.*, Aggiorn. VI, Milano 2002, p. 99 ss.; F. TRIMARCHI BANFI, *Il diritto ad una buona amministrazione*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, diretto da M.P. Chiti e G. Greco, tomo I^o, p. 49 ss. Per una rassegna di giurisprudenza sull'applicazione del principio del buon andamento a profili organizzativi o di funzionamento o di esercizio di poteri della pubblica amministrazione, [anche] come disciplina dei procedimenti amministrativi, [o] ad obiettivi di trasparenza, pubblicità, partecipazione e tempestività dell'azione amministrativa" F.G. SCOCA, *Amministrazione pubblica e diritto amministrativo*, cit., 56 e ss.; A. ANDREANI, *Il principio costituzionale di buon andamento della Pubblica Amministrazione*, Padova 1979; S. CASSESE, *Il diritto alla buona amministrazione*, in www.irpa.eu, ove osserva che "la buona amministrazione ha avuto una importante evoluzione funzionale. Da principio in funzione della efficacia della pubblica amministrazione (« ex parte principis »), è divenuto principio in funzione dei diritti dei cittadini (« ex parte civis »).

³⁰ F.DE LEONARDIS, *Principi generali dell'attività amministrativa*, cit., 103, Per una riflessione sul rapporto tra amministrazione e privati, V.CERULLI IRELLI, *Osservazioni generali di modifica della l. n. 241/90*, in *www.Giustamm.*, 2005, 4 e ss.

che “Enti e privati hanno il diritto di istituire scuole ed istituti di educazione, senza oneri per lo Stato”, ma è anche vero che i privati esercenti l’attività amministrativa devono sottostare alla disciplina pubblicistica dettata per tutte quelle attività che costituiscono esercizio di un potere amministrativo.

In definitiva, si può riconoscere che gli enti collettivi privati debbano essere sottoposti alle normative pubblicistiche solo con riferimento a quella parte di attività rilevante per il perseguimento dell’interesse pubblico.

Più specificatamente, secondo un’interpretazione funzionale della giurisprudenza, i soggetti privati sono tenuti sia al rispetto dei principi generali di diritto pubblico, come il buon andamento, l’imparzialità che all’osservanza di criteri applicativi degli stessi come la trasparenza, nonché all’ulteriore rispetto delle norme di dettaglio relative all’accesso ai documenti amministrativi³¹.

Sul punto, in giurisprudenza, si è sottolineata più volte l’ammissibilità dell’accesso agli atti di un ente pubblico economico trasformatosi in società per azioni sul presupposto che la nuova entità risulti vincolata al perseguimento di fini istituzionali ai quali attendeva l’originario ente pubblico soppresso³².

³¹ V.CERULLI IRELLI, *Introduzione*, in N. PAOLANTONIO-A.POLICE-A.ZITO, (a cura di), *La Pubblica amministrazione e la sua azione*, Torino, 2005, 5 e ss; B.MATTARELLA, *Le dieci ambiguità della legge n. 15 del 2005*, in *Giorn. di dir.amm.*, 2005, 819 e ss; G. PASTORI, *Dalla legge 241 alle proposte di nuove norme generali sull’attività amministrativa*, in *Amministrare* 2002, 307; F. MANGANARO, *L’evoluzione del principio di trasparenza amministrativa*, in www.astrid-online.it; R. MARRAMA, *La pubblica amministrazione tra trasparenza e riservatezza nell’organizzazione e nel procedimento amministrativo*, in *Dir. proc. Amm.* 1989, 416 ss.; A.DE ROBERTO, *La legge generale sull’azione amministrativa*, Torino, 2005, 14; M. MASSA, *La trasparenza come diritto e il «diritto di accesso civico»*, in dirittiregionali.org, 24 aprile 2013; M. RENNA, *Obblighi procedurali e responsabilità dell’amministrazione*, in *Dir. Amm.* 2005, 557 ss; M.C. CAVALLARO, *Garanzie della trasparenza amministrativa e tutela dei privati* in *Dir. Amm.*, fasc.1, 2015,121

³² Cons. St. Ad Plen. 5 settembre 2005, n. 5 in www.extra.anci.it. Sul punto, in maniera esaustiva, M.G.DELLA SCALA, *Il diritto di accesso all’attività privatistica dell’amministrazione e dei soggetti privati alla luce della legge n. 5 del 2005*, in *Dir. amm.*, 2006, 195 e ss.

Anzi, la giurisprudenza si è spinta oltre fino ad affermare l’ammissibilità dell’accesso ai documenti amministrativi anche nei confronti delle società pubbliche nello svolgimento delle loro attività di pubblico interesse con atti e procedure di diritto privato³³.

Sotto tale profilo, quindi, non rileva tanto il *nomen iuris* di società pubblica, per esempio, delle Poste italiane, a giustificare l’esercizio legittimo del diritto di accesso, quanto il contenuto dell’attività di pubblico interesse (che può essere strettamente pubblicistica o privatistica, purché finalizzata alla cura dell’interesse pubblico) che svolge nel suo ambito, sul presupposto che in tale ambito opera il principio della trasparenza dell’attività amministrativa che, come specificazione del più ampio principio di buona amministrazione, si identifica nel “livello essenziale...delle prestazioni concernenti i diritti sociali e civili”(art. 117, lett. m.) della Cost.).

2. La dimensione della trasparenza amministrativa quale livello essenziale delle prestazioni concernenti i diritti sociali e civili individuabile nell’esercizio del diritto di accesso ai documenti amministrativi.

La trasparenza è ritenuta un elemento fondante la disciplina del diritto di accesso ai documenti amministrativi. Quest’ultima ha comportato infatti già da decenni un superamento dell’origine “segreta” dell’attività amministrativa in genere, che privilegiava l’obiettivo di garantire la gestione della cosa pubblica nella maniera più riservata possibile, essenzialmente nell’interesse esclusivo dell’amministrazione stessa e, quindi, della sfera pubblica.

Oggi il principio di trasparenza della pubblica amministrazione non va desunto da interpretazioni sistematiche ed evolutive della Costituzione sul buon andamento o sulla buona amministrazione ma costituisce una novità assoluta di diritto positivo, essendo previsto non solo nel riformulato art. 1 della legge n. 241 del 1990, recante “Nuove norme

³³ TAR Lazio, Roma, Sez. II,5 maggio 2009, n. 4612, in *Foro amm.* TAR 2009, 5, 1457; G.MORBIDELLI, *In tema di art. 29 L.241/1990 e di principi generali del diritto amministrativo*, in www.giustamm.it, del 2 marzo 2010

sul procedimento amministrativo”, ma anche dalla riforma Brunetta, avvenuta con il D.lgs. n. 150 del 2009 (*Attuazione della legge 4 marzo 2009, n. 15, in materia di ottimizzazione della produttività del lavoro pubblico e di efficienza e trasparenza delle pubbliche amministrazioni*). L’innovazione consiste proprio nel fare riferimento al principio di trasparenza come a un principio in sé, senza interpretazioni che ne restringano la portata applicativa e in maniera indipendente dalla sua portata applicativa alle fattispecie concrete.

Il problema che si pone è, quindi, quello di affrontare fino in fondo, la questione aperta e centrale: che cosa significa “il principio di trasparenza”.

La forza innovativa delle normative sulla trasparenza consiste proprio nell’evidente rinuncia ad ogni semplificazione o riduzione della portata di questo principio che deve essere definito e ricostruito tenendo conto del contesto normativo e costituzionale nel quale è inserito.

Occorre, pertanto, assegnare un valore “contenutistico” a questo principio che fa del rapporto amministrazione-cittadino, la nuova centralità, il fondamento e la misura della legittimità dell’ordinamento giuridico.

Della trasparenza dottrina e giurisprudenza ne hanno tratto una definizione spesso sovrapposta con quella di pubblicità, quasi piuttosto come uno stadio più avanzato della pubblicità stessa, essendo quest’ultima “una mera conoscibilità delle informazioni” e la trasparenza un effettivo passaggio di conoscenza a soggetti esterni all’azione amministrativa³⁴.

Assumere il principio di trasparenza nel significato qui proposto implica avere una cognizione del principio stesso come tale, unitariamente considerato e definito, indipendentemente da una possibile coincidenza con il principio di pubblicità. La trasparenza si riferirebbe a tutto ciò che dovrebbe essere reso comprensibile a tutti, anche ai non addetti ai lavori, “[...] al fine di realizzare la giustizia sociale e l’uguaglianza sostanziale nelle quali si sintetizza l’idea dello Stato sociale e rendere, così, indispensabile, il dovere di svolgere da parte dell’amministrazione un’attività

di informazione congrua idonea a consentire ai destinatari di esercitare i diritti ad essi riconosciuti dallo stesso Stato sociale”³⁵.

Il riconoscimento del principio di trasparenza presuppone, a sua volta, una netta prevalenza dell’amministrazione per servizi rispetto a quella di tipo autoritativo, al punto che il predicato dell’essenzialità della trasparenza delle pubbliche amministrazioni postulerebbe un livello di prestazione considerato soddisfacente non più in relazione ai vincoli economico-finanziari, ma ad obiettivi di benessere e di equità che vanno oltre il piano strettamente finanziario.³⁶

³⁵ A. MELONCELLI, voce *Pubblicità*, in *Enc. Dir.*, vol. XXXVII, Milano, 1988, 1039 e ss. Per alcuni spunti dottrinali sulla trasparenza così come ritenuto sussistente nel nostro sistema legislativo R.VILLATA, *La trasparenza dell’azione amministrativa* in *Dir. proc. amm.*, 1987, 534 e ss.; N.LONGBARDI, *La l. n.15/2005 di riforma della l. n. 241 del 1990. Una prima valutazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2005, 453; B.G. MATTARELLA, *Informazione e comunicazione amministrativa* in *Riv. Trim. dir. Pubbl.*, 2005, 2 e ss.; F.COSTANTINO, *Autonomia dell’amministrazione e innovazione digitale*, Napoli, 2012, passim; M.A. SANDULLI, *Codificazione, semplificazione e qualità delle regole*, Milano, 2005; D.GOLEMAN, W.TENNIS, J.O’TOOLE, *Trasparenza. Verso una nuova economia dell’onestà*, Milano, 2009; M.R. SPASIANO, *Trasparenza e qualità dell’amministrazione* in M.P. CHITI-G.PALMA, (a cura di) *I principi generali dell’azione amministrativa*, Napoli, 2006; R. MARRAMA, *La pubblica amministrazione tra trasparenza e riservatezza nell’organizzazione e nel procedimento amministrativo* in *Dir. proc. amm.*, 1989, 416 ss. Per un’essenziale letteratura sul tema, nell’ampio panorama dottrinale: R. VILLATA, *La trasparenza dell’azione amministrativa, in La disciplina generale del procedimento amministrativo* in *Atti del XXXII Convegno di studi di scienza dell’amministrazione*, Varenna-Villa Monastero, 18-20 settembre 1986, Milano, 1989, 15; S. AGRIFOGLIO, *La trasparenza dell’azione amministrativa e il principio del contraddittorio: tra procedimento e processo*, in *Dir. proc. amm.*, 1991, 46 ss.; G. ARENA, *Trasparenza amministrativa*, in *Enc. Giur.*, XXXI agg., Roma 1995; ID., *Trasparenza amministrativa*, in S. CASSESE, *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, p. 5945 ss.; G. ABBAMONTE, *La funzione amministrativa tra riservatezza e trasparenza. Introduzione al tema* in AA.VV. *L’amministrazione pubblica tra riservatezza e trasparenza. Atti del XXXV Convegno di Studi di Scienza dell’Amministrazione-Varenna 1989*, Milano, 1991, 13 ss.

³⁶ Così, Cesare Pinelli, *Sui “livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali” (art. 117, co. 2, lett. m, Cost.)* in *Diritto pubblico n. 3 del 2002*,

³⁴ F. DE LEONARDIS, *Principi... cit.*, 74 e ss.

Nel contestuale riferimento ai diritti civili e ai diritti sociali, si è già vista la conferma che "[...] la risalente contrapposizione di natura strutturale fra diritti civili quali diritti di libertà meramente negativa e diritti sociali quali diritti a prestazione pubblica trascura, fra le altre cose, che il godimento dei diritti civili può del pari richiedere prestazioni pubbliche."³⁷

L'elemento maggiormente innovativo, ad avviso di chi scrive, sembra essere un altro.

Se il principio di trasparenza è inquadrato nell'ambito dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti sociali e civili", esso, da principio della effettiva comprensibilità delle informazioni, in quanto strumentale ai principi di efficacia e di buon andamento dell'attività amministrativa, è divenuto principio in funzione dei diritti dei cittadini ("ex parte civis") e "contenuto essenziale" dei diritti civili e sociali del cittadino.

Ciò ha finito per creare un diritto soggettivo alla trasparenza (tra cui rientra il diritto di partecipazione e di accesso ai documenti amministrativi) che, se, da un lato, mira ad una tutela più efficace delle situazioni giuridiche soggettive dei privati, dall'altro, preve-

881 e ss; E. BALBONI, *Il concetto di 'livelli essenziali e uniformi' come garanzia in materia di diritti sociali*, in *Istituz. fed.*, 2001, p. 1105, G. CORSO, *Welfare e Stato federale: uguaglianza e diversità delle prestazioni*, in *Regionalismo, federalismo, Welfare State*, Milano, 1996, p. 428; L. CHIEFFI, *Riforma dello Stato delle autonomie e trasformazione del Welfare in Italia*, in ID. (a cura di), *Evoluzione dello Stato delle autonomie e tutela dei diritti sociali. A proposito della riforma del Titolo V della Costituzione*, Padova, 2001, 22 e ss

³⁷ Così M. LUCIANI, *I diritti costituzionali tra Stato e Regioni (a proposito dell'art. 117, comma 2, lett. m), della Costituzione*, in *Pol. Dir.*, n. 3, 2002, p. 352 in nota a Cesare Pinelli, *Sui "livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali" (art. 117, co. 2, lett. m, Cost.)* cit., 881 e ss. Per uno studio analitico dei livelli essenziali delle prestazioni, si vedano G. ROSSI, A. BENEDETTI, *La competenza legislativa statale esclusiva in materia di livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2002, p. 26 ss., M. LUCIANI, *I diritti costituzionali tra Stato e Regioni (a proposito dell'art. 117, comma 2, lett. m), della Costituzione*, cit., p. 352; M. BELLETTI, *I "livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali..." alla prova della giurisprudenza costituzionale. Alla ricerca del parametro plausibile...* in *Le Istituzioni del Federalismo 3/4 del 2003*, 613 e ss.

de obblighi di comportamento corretto e trasparente delle pubbliche amministrazioni tali da assicurare l'effettività del diritto citato in funzione del cittadino³⁸.

In questo senso, è certamente vero come la trasparenza, intesa come principio funzionale, possa tradursi nell'assimilazione dell'attività civilistica a quella di diritto pubblico della pubblica amministrazione, per cui non può attribuirsi rilievo decisivo alla natura pubblicistica o privatistica degli atti nei cui confronti venga richiesto l'accesso ai documenti amministrativi e ciò proprio in considerazione della natura unitaria e omogenea dell'attività amministrativa, vista nella realizzazione dell'interesse generale³⁹.

Di conseguenza, l'imprescindibilità del principio di trasparenza, anche per effetto della ricostruzione sistematica della giurisprudenza amministrativa, è richiamata da una serie di normative di settore, su cui spicca i D. lgs n. 97 del 2016, correttivo della legge 6 novembre 2012, n. 190 e del d.lgs. n. 33 del 2013, in attuazione della delega contenuta nell'art. 1, comma 35, della legge 6 novembre 2012, n. 190 (*Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione*), che rappresenta il normale sviluppo di una serie di riforme della pubblica amministrazione che hanno preso avvio dalla legge n. 241 del 1990 (da rilevare l'introduzione dell'art. 1, comma 1 ter della legge n. 241 del 1990, (art.1 comma 37, della legge n. 190/2012), passando per la disciplina dei "concorsi e prove selettive per l'assunzione di personale", nonché delle "progressioni in carriera", di cui all'art. 24 del d.lgs. n. 150 del 2009 (*Attuazione della legge 4 marzo 2009, n. 15, in materia di ottimizzazione della produttività del lavoro pubblico e di efficienza e trasparenza delle pubbliche amministrazioni*)⁴⁰.

³⁸ Sul punto, ma con riferimento al principio di buona amministrazione, S.CASSESE, *Il diritto alla buona amministrazione. Relazione alla "Giornata sul diritto alla buona amministrazione" per il 25° anniversario della legge sul "Sindic de Greuges" della Catalogna*, Barcellona, 27 marzo.

2009 in www.irpa.eu, 4 e ss.

³⁹ F. DE LEONARDIS, *Principi*, cit., 37.

⁴⁰ Cons. Stato Ad. Plen. 28 giugno 2016, n. 13 in *nel diritto.it*, rivista telematica di diritto.

In questa “platea” legislativa, il D. lgs n. 97 del 2016 costituisce il compendio normativo che racchiude la duplice valenza della trasparenza, in veste sia di controllo diffuso del cittadino sull’azione amministrativa ed equilibrio dei principi della “buona amministrazione”, sia come canone dell’azione di contrasto dei fenomeni corruttivi nelle pubbliche amministrazioni⁴¹.

Le norme richiamate, va osservato, trovano la propria giustificazione nella rilevanza accordata dal legislatore all’interesse pubblico, che merita identica tutela a prescindere dal soggetto pubblico o privato che svolge l’attività amministrativa.

Come opportunamente sottolineato dalla stessa Adunanza plenaria in commento, l’attività preposta al soddisfacimento degli interessi collettivi, anche se posta in essere da un soggetto privato, è soggetta ai canoni di buon andamento, trasparenza, imparzialità e, quindi, è ostensibile in base alle norme in tema di accesso⁴².

Ne è convincente prova la contrapposizione, chiaramente sottolineata nel passaggio della sentenza sopra riportato, tra attività del soggetto pubblico e azione del soggetto privato: la prima è regolata da norme pubblicistiche tutte indirizzate alla realizzazione dell’interesse pubblico, mentre, la seconda, è assoggettata alla disciplina pubblicistica del diritto di accesso solo in caso di cura di un interesse pubblico e sottoposizione ai principi di imparzialità e buon andamento.

Tuttavia questa considerazione, sulla scia della vecchia adunanza plenaria (nn. 4 e 5 del 1999), è utilizzata per individuare, nell’ambito dell’attività del gestore del servizio pubblico, quando si manifesti un interesse pubblico prevalente rispetto allo scopo di lucro.

Tra le tante soluzioni proposte dalla dottrina, la più rilevante e gettonata è certamente “[...] il grado di strumentalità dell’attività

oggetto della domanda di accesso rispetto all’attività di gestione del servizio.”⁴³.

Grado di strumentalità che presenta un necessario elemento di astrattezza, non consentendo di identificare in maniera precisa ed incondizionata il persistente collegamento strutturale e funzionale dell’attività del soggetto privato con la funzione pubblica. La giurisprudenza offre al riguardo, e l’Adunanza Plenaria in commento ne è un esempio, alcuni indici sintomatici del riconoscimento di tale strumentalità.

E’ stato affermato⁴⁴ che le procedure di trasferimento del personale della società Trenitalia devono essere sottoposte all’esercizio del diritto di accesso siccome potenzialmente incidenti sulla qualità del servizio stesso. Si tratta, invero, di procedure tese a garantire che i soggetti privati, i quali gestiscono un servizio pubblico, scelgano le persone secondo criteri di imparzialità e, quindi, pur sempre di attività funzionalmente collegata all’organizzazione del servizio; organizzazione a valenza interna, essendo strumentale alla gestione ed erogazione del servizio, ossia al soddisfacimento di interessi collettivi cui deve tendere il servizio stesso.

La giurisprudenza successiva⁴⁵ si attesta sostanzialmente sulla stessa “lettura” anche se specifica che “*Possono formare oggetto di accesso tutti gli atti di gestione del personale dipendente degli enti pubblici e degli altri soggetti previsti dall’art. 23 l. 7 agosto 1990 n. 241 in quanto, pur essendo atti di diritto privato a seguito della c.d. privatizzazione del rapporto di lavoro, le esigenze di buon andamento e di imparzialità dell’Amministrazione ex art. 97 cost. riguardano allo stesso modo l’attività volta all’emanazione dei provvedimenti e quella con cui sorgono o sono gestiti i rapporti giuridici disciplinati dal diritto comune.*”⁴⁶.

⁴¹ A.POLICE-A.DAIDONE, *La riforma dell’amministrazione (Artt.97 e 118 Cost.) in Commento alla riforma costituzionale del 2016* (a cura di) Francesco Saverio Marini e Gino Scaccia, Napoli 2016, 222 e ss.

⁴² A.ROMANO, *L’accesso ai documenti amministrativi* in A.ROMANO (a cura di), *L’azione amministrativa*, cit., 952-953.

⁴³ A.ROMANO, *L’accesso ai documenti amministrativi*, cit., 952-953.

⁴⁴ Cons. St. Sez. VI, 23 ottobre 2007, n. 5569 in *Foro amm. CDS* 2007, 10, 2873.

⁴⁵ Cons. St. Sez. IV, 12 marzo 2010, n. 1470 in *Foro amm. CDS* 2010, 3,554

⁴⁶ Cons. St. Sez. VI, 25 gennaio 2010, n. 252, in *Guida al diritto 2011, Dossier* 3, 115, Sul punto, V. SARCONI, *La “specialità” del diritto all’informazione ambientale (nota a T.A.R. Veneto, sez. III, 30 ottobre 2003 n. 5731, Soc. E.I. c. Com. Conegliano e al-*

La soluzione di questo problema specifico della strumentalità è affidata, nella sentenza, ad una argomentazione piuttosto generica e, se mi è permesso dirlo, anche piuttosto evanescente.

Occorre specificare meglio la pregnanza del nesso di collegamento dell'attività strumentale alla gestione del servizio.

Gli atti di gestione del personale dipendente degli enti pubblici e degli altri soggetti previsti dall'art. 23 l. 7 agosto 1990 n. 241 si pongono in un rapporto di interdipendenza funzionale rispetto alla gestione ed erogazione del servizio, ossia al soddisfacimento dell'interesse pubblico a cui è tenuto il servizio. Tale interpretazione è suffragata dal rilievo che la realizzazione dell'interesse pubblico rappresenta l'unico elemento che cementa giuridicamente l'organizzazione del personale dipendente e l'adozione delle misure amministrative per l'erogazione ottimale del servizio pubblico.

In altri termini, i fatti dell'organizzazione del personale dipendente dei soggetti tenuti all'espletamento del servizio e l'erogazione dello stesso servizio, pur rappresentando comportamenti diversi dal punto di vista naturalistico, sono espressivi di un comportamento complessivamente unitario sotto il profilo normativo-sociale perché tendente allo scopo prefissato sufficientemente specifico costituito dalla realizzazione dell'interesse pubblico concreto e finale.

Per tale concezione normativa, l'interesse pubblico, cioè l'interesse generale assunto come proprio dallo Stato o comunque dall'ordinamento in genere che è l'unico metro che identifica unitariamente i fatti storici (organizzazione interna e misure amministrative) come elementi fondanti lo stesso concetto di attività amministrativa⁴⁷.

tro) in *Foro amm. TAR*, 2004, pag. 71; Cons. St. Sez. VI, 05 marzo 2002, n. 1303 in *Giust. civ. 2002*, I, 2309 (nota di: M.GIGANTE) *Verso la ripubblicizzazione di Poste italiane?* Qui i giudici della sezione hanno ritenuto di puntualizzare la nozione di strumentalità, rispetto alla stretta gestione, dell'attività svolta in via residuale dai soggetti tenuti all'espletamento del servizio pubblico. Sul punto anche la dottrina, R.GAROFOLI-G.FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, X edizione, Roma 2016/2017, 190 e ss.

⁴⁷ Sul punto in proposito la monografia di M. ANDERHEIDEN, *Gemeinwohl in Republik und*

Si riconosce, infatti, che determinati istituti, sistemi di valori o schemi ontologici fondamentali non possono non costituire l'ossatura concettuale, la struttura portante del potere pubblico e della sua funzionalizzazione alla concretezza dell'interesse pubblico. Ed è questa la concezione conforme al volto costituzionale del diritto delle pubbliche amministrazioni, incentrato sui principi di buona amministrazione, imparzialità e trasparenza.

In conclusione, in base al diritto positivo e ai maggiori orientamenti giurisprudenziali citati, la strumentalità degli atti di diritto privato dei gestori del servizio pubblico rispetto al servizio stesso esprime non un criterio, ma soltanto, pur se apprezzabilmente, la reale esigenza di estendere l'applicazione all'attività strumentale, per la sua connotazione di interdipendenza funzionale con il potere pubblico, delle norme pubblicistiche, almeno per principi fondamentali, che regolano l'intera disciplina delle misure procedurali e provvedimenti tipiche del diritto pubblico⁴⁸.

3. La riproposizione della problematica della natura giuridica delle società pubbliche "legali" tra legge e dogmatica.

Gli spunti critici della sentenza in commento ripropongono tra le righe, ad un'attenta

Union, Tübingen, Mohr Siebeck, 2006 in F.MERUSI, *A proposito di «verwaltungsrechtliche dogmatik» di eberhard schmidt-assmann. divagazioni su di una pretesa nuova dogmatica nel diritto amministrativo* in *Riv. Trim. di Dir. Pubbl. fasc.1*, 2015, pag. 17 A.PUBUSA, *Riflessioni sulla pubblica amministrazione, rileggendo la Costituzione in Scritti in onore di Feliciano Benvenuti*, Vol. IV, Mucchi editore Modena, 1996, 1471 e ss; F.BASSI, *Brevi note sulla nozione di interesse pubblico in Scritti in onore di Feliciano Benvenuti*, Vol. I, Mucchi Modena, 1996, 243 e ss; V.OTTAVIANO, voce *Ente pubblico*, in *Enc. Dir.* Vol., XIV, Milano, 1965, p. 968 e ss.

⁴⁸ S.CIMINI, *L'attualità della nozione di ente pubblico*, in *www.federalismi.it* n.24/2015, il quale afferma che "in alcune norme di diritto pubblico – come quelle relative ai principi procedurali, alle regole di evidenza pubblica, e così via – si estendono ai soggetti privati che svolgono funzioni pubblicistiche, non può portare a confutare l'esistenza di un regime speciale che si applica agli enti aventi natura pubblica: semplicemente si deve prendere atto che alcune norme di questo regime non riguardano esclusivamente gli enti pubblici ma anche i soggetti privati quando svolgono funzioni pubblicistiche".

“lettura” sistematica dei suoi precetti, il tema dell’ approccio “sostanzialistico” alla nozione di pubblica amministrazione che, oltre alle conosciute attenzioni di stampo europeista, è da sempre un tema centrale nella scienza del diritto amministrativo. Come è stato acutamente osservato “La pubblica amministrazione non poteva essere ritenuta bisognosa di urgente e approfondita disciplina costituzionale. Questo ha comportato che dalla Carta costituzionale non traspaia una fisionomia ben definita di amministrazione pubblica; anzi, secondo una autorevole opinione dottrinale, dalle disposizioni costituzionali sono ricostruibili diversi modelli di amministrazione, non del tutto compatibili tra loro....”⁴⁹.

Con questa affermazione, il sommo giurista riconosce implicitamente che la natura pubblica degli enti costituisce una delle questioni più dibattute nella scienza giuridica, stante la notoria passività da parte del legislatore nel delinearne un “sistema comune”, forse animato dall’ ansia di adeguare costantemente le esigenze organizzative dell’ ente collettivo alla reale soddisfazione degli interessi collettivi presi in cura⁵⁰.

La dottrina ha da sempre sostenuto l’ inesistenza di una nozione giuridica generale di “pubblico”, rifiutando la ricerca di tratti comuni della nozione di ente pubblico, abbandonando, così, la definizione di ciò che era “pubblico” a discipline di settore disomogenee e scoordinate tra loro.

Per questi motivi, è particolarmente difficile pervenire ad una nozione unitaria ed omogenea di ente pubblico, tale da delinearne tratti comuni universalmente condivisi ed applicabili⁵¹.

⁴⁹ F.G.SCOCA, *Amministrazione pubblica e diritto amministrativo nella giurisprudenza della corte costituzionale* in *Dir. amm.* 1-2, 2012, 21 e ss, tesi che in realtà costituisce una evoluzione concettuale” della crisi della nozione di ente pubblico affermata dal Prof. Casetta in E.CASETTA, *Enti pubblici non territoriali*, in *Quad. Reg.*, 1983, 784 e ss e cioè che il sistema amministrativo è anche “una organizzazione per enti sviluppatasi senza alcuna visione globale e sotto la spinta di valutazioni non sempre corrette”.

⁵⁰ G.ROSSI, *Le gradazioni della natura giuridica pubblica* in *Dir. Amm.* n. 3/2007, 685 e ss.

⁵¹ S.CIMINI, *L’ attualità della nozione di ente pubblico*, cit., 1 e ss. Il quale sottolinea come “Non va dimenticato, peraltro, che il problema della proliferazione degli enti pubblici non è altro che una conseguenza

A ben vedere, ad un’attenta analisi del problema, la nascita, l’evoluzione e la trasformazione del “pubblico” vanno originariamente nell’ applicazione della dogmatica al diritto pubblico.

La dogmatica, nata nell’ Ottocento per opera del cd. “movimento pandettistico”, per elaborare una serie di concetti giuridici che dovevano costituire i capisaldi del diritto dei “dottori”, destinato a sostituirsi alla produzione del diritto legislativa, cioè dal Parlamento democraticamente eletto, venne studiata dai pubblicisti per estenderne l’ applicabilità alla dottrina del diritto pubblico.

Basti pensare alla nozione di negozio giuridico, di atto giuridico e ai loro corollari e derivazioni utilizzati “*per sostituire od interpretare il codice civile tedesco, come qualunque altro codice civile napoleonico o di derivazione napoleonica.*”⁵²; concetti, questi, che potevano esser trasferiti nel diritto pubblico, al fine di creare nuovi concetti e istituti come l’atto amministrativo, il contratto di diritto pubblico e, soprattutto, la nozione di pubblica amministrazione.

Per questo motivo, la dogmatica applicata al diritto pubblico doveva necessariamente partire dai materiali creati dallo Stato o interni alla stessa struttura dello Stato⁵³.

La difficoltà di una simile ricostruzione fu evidente in quanto, anche oggi, quello che la cd. “fenomenologia” del diritto amministrativo offre è una dogmatica «contaminata» da nozioni provenienti da altre scienze, come risulta evidente, nella nozione di pubblica amministrazione che risulta attualmente “condizionata” anche dai connotati funzionali del diritto europeo⁵⁴.

di un fenomeno più generale, vale a dire quello delle dimensioni della sfera pubblica: all’ interno di questo fenomeno l’ articolazione o meno in enti è un problema meramente organizzativo”. Sul tema anche G. ROSSI, *Gli enti pubblici*, Bologna, 1991, 23 e ss. Per una ricognizione del concetto di ente pubblico nel diritto penale, A.PAGANI, *Indeterminatezza e dinamicità del concetto normativo di ente pubblico nel diritto penale* in *Cass. Pen.* 2016, 3310, fasc.9.

⁵² Così F.MERUSI, *A proposito di «verwaltungsrechtliche dogmatik» di eberhard schmidt-assmann.* cit. 17.

⁵³ ID., *op. ult. cit.*, 18

⁵⁴ ID., *op. ult. cit.* 22.

Perché stupirsi allora delle “malefatte” del legislatore italiano che ha manipolato la nozione dogmatica dell’ente pubblico per sfuggire a determinate conseguenze, come il giudice amministrativo, la Corte dei conti o la normativa comunitaria?⁵⁵.

A riguardo, sarà utile qualche annotazione di carattere storico per cercare di comprendere la natura giuridica delle cd. società legali “pubbliche”.

A partire dalla seconda metà del secolo scorso sono mutati profondamente i riferimenti giuridici su cui era stata elaborata la nozione “classica” di ente pubblico.

La teoria finalistica, particolarmente sostenuta in giurisprudenza e dalla dottrina degli anni ‘40, cominciava a vacillare proprio per il fatto della constatazione che non sempre i fini di un ente pubblico potevano considerarsi compresi tra quelli dello Stato e che, comunque, non rilevava, per escludere la natura privata, che l’ente stesso persegua finalità non di lucro⁵⁶.

In verità, l’inesistenza di criteri distintivi, certi, combinati, capaci di dar luogo ad una teoria sugli enti pubblici che facesse da punto di riferimento per le interpretazioni degli operatori del diritto ha gettato le basi per l’individuazione dei famosi indici rivelatori della pubblicità dell’ente, sintomi di ricognizione che valgono “*di volta in volta ad inquadrare la persona giuridica nell’una o nell’altra categoria*”⁵⁷.

La dottrina e la giurisprudenza avevano infatti evitato qualsiasi ricostruzione in termini settoriali del problema, preferendo l’attestarsi in termini generali sull’elaborazione di indici di riconoscimento dell’ente pubblico capaci di spigare ed imporre nell’ordinamento il significato della pubblicità dell’Ente.

Al di là delle varianti che ciascuna delle figure di ente presentava in relazione al tipo di

settore pubblico attribuito, i criteri distintivi dell’ente pubblico erano da ricercarsi non più nei fini perseguiti (anche gli enti privati possono perseguire fini pubblici se a ciò sono autorizzati dalla legge) ma nello speciale regime giuridico riconosciuto, nei poteri imperativi ed autoritativi dell’ente, nell’inserimento istituzionale dell’ente nell’ordinamento statale, nell’assoggettamento ai controlli generali inversamente proporzionale all’autonomia dell’ente, nonché nella nomina dell’assetto dirigenziale dell’ente da parte delle istituzioni statali⁵⁸.

Tale approccio giurisprudenziale, seguito anche dalla dottrina, imponeva moduli di “amministrazione in senso sostanziale”, che mantenevano il loro indelebile tratto pubblicistico anche oltre la veste privatistica della loro soggettività formale (si pensi alle cd. società pubbliche), atteso che anche l’art. 4 della legge 20 Marzo 1975 n. 70, sul riconoscimento formale dell’ente pubblico aveva fallito nella definitiva qualificazione della pubblicità dell’ente⁵⁹.

Agli inizi degli anni novanta costituì oggetto di attenta considerazione da parte della scienza del diritto amministrativo il fenomeno delle cd. “privatizzazioni” degli enti pubblici (ossia la loro trasformazione in società per azioni) che avrebbe dovuto arrestare l’incessante proliferazione degli stessi, ormai sganciati dalla soggezione ad ogni logica di “insieme di regole e principi comuni”.

Non fu così, perché la creazione delle società pubbliche o di diritto speciale, come furono denominate, gettò ulteriore scompiglio nella identificazione della vera natura pubblica o privata di un ente collettivo.

Alle nuove figure giuridiche formalmente private furono attribuiti particolari poteri pubblicistici in deroga alla disciplina ordinaria codicistica in tema di società per azioni, al punto tale far dubitare della natura privatistica delle stesse.

⁵⁵ ID., cit, 22 e sulla pretesa compatibilità tra legge, dogmatica e diritto amministrativo, si veda l’ottima monografia di D. MARRAMA, *Soggetti «legali» e autonomia privata. Sui limiti dei poteri e dell’interpretazione*, Torino, 2012, passim

⁵⁶ Cass, Sez. Un. 23 novembre 1985, n. 5812 in *Foro It.* 1987, I,1792.

⁵⁷ G. MENOTTI DE FRANCESCO, *Persona giuridica (diritto privato e pubblico)* in *N.ss. D.I. XII*, Torino 1968,1035 e ss; F. GOISIS, *Voce Ente Pubblico in Anali VII, Enc. Dir.*, Milano, 2013, 412 e ss

⁵⁸ Cass. Sez. Un. 19 luglio 1982, n. 4212 in *Giust. civ. Mass.* 1982, fasc. 7.

⁵⁹ La giurisprudenza costituzionale aveva affermato che le qualificazioni giuridiche sulla natura pubblica di un ente non potevano essere ritenute vincolanti Corte Cost. 7 aprile 1988, n. 396 in *Giur. it.* 1990, I,1,266 (nota).

La giurisprudenza della Cassazione, dal canto suo, si accorse di tali sensibili cambiamenti e, sottolineando l'importanza delle attività delle società pubbliche nel tutelare in via preminente le esigenze pubbliche, elaborò la figura speciale dell'organo indiretto dell'amministrazione, giustificando così l'appartenenza "pubblica" di tali società⁶⁰.

Sulla stessa scia si attestò la giurisprudenza di legittimità, la quale individuò il profilo pubblicistico delle società partecipate attraverso il riconoscimento dei poteri di controllo della Corte dei Conti su tali organismi, con la presenza di un organo giudicante alle riunioni del Consiglio di amministrazione⁶¹.

Nel solco di tali orientamenti si inserì la giurisprudenza amministrativa che riconobbe la natura pubblica delle società partecipate puntando l'attenzione sia sul processo di "privatizzazione" che partiva dal dato pubblico connaturato alla fisiologia dell'ente pubblico e che sostanzialmente non poteva essere "dismesso", sia sull'elemento della partecipazione maggioritaria al loro capitale da parte degli apparati pubblici.

In particolare, il Consiglio di Stato affermò la prevalenza nelle suddette società del profilo dell'esclusiva realizzazione delle finalità pubblicistiche rispetto al perseguimento dello scopo di lucro, evidenziando con precisione la distinzione tra società che svolgono attività di impresa, soggette al diritto comune, e società preposte allo svolgimento delle attività amministrative, soggetto allo statuto pubblicistico⁶².

⁶⁰ Cass. Sez. Un. Civ. 23 dicembre 1990 n. 12221 in *Riv. Trim. appalti*, 1992, 779 con nota di Fischione; Cass. Sez. Un. civ. 3 dicembre 1991, n. 12966 in *Foto. It.*, 1993, I, 3367; Cass. Sez. Un. civ. 10 dicembre 1993, n.12166 in *Corr. Giur.*, 1994, 599 con nota di Pagano; F.G. SCOCA, *Il punto sulle cd. società pubbliche* in *Il Diritto dell'economia* n. 2/2005, 243 e ss.

⁶¹ Corte. Cost. 28 dicembre 1993 in *Foro It.* 1994, I, 325. La giurisprudenza ha così dovuto prender atto della esistenza di società per azioni che costituiscono "istituzione pubblica"; e quindi ha affermato che la gestione di questa società è sottoposta alla giurisdizione della Corte dei Conti. E puntualmente il Consiglio Nazionale Forense richiama l'art. 22 della legge 142/1990 (ora art. 115 e segg. D.Legs 267/2000).

⁶² Cons. St. Sez. VI, 20 maggio 1995 in *Giorn. di dir. Amm.*, 1995, 1134 e ss e Cons. Stato, VI, 11 gennaio 2013, n.122 in *Foro Amm. - C.d.S. (II)* 2013, 3, 814 (nota di: NICODEMO)

In effetti, la nascita di nuovi enti sulla base di svariate esigenze pubblicistiche diverse tra loro e attestate dall'adozione di normative settoriali, spinse il legislatore alla ricerca di modelli in grado di razionalizzare e controllare il sistema della cd. "entificazione parallela"⁶³.

Ciò portò, da un parte, il legislatore a tentare il disegno di una elencazione meramente descrittiva delle categorie di enti pubblici e di pubbliche amministrazioni (art. 1, comma 2, del D. lgs n. 165/2001 (Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche); art. 1, comma 3 della legge 31 dicembre 2009, n.196 e ss.mm. (Legge di contabilità e di finanza pubblica); art. 2-bis. Ambito soggettivo di applicazione (*articolo introdotto dall'art. 3, comma 2, d.lgs. n. 97 del 2016 al Decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33 Riordino della disciplina riguardante il diritto di accesso civico e gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni*); dall'altra, spinse la dottrina e la giurisprudenza a riscoprire tratti comuni dei nuovi enti nel profilo funzionale e quindi in quel "pubblico sostanziale" che doveva caratterizzare quegli enti aventi finalità di rilievo pubblicistico, per tutta o parte della loro sfera di azione⁶⁴.

Di qui l'accoglimento incondizionato della natura "sostanzialistica" del concetto di ente pubblico intesa come l'unico passaggio obbligato per frenare l'atipicità della sfera pubblica e fornire una parvenza di omogeneità ed unitarietà ai moduli organizzativi di stampo pubblicistico tanto diversi tra loro⁶⁵.

⁶³ G.NAPOLITANO, Voce *Enti pubblici* in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da Sabino Cassese, Vol. III. DAN-GUE, Milano, 2000, 2223 e ss.

⁶⁴ M.P.CHITI, *La pubblica amministrazione* in M.P. CHITI (a cura di) *Diritto amministrativo europeo*, Milano, 2013, 193-194.

⁶⁵ Sul tema oltre a G.ROSSI, *Le gradazioni della natura giuridica pubblica*, cit., 686 e ss, si vedano, F. G. SCOCA, *Il punto sulle cd. società pubbliche*, cit., 242 e ss; M.P.CHITI, *La pubblica amministrazione*, cit., 195; F.GOISIS, *Il problema della natura e della lucratività delle società in mano pubblica alla luce dei più recenti sviluppi dell'ordinamento nazionale ed europeo* in *Il diritto dell'Economia*, vol. 26, n.80,I-2013, 41-89; V. TORANO, *Contributo sulla definizione di "pubblica amministrazione" rilevante per l'applicazione delle disposizioni in tema di finanza*

In definitiva, il *discrimen* del diritto applicabile ai diversi soggetti giuridici non sarà soggetto alla loro formale natura giuridica, ma dai caratteri delle fattispecie rilevante, considerati in relazione alle finalità pubblicistiche perseguite e agli interessi tutelati⁶⁶.

Dopo aver illustrato l'indirizzo giurisprudenziale che qualifica in senso "sostanzialistico" la nozione di ente pubblico, occorre affrontare (seppur brevemente) la tematica relativa alla natura giuridica della società "Poste Italiane S.p.a.", al fine di sottolineare l'importanza o meno di tale natura rispetto al-

*pubblica contribution to the concept of "Public administration" suitable for budgetary cuts provisions in Foro amm.-C.D.S., (II), fasc.4,2013, 1051; G.MIELE, La distinzione tra ente pubblico e ente privato in Scritti giuridici, vol. I, Milano, 1987, 408 e ss; G. SANTINI, Tramonto dello scopo lucrativo nelle società di capitali in Riv. dir. civ., 1993, I, p.151 ss; L. FERRARA, Enti pubblici ed enti privati dopo il caso I.P.A.B.: verso una rivalutazione del criterio sostanziale di distinzione in Riv. trim. dir. Pubbl. 1990, 446 e ss; L.R.LEVI, La persona giuridica pubblica. Concetto ed elementi distintivi in Riv. trim. dir. pubbl., 1951, 588 e ss; F.GALGANI, "Pubblico" e "Privato" nella qualificazione della persona giuridica, in Riv. Trim. dir. pubbl. 1966, 279 e ss; G.NAPOLITANO, Pubblico e privato nel diritto amministrativo, Milano, 2003, G.ROSSI, Gli enti pubblici in forma societaria in Serv. pubbl. app., 2004, 221 e ss; F. GOISIS, Contributo allo studio delle società in mano pubblica come persone giuridiche, Milano, 2004; M. RENNA, Le società per azioni in mano pubblica, Torino 1997; A.PUBUSA, Riflessioni sulla pubblica amministrazione, rileggendo la Costituzione in Scritti in onore di Feliciano Benvenuti, Vol. IV. Modena Mucchi, 1996, 1471 e ss; V. CERULLI IRELLI, Problemi dell'individuazione delle persone giuridiche pubbliche (dopo la legge sul "parastato") in Riv. trim. dir. pubbl., 1977, 2, 626 e ss. In tema di elencazione descrittiva delle pubbliche amministrazioni secondo gli indici Istat, S. DEL GATTO, Sistema "Sec 95" ed elenco Istat. Sull'incerto confine della sfera pubblica in Giorn. di dir. amm., 2013, 10, 960 (nota a sentenza). Per un confronto tra le teorie pluraliste tedesche e quelle francesi, si vedano i lavori di O.VON GIERKE, *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, Berlin, 1873, H.ROSIN, *Das Recht Öffentlichen Genossenschaft*, Friburgo, 1886 in G.ROSSI, *Le gradazioni, cit.*, 686 e ss; L. MICHOU, *La théorie de la personnalité morale*, Parigi, 1905; F.FERRARA, *Teoria delle persone giuridiche*, Napoli, 1915; O.RANELLETTI, *Concetto di persone giuridiche pubbliche amministrative*, in Riv. di dir. Pubbl, 1912, 321 e ss.*

⁶⁶ M.P. CHITI, *La pubblica amministrazione*, cit. 195 e ss; G. GRÜNER, *Enti pubblici a struttura di S.p.a. Contributo allo studio delle società "legali" in mano pubblica di rilievo internazionale*, Torino, 2009, 53.

le conseguenze che derivano dal regime giuridico applicabile.

In proposito, il percorso seguito dalla giurisprudenza è lineare nel riqualificare le Poste come ente pubblico "in senso sostanziale", in virtù del fatto che, oltre alla ricorrenza dei presupposti giuridici "europei" che considerano l'ente quale "organismo di diritto pubblico, sussistono determinate "anomalie di struttura e di funzionamento" idonee a comprimere l'autonomia funzionale della società perché, di fatto, struttura interna dell'amministrazione controllante"⁶⁷.

Secondo la giurisprudenza e parte della dottrina, pertanto, la pubblicità "sostanziale" di Poste Italiane è di fatto incentrata sul carattere necessario dell'ente, nonché sul fatto che le deroghe pubblicistiche ai contenuti precettivi del codice civile in tema di società per azioni denotano la sussistenza di un rapporto strumentale tra l'assetto organizzativo della società e l'apparato pubblico deputato al controllo della stessa.⁶⁸ Pertanto, secondo i citati orientamenti giurisprudenziali, le Poste Italiane S.p.a. sarebbero connotate da elementi pubblicistici molto pregnanti, tali da farle transitare nella categoria delle cd. "amministrazioni parallele".

Tra tutti questi elementi, quello pubblicistico più rilevante sembra essere, quindi, il criterio della indisponibilità dell'esistenza dell'ente, dove il principio di doverosità del perseguimento del fine pubblico è in qualche modo collegato con la teoria del fine, secondo cui è pubblico l'ente che persegue fini pubblici⁶⁹.

⁶⁷ A. MALTONI, *Esercizio privato di pubbliche funzioni in Enc. Dir., Annali I, Accertamento-Tutela*, Milano, 2007, 573 e ss. Sul tema, sin vedano i richiami giurisprudenziali, tra cui Cons. Stato, sez. IV, 2 marzo 2001, n. 1206 in *Giust. civ.*, 2002, I, 253 e ss; Cons. Stato, sez. VI, 5 marzo 2002 in *Giust. civ.* 2002, I, 2309 (nota di: M. GIGANTE, *Verso la ripubblicizzazione di Poste Italiane?*)

⁶⁸ A.MALTONI, *Esercizio privato*, cit. 573, nota 20, G.ROSSI, *Gli enti pubblici in forma societaria*, cit., 221 e ss; Cass. Sez. Un. 3 maggio 2005 n. 9096 in *Foro It.* 2006, I, 1, 195 con commento di S.COGLIANI-E.GIARDINO, *Spa partecipate da soggetti pubblici: l'iscrizione nell'elenco speciale annesso all'albo degli avvocati*; G.NAPOLITANO, *Soggetti privati "enti pubblici" in Dir. Amm.* 2003, 801 e 811).

⁶⁹ G. ROSSI, *Gli enti pubblici*, cit., 259 e ss

A ciò rileva il cd. principio di “continuità” dell’azione amministrativa, secondo il quale l’ente pubblico, infatti, non può disporre della propria esistenza perché ha il dovere di perseguimento dell’interesse pubblico senza soluzioni di continuità.

In particolare, sarà l’atto normativo a disciplinare l’assetto organizzativo e funzionale del soggetto pubblico, per cui, in tal caso, l’indisponibilità dell’esistenza è predeterminata con atto normativo e resta sottratta alla volontà dei propri organi deliberativi⁷⁰.

A ben vedere, però, lo sforzo compiuto da dottrina e giurisprudenza per delineare una possibile natura giuridica delle Poste italiane S.p.a. risulta, di fatto, inutile alla luce delle conseguenze pratiche che l’adunanza Plenaria del Consiglio di Stato in commento vuole individuare tra le righe.

Tali conseguenze riguardano il fatto che, comunque, il citato ente collettivo dovrà osservare diverse discipline, di diritto civile o di diritto pubblico “*a seconda della diverse circostanze in cui opera, senza che si verificchino attrazioni in una delle due discipline principali, per prevalenza o per caratterizzazione dominante*”⁷¹.

Infatti, in un sistema amministrativo come quello italiano, che vede costantemente la moltiplicazione delle figure soggettive predeterminate alla cura di interessi pubblici, non è tanto importante individuare in modo automatico un presunto regime giuridico generale di fatto inesistente, quanto il fatto di verificare quali specifiche norme dirette alle pubbliche amministrazioni siano concretamente applicabili alle società pubbliche o partecipate,

⁷⁰ G. ROSSI, *L’evoluzione del sistema elettrico in particolare il rapporto tra l’Enel e le imprese e gli enti locali* in *Rass. giur. en. elettr.* 1993, 22; R. GAROFOLI, *Le privatizzazioni degli enti dell’economia. Profili giuridici*, Milano, 1998; S. CIMINI, *L’attualità della nozione di ente pubblico*, cit., 11 e ss il quale ricava la pubblicità dell’ente attraverso una interpretazione sistematica del principio di sussidiarietà di cui all’art. 117 Cost. In buona sostanza, detto principio, “[...] pur preferendo l’attività dei soggetti privati a quella dei soggetti pubblici, implicitamente ritiene essenziale l’esistenza di figure soggettive pubbliche che svolgano quei compiti che per loro natura non possono essere svolti da soggetti privati [...]”.

⁷¹ M.P. CHITI, *La pubblica amministrazione*, cit., 195 e ss

sulla scorta delle finalità pubbliche perseguite⁷².

Per questa ragione, l’assunzione della veste pubblicistica di taluni soggetti formalmente e sostanzialmente privati varia da disciplina a disciplina e sta ad indicare non tanto l’esigenza di scoprire una diversa natura giuridica ma, semplicemente, l’applicazione di alcune regole pubbliche, in luogo di altre⁷³.

Nell’ambito delle indicate interpretazioni che ravvisano un indice della pubblicità sostanziale l’essere sottoposto ai principi generali del procedimento amministrativo, come l’applicazione del diritto di accesso, si presta a molti rilievi critici; atteso che la stessa soggezione all’applicazione di regole pubblicistiche non è tale da disconoscere la natura privata della Società “Poste Italiane Spa”⁷⁴.

Tutto questo non vuole significare che le Poste non siano equiparate, sotto il profilo funzionale (di realizzazione dell’interesse pubblico perseguito), alle amministrazioni pubbliche quando osserva le discipline pub-

⁷² Così, G. NAPOLITANO, voce *Enti pubblici* in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da Sabino Cassese, Volume III, Dan-Gue, cit., 2230; P. PIZZA, *Le società per azioni di diritto singolare tra partecipazioni pubbliche e nuovi modelli organizzativi*, Milano, 2007, 649 e ss.; A. BARDUSCO, Voce *Ente pubblico* in *Dig. Disc. Pubbl.*, Vol. VI, Ener-Form, Torino 2008, 65; F. GALGANO, *Delle persone giuridiche*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Roma-Bari, 1969, 112, nota 4; V. CERULLI IRELLI- G. MORBIDELLI, (a cura di) *Ente pubblico ed enti pubblici*, Torino, 1994.

⁷³ Per un’analisi storica dei maggiori studiosi della tematica degli enti pubblici, S. CASSESE, *Il problema degli enti pubblici in Scritti in onore di Angelo Falzea*, Milano, 1991, III, t.1, 177 e ss; G. NAPOLITANO, *Gli enti pubblici tra disegni di riforme e nuove epifanie*, in *La riforma dell’amministrazione centrale*, a cura di G. Vesperini, Milano, 2005; F. BENEVENUTI, *L’amministrazione indiretta*, in *Amm. civ.*, 1961, 169 e ss; G. NAPOLITANO, Voce *Enti pubblici*, cit., 2230. In generale, per una analisi sistematica di alcuni saggi importanti sugli enti pubblici, si vedano, G. FERRARRI, *L’ente pubblico nel diritto comparato*, in *Studi in onore di Vittorio Ottaviano*, Milano, 1993, I, 395 e ss; G. ARENA, *Enti Pubblici*, in *N.ss, D.I., app. III*, Torino, 1982, 401 e ss; A. BARDUSCO, Voce *Ente pubblico*, in *Dig. disc. pubbl.*, VI, Torino, 1991, 64 e ss; G. ROSSI, *Ente Pubblico*, in *Enc. Giur.*, XII, Roma, 1989, 1 e ss; M.S. GIANNINI, *Il problema dell’assetto e della tipizzazione degli enti pubblici nell’attuale momento*, in *Riordinamento degli Enti pubblici e funzioni delle loro Avvocature*, Napoli, 1974, 23 e ss.

⁷⁴ A. MALTONI, *L’esercizio privato*, cit., 574.

blicistiche settoriali o generali. Ciò non determina l'assunzione della connotazione organizzativa di tipo pubblicistico di queste amministrazioni, ma solo il sottostare ad una disciplina pubblicistica ad hoc che, nella fattispecie, va a limitare la loro tradizionale autonomia di diritto privato⁷⁵.

La ragioni di tali "limitazioni" pubblicistiche sono da ricercare non solo nell'esigenza di garantire l'ottimizzazione dell'interesse pubblico da perseguire ma, soprattutto, di tutelare le situazioni giuridiche soggettive degli utenti dei servizi postali e di coloro che, anche in via incidentale, si imbattono nelle attività e nei comportamenti della società⁷⁶.

Ciò che emerge è la consapevolezza del legislatore che, pur essendo pubblico e privato due insiemi separati e paralleli, non può esimersi, in alcuni casi (come nell'ipotesi di esercizio del diritto di accesso nei confronti delle società partecipate) dalla necessità di armonizzare tali endiadi e far coesistere interessi pubblici e scopo di lucro in una prospettiva di tutela diretta dei diritti e delle libertà fondamentali dei cittadini, incisi dall'espletamento del servizio pubblico postale.

Per questo, le incertezze definitorie e le interpretazioni regnano sovrane in materia.

Un dato è certo: le privatizzazioni hanno trasformato formalmente un ente pubblico economico (cd. Ente poste italiane) in società per azioni (Poste italiane S.p.a.) e quindi quest'ultimo non è un ente pubblico ma innanzitutto una società.

A ciò si aggiunga una riflessione di ordine normativo e generale: l'art. 1, comma 1 *ter*, della legge n. 241 del 1990 assoggetta, diversamente da quanto avviene per le pubbliche amministrazioni, i soggetti privati che svolgono l'attività amministrativa ai soli principi di cui all'art. 1, comma 1, e non alla disciplina generale dell'attività amministrativa, e ciò soprattutto al fine di salvaguardare quelle situazioni giuridiche soggettive intercettate dall'azione amministrativa delle società partecipate e possibile oggetto di pregiudizio.

In questi termini sarà solo la sottoposizione totale allo Statuto normativo generale delle

attività amministrative a definire cosa siano le pubbliche amministrazioni, mentre l'attenersi ai soli principi generali costituirà l'indice sintomatico che non si è in presenza di una vera e propria amministrazione pubblica ma, al limite, di un apparato "pseudo-pubblico", assoggettato solo per alcuni aspetti alle norme di diritto pubblico del cd. "Sistema normativo dei rapporti tra cittadino e amministrazione"; sistema composto da criteri, principi e direttive che formano un corpus di norme di correttezza, di trasparenza che si applicano anche alle relazioni organizzative instaurate tra cittadini e privati esercenti le funzioni pubbliche⁷⁷.

Un dato di diritto positivo può rendere l'idea: l'art. 29 della legge n. 241 del 1990 riconosce solo alle pubbliche amministrazioni l'osservanza integrale di tutte le disposizioni della legge generale sul procedimento amministrativo perché solo le pubbliche amministrazioni sono deputate per legge ad organizzarsi con moduli procedurali espressione dell'esercizio del potere amministrativo che si conclude con il provvedimento imperativo ed unilaterale. Le stesse sono, quindi, tenute ad osservare integralmente i principi di organizzazione amministrativa sanciti dalla legge n. 241 del 1990 (come ad es. l'applicazione della disciplina giuridica della Conferenza di servizi, la semplificazione amministrativa, l'autocertificazione, la nomina del responsabile del procedimento amministrativo, ecc.)⁷⁸.

Lo stesso esercizio del diritto di accesso ai documenti amministrativi, pur riconosciuto all'art. 22, comma 1 della legge n. 241 del 1990 come diritto e al successivo al comma 2, qualificato come "*principio generale principio generale dell'attività amministrativa al fine di favorire la partecipazione e di assicurarne l'imparzialità e la trasparenza*", si applica anche alle "Poste Italiane Spa." per espressa disposizione legislativa, ma non per questo essa cambia veste trasformandosi in vero e proprio ente pubblico perché è solo tenuta ad osservare alcuni dei principi procedurali a tutela della trasparenza e a garanzia dei diritti e degli interessi dei cittadini direttamente interessati, a nulla rilevando nei

⁷⁵ ID., *op.cit.*, 574

⁷⁶ ID., *op. ult. cit.*, 581

⁷⁷ ID., *cit.*, 588 e ss.

⁷⁸ ID., *cit.*, 588 e ss.

suoi confronti obblighi di rispetto di precetti o di regole di organizzazione e di funzionamento destinate esclusivamente alle pubbliche amministrazioni.

In sintesi, la Poste Italiane Spa si limiterà ad osservare quelle garanzie procedurali minime e i principi che identificano lo Statuto del cittadino nei confronti dei comportamenti e delle attività della pubblica amministrazione⁷⁹.

Partendo, quindi, dalla convinzione che la società per azioni costituisca un modello organizzativo di stampo privatistico, ove si voglia creare una società prettamente a valenza pubblicistica occorrerà alterare il modello civilistico di riferimento, ossia tramite legge *ad hoc*.

Quindi, per poter imprimere ad una società la qualificazione pubblicistica, occorre una espressa disposizione legislativa che imponga un diverso modello organizzativo di riferimento che acquisisca il requisito della necessità e della indispensabilità di ente pubblico, nel senso citato più sopra.

Ciò non è avvenuto con riferimento alla "Poste Italiane S.p.a.", frutto della privatizzazione di enti pubblici, che gestisce un servizio pubblico di fondamentale importanza in un regime assolutamente privatistico, anche se può presentare segmenti di attività soggetti a discipline pubblicistiche (nell'ambito della categoria dei soggetti privati preposti all'esercizio di attività amministrative risulta legittimamente riconducibile la "Poste Italiane Spa"⁸⁰.

5. Considerazioni conclusive.

Qualche notazione (doverosamente) conclusiva.

Ci si è interrogati a lungo sulla bontà della strada seguita dalla giurisprudenza e da parte della dottrina di estendere l'inquadramento dogmatico e la disciplina giuridica generale sulla pubblica amministrazione alle società a

partecipazione pubblica, con particolare riferimento alle problematiche dell'esercizio del diritto di accesso ai documenti amministrativi nei confronti della "Poste Italiane" S.p.a.

Come si è avuto modo di notare, le problematiche sono tante e complesse che non è stato possibile affrontarle tutte ma solo per sommi capi, cercando di andare subito al cuore dei problemi non senza affanni e tensioni. Mi preme sottolineare, ancora una volta, come alcuni fondamentali problemi giuridici del caso specifico siano stati in larga parte riconducibili all'annoso e tradizionale intreccio sia tra pubblico e privato, di Ulpiana memoria, che tra principi di diritto pubblico e sfera di autonomia privata costituzionalmente riconosciuta, al punto che la difficoltà interpretativa è consistita proprio nella ricerca di una armonizzazione possibile all'interno della grande dicotomia pubblico-privato. Endiadi parallele e separate, queste ultime, ma non suscettibili di reciproco assorbimento con la prevalenza dell'uno o dell'altro, a seconda dei casi e delle situazioni rilevanti.

Tra tutti i quesiti affrontati, un'unica possibile certezza interpretativa è forse costituita dall'applicazione della disciplina per principi fondamentali del procedimento amministrativo nei confronti della "Poste Italiane Spa"; disciplina non suscettibile di alterare sostanzialmente il modello organizzativo societario di origine codicistica con conseguente trasformazione della società stessa in un'amministrazione parallela, attratta dall'orbita della sfera pubblica. Appare ovvio ribadire, pertanto, nel contesto normativo che si è delineato, l'esclusione delle Poste Italiane S.p.a. dall'applicabilità attuale dello Statuto delle pubbliche amministrazioni, inteso come corpus di norme relative alle organizzazioni degli apparati pubblici e dei relativi assetti ordinamentali nei procedimenti amministrativi.⁸¹

⁷⁹ S.CIVITARESE MATTEUCCI, *Regime giuridico dell'attività amministrativa e diritto privato* in *Dir. Pubbl.*, 2003, 448; M.S.GIANNINI, voce *Attività amministrativa*, in *Enc. Dir.*, Vol. III, cit., 988 e ss; F.G. SCOCA-E. FOLLIERI, *L'attività amministrativa e la sua disciplina*, cit., 177 e ss; F.G.SCOCA; voce *Attività amministrativa* in *Enc. Dir.*, vol.VI, Agg., Milano, 2002, 76 e ss

⁸⁰ Così F.G.SCOCA, *Il punto sulle cd. società pubbliche*, cit., 248-249.

⁸¹ (G.PASTORI, *Statuto dell'amministrazione e disciplina legislativa in Condizioni e limiti alla funzione legislativa nella disciplina della pubblica amministrazione*, Napoli 2005, p. 15 ss.: "Come traspare anche da molti studi e saggi recenti, si guarda soprattutto all'amministrazione come funzione, come attività complessivamente ordinata al perseguimento di scopi obiettivamente determinati nelle leggi e negli altri atti di scelta e di indirizzo politico". Parla di Statuto unitario applicabile alla pubblica amministrazione. F.G.

Al riguardo, è necessario chiedersi se, in prospettiva, non debba riconoscersi ai contenuti precettivi della legge n. 241 del 1990 applicabili ai soggetti privati che svolgono attività amministrative un significato del tutto differente e più ampio rispetto a quello fin qui ipotizzato⁸².

L'auspicio che si può ipotizzare in questa sede è che, al termine di "queste fasi", possano prevalere in futuro soluzioni ed assetti più equilibrati.

Ma questo è un altro problema.

SCOCA, *Voce attività amministrativa* cit., pp. 95-96: "si va decisamente verso uno statuto unitario applicabile all'attività amministrativa come tale e, solo in quanto amministrativa, quale che sia il regime giuridico degli atti nei quali essa rifluisce (provvedimenti, accordi, convenzioni). [...] L'attività posta in essere dall'amministrazione per la cura di interessi pubblici (ossia tutta l'attività che essa può porre in essere) è comunque attività amministrativa in senso proprio, soggetta a tutti ed esclusivamente i principi che reggono l'attività amministrativa; e ciò tanto se gli atti che vengono adottati siano retti dal diritto pubblico (provvedimenti) tanto se siano retti dal diritto privato (contratti, accordi, patti ed altro)".

⁸² Su tali profili è bene richiamare alcuni studi fondamentali sulla grande dicotomia pubblico-privato come quelli di: S.MORO, *Moduli di coordinamento e integrazione: il caso delle Aziende Ospedaliere Universitarie in Emilia-Romagna* in <http://www.regione.emiliaromagna.it>; M. VAUDAGNA, *La dicotomia pubblico/privato tra studio storico e impegno civile* in *Studi Storici Anno 38, No. 4, Pubblico e privato nella storia americana novecentesca* (Oct. - Dec., 1997), pp. 885-895; E. BRUTI LIBERATI, *Voce Accordi pubblici* in *Enc. Dir. Agg.*, Vol. V, Accordi-Usi, Milano, 2001, 1-34; E. BRUTI LIBERATI, *Consenso e funzione nei contratti di diritto pubblico*, Milano, 1996; C. IBBA, *Le società "legali"*, Torino 1992; M.NIGRO, *Conclusioni* in A.MASUCCI (a cura di) *L'accordo nell'azione amministrativa* Roma, 1988, Quaderni del Formez, n. 51, 79 e ss; A. DE LAUBADERE, J.C.VENEZIA, Y. GUADEMET, *Traité de droit administratif*, Parigi, 1990, 611 ss; A. MASUCCI, *Il contratto di diritto pubblico fra amministrazione e privato: l'esperienza tedesca*, in *Jus*, 1987, 54 ss; R. FERRARA, *Gli accordi di programma. Potere, poteri pubblici e modelli dell'amministrazione concertata*, Padova, 1993, 188 e *passim*; R. FERRARA, *Gli accordi tra i privati e la pubblica amministrazione*, Milano, 1985, ID., *Intese, convenzioni e accordi amministrativi*, in *Dig. pubbl.*, Vol. VIII, 1993, 543 ss; F. FRACCHIA, *L'accordo sostitutivo*, Padova, 1998.



«.....GA.....»