

# UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI MESSINA

*Dott. Francesco Siciliano*

*(dottorando di ricerca in diritto amministrativo)*

## ***L'INSOSTENIBILE LEGGEREZZA DELL'ESSERE AMMINISTRATIVO E L'ALTRA FACCIA DELLA SOA.***

*Appunti critici a margine delle elaborazioni sul tema e riflessioni sulla categoria del soggetto nel diritto amministrativo.*

§.1.- Presentazione della tematica.-§.2.-Sommara descrizione del vigente quadro normativo anche in rapporto con il preesistente sistema di qualificazione.-§.3.-Brevi riflessioni sistematiche dopo un primo approccio descrittivo del tema. Trattati essenziali o significativi della SOA. Cenni e rinvio al profilo documentale.--§.4.-Sulla natura giuridica dell'attività di certificazione svolta dalla SOA.-§.5.-*segue*: l'attività di certificazione come esplicazione di funzione pubblica.-§.6.-La SOA al cospetto della tradizionale categoria dell'esercizio privato di pubbliche funzioni. -§.7.-*segue*: risvolti "organizzatori" degli studi sull'esercizio privato di pubbliche funzioni.--§.8.-*segue*: *munus publicum* ed ente pubblico.-§.9.-La SOA e il modello organizzativo di riferimento. Riepilogo e rilievi critici sulla funzione pubblica nella riforma in esame.-§.10.- Proposta di un'interpretazione alternativa e profili problematici connessi.- §.11. Conclusioni.

### **§.1.- Presentazione della tematica.**

Il presente lavoro afferente alla SOA (Società Organismo Attestazione), figura di obiettivo rilievo nel settore dei lavori pubblici, non mira a delinearne le caratteristiche peculiari ricavabili dalla normativa che la fonda e disciplina<sup>1</sup>(\*), che sono già state tratteggiate, pur con esiti ermeneutici disomogenei, dalla dottrina<sup>2</sup> (anche se tutt'altro che copiosa sul tema) e dalla giurisprudenza amministrativa.

---

<sup>1</sup> Legge n. 109/94 ("Legge Merloni") e D.P.R. n. 34/00 ("Regolamento Bargone") e. s.m..

(\*) In corso di pubblicazione del presente lavoro, è entrato in vigore il D.lvo n. 163/06 ("Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17CE e 2004/18/CE") che, per quel che interessa, ha attinto dalla l. Merloni (abrogata ex art. 256 D.lvo n. 163 cit.) i tratti generali del sistema di qualificazione degli esecutori di lavori pubblici, pur se con qualche interessante precisazione proprio in riferimento all'attività svolta dalla SOA cui si accennerà in sede di conclusioni.

La sopravvenuta normativa non ha, invece, ancora abrogato il D.P.R. n. 34 cit., in attesa di una nuova disciplina regolamentare statale esecutiva ed attuativa, secondo quanto previsto all'art. 5 D.lvo n. 163 cit..

Pertanto, la successiva breve disamina del quadro normativo di riferimento, svolta sul D.P.R. n. 34 cit., rimane, tutto sommato, attualmente proponibile.

Si avrà, comunque, cura di aggiornare il lavoro, nei limiti indispensabili, alla luce della sopravvenuta disciplina, tentando di non sacrificare eccessivamente a tale necessaria incombenza l'obiettivo di organicità ed unitarietà sotteso allo stesso.

<sup>2</sup> Tra gli Autori che hanno affrontato direttamente la questione del ruolo della SOA, G. GHIDINI-M. MERGATI, *Le novità in tema di qualificazione negli appalti pubblici (commento a D.P.R. 25 gennaio 2000, n. 34)*, in *Contratti*, 2000, 481 e ss.; A. ASTAZI, *Le*

Esso muove, invece, da una diversa esigenza di riflessione sulla ricaduta (possibile) di tale figura sulla nozione di “amministrazione”, intesa sia dal punto di vista strutturale dell’organizzazione che da quello, ad esso connesso e consequenziale, dell’esplicazione della funzione pubblica.

Vero è, infatti, che della SOA è stato studiato, da diversi angoli prospettici, il meccanismo di funzionamento, ora leggendolo alla luce di categorie classiche del diritto amministrativo (autorizzazione, esercizio privato di pubbliche funzioni, esercizio privato di pubblici servizi) ora attingendo ad istituti tipici di altre branche del diritto (società per azioni; società legali; contratto).

Si ha l’impressione, tuttavia, che le varie interpretazioni operate non facciano definitivamente luce sulle reali identità e natura giuridica di tale figura, che la legge denomina, secondo una formula, a dir poco, atecnica, “*organismi di diritto privato*”<sup>3</sup> e, consequenzialmente, sulla conformazione dell’attività dalla stessa svolta.

E tale impressione, cui si tenterà di fornire un ragionevole supporto argomentativo nel corso del lavoro, va verificata all’esito dell’inevitabile ed opportuno confronto di tale peculiare figura giuridica soggettiva con la categoria dogmatica del “soggetto” nel diritto amministrativo e, quanto all’attività esercitata, con le nozioni di “organizzazione” e “pubblica funzione”<sup>4</sup>.

---

*società organismi di attestazione (SOA)*, in *Riv. trim. appalti*, 2000, 718 e ss. e sul sito internet [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); D. GALLI, *I nuovi parametri di qualificazione alla luce del D.P.R. n. 34 del 2000*, in *Riv. trim. appalti*, 2001; N. ASSINI-P.COLOMBO, *Le opere pubbliche nell’attuale quadro normativo*, in *Nuova Rassegna*, 2003, 863 e ss.; per un approfondimento anche sui possibili riflessi giurisdizionali della tematica, insieme a notazioni di teoria generale, G.P. CIRILLO, *La tutela giurisdizionale nei confronti degli atti dell’Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici emanati nell’esercizio dei poteri di vigilanza sul sistema di qualificazione delle imprese*, in *Riv. trim. appalti*, 2000, 743 e ss. e sul sito internet [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); S. FOA’, *Nuovi munera pubblici e principio di imparzialità. Il caso delle società organismi di attestazione in materia di lavori pubblici*, sul sito internet [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it).

<sup>3</sup> Così disponeva l’art. 8, comma 3 l. Merloni.

L’art. 40, c. 3 D.lvo n. 163/06 ha pedissequamente ripetuto la suddetta formula, non cogliendo (o, forse meglio, non volendo cogliere) l’occasione per una più decisa e (teoricamente) corretta qualificazione della SOA.

<sup>4</sup> Non sembra sufficiente, per quanto si cercherà esporre, ad inquadrare dogmaticamente l’istituto il ricorso alle versioni più aggiornate e moderne di tali nozioni, pure al massimo della tensione elastica loro conferita dai principi del diritto comunitario -recepiti dal nostro ordinamento sia a livello normativo (art. 2 l. Merloni, ora abrogata) che giurisprudenziale (Cass. SSUU, n. 12221/90; Cons. St., Sez. VI, n. 1478/98)-, i quali, anche nel settore dei lavori pubblici, propendono notoriamente per tributare prevalenza alla cd. pubblicità sostanziale rispetto alla veste formale del soggetto agente.

L'esigenza di sviluppare adeguatamente tale profilo della questione rende imprescindibile un preliminare richiamo, seppur sintetico (in quanto già oggetto di approfondimenti<sup>5</sup> e, comunque, abbastanza chiaramente evincibile dal dato positivo), al quadro normativo di riferimento, tentando, tuttavia, di aggiungere gradualmente qualche ulteriore rilievo.

## **§.2.- Sommatoria descrizione del vigente quadro normativo anche in rapporto con il preesistente sistema di qualificazione.**

La fonte normativa di primario interesse della figura in esame è costituita dal D.P.R. 25 gennaio 2000 n. 34<sup>6</sup>, noto per aver segnato, in attuazione della l. n. 109/94 e s.m.(cd. legge Merloni)<sup>7</sup>, la riforma del sistema di qualificazione delle imprese che aspirano ad accedere al mercato dei lavori pubblici<sup>8</sup>.

La suddetta riforma è consistita sostanzialmente nel sostituire l'obbligo di iscrizione all'(abrogato) Albo Nazionale Costruttori con il rilascio, su

---

<sup>5</sup> Basti qui il rinvio alla pronunce del giudice amministrativo sulla questione della sussistenza in capo all'Autorità di vigilanza dei lavori pubblici di un potere di annullamento diretto delle attestazioni SOA che partono tutte, indipendentemente dagli esiti ermeneutici, dall'esame delle disposizioni del D.P.R. n. 34/00 ritenute più significative. Cfr., ad esempio, T.A.R. Lazio, Sez. III, sentt. 12 marzo 2003, n. 1868, in *T.A.R.*, 2003, I, 67; 30 giugno 2003, n. 5714, in *Foro amm. (TAR)*, 2003, 1985; 15 dicembre 2003, n. 12391, *id.*, 2004, I, 166; 14 gennaio 2004, nn. 1691 e 1692, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); 13 marzo 2004, n. 2437, in *Italedi on line*, [www.giurisprudenza.it](http://www.giurisprudenza.it); 12 maggio 2004, n. 4340, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); 12 maggio 2004, n. 4341, in *Foro amm. (T.A.R.)*, 2004, 1468; 12 maggio 2004, n. 4342, in *Servizi pubbl. e appalti*, 2004, 613 (s.m.); 9 giugno 2004, n. 5419, in *Foro amm. (T.A.R.)*, 2004, 1732 (s.m.); 1 settembre 2004, n. 8141, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); 4 settembre 2004, n. 8429, in *Foro amm. (T.A.R.)*, 2004, 1732 (s.m.); T.A.R. Catania, Sez. I, 23 novembre 2004, n. 3390, in *Redazione Giuffrè*, 2004 (s.m.); T.A.R. Palermo, Sez. II, 25 febbraio 2004, n. 361, in *Foro amm. (T.A.R.)*, 2004, 523; Cons. St., Sez. VI, decc. 2 marzo 2004, nn. 991 e 993, in *Cons. St.*, 2004, I, 506; 14 aprile 2004, n. 2124, *id.*, 2004, I, 820; 14 aprile 2004, n. 2125, in *Servizi pubbl. e appalti*, 2004, 596 (s.m.); 7 settembre 2004, n. 5843, in *Cons. St.*, 2004, I, 1827; 19 ottobre 2004, n. 6775, 7 novembre 2004, n. 5845, 24 gennaio 2005, n. 129 e 22 marzo 2005, n. 1178, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>6</sup> Si tratta del Regolamento (cd. delegato o di delegificazione, ai sensi dell'art. 17, comma 2 l.n.400/88) recante l'istituzione del sistema di qualificazione per gli esecutori dei lavori pubblici, ai sensi dell'art. 8, comma 2 della legge 11 febbraio 1994 n. 109, in *Supplemento ordinario a Gazzetta ufficiale Serie generale*, n. 49 del 29 febbraio 2000. Il succitato Regolamento è stato, peraltro, oggetto, di modifiche, integrazioni e sostituzioni ad opera del D.P.R. 10 marzo 2004 n. 93, in *Supplemento ordinario a Gazzetta Ufficiale Serie Generale*, n. 86 del 13 aprile 2004. Per un'analisi di carattere generale, R. DALOISO, *La nuova disciplina sulla qualificazione degli appaltatori*, in *Urbanistica e appalti*, n. 8/04, 898 e ss.

<sup>7</sup> In particolare, dell'art. 8 della l. quadro sui lavori pubblici, rubricato "Qualificazione" che ha individuato a grandi linee i soggetti coinvolti nel nuovo sistema di qualificazione, la cui attuazione è demandata agli "organismi di diritto privato di attestazione", previa "autorizzazione" da parte dell'Autorità di vigilanza, a seguito di parere obbligatorio di un'apposita commissione consultiva (comma 3).

Come già anticipato, la struttura portante del sistema di qualificazione non è stata intaccata dalla riforma del D.Lvo n. 163/06 (v., in particolare, artt. 6 e 40), in base alla quale permane il meccanismo autorizzatorio dell'Autorità di Vigilanza in capo alla SOA che rilascia l'omonima attestazione.

richiesta della impresa interessata, da parte della SOA dell'attestazione omonima, atto conclusivo di un procedimento che (ovviamente, in caso di esito positivo) consente “*di individuare in capo a determinati soggetti il possesso di requisiti giuridici, organizzativi, finanziari e tecnici, necessari per realizzare lavori pubblici*”(art. 2, lett. e) D.P.R. n. 34 cit.<sup>9</sup>) e, conseguentemente rilevante come documento con efficacia probatoria del possesso dei suddetti requisiti (art. 2, lett. p) D.P.R. n. 34 cit.).

Altra funzione della SOA, che non sembra essere sufficientemente esplorata, ma tutt'altro che di scarso rilievo, è quella di attestare, ai sensi dell'art. 4, comma 3 D.P.R. n. 34 cit., in capo alle singole imprese richiedenti, l'avvenuta acquisizione della certificazione di qualità aziendale ovvero il possesso della dichiarazione sulla presenza di requisiti del sistema di qualità aziendale, rilasciate dai cd. “*organismi di certificazione*” accreditati, di cui alla lett. l) dell'art. 2 D.P.R. n. 34 cit.<sup>10</sup>.

In sintesi, il meccanismo<sup>11</sup> del nuovo sistema di qualificazione delle imprese incentrato sulla attestazione SOA è il seguente.

L'Autorità di vigilanza<sup>12</sup>, ai sensi dell'art. 10 D.P.R. n. 34 cit., “*autorizza*”, previa presentazione di apposita istanza<sup>13</sup>, la SOA allo svolgimento della attività di attestazione, previo parere obbligatorio della

---

<sup>9</sup> La formula è ripresa, con qualche modifica meramente terminologica e formale, dall'art. 8, comma 3, lett. c) l.Merloni e s.m., laddove si fa riferimento a “*requisiti di ordine generale nonché tecnico-organizzativi ed economico-finanziari conformi alle disposizioni comunitarie in materia di qualificazione*”.

L'art. 40, comma 3, lett. b) D.lvo n. 163 cit. ha ripreso quanto disposto dall'appena indicata norma, specificando, altresì, che “*tra i requisiti tecnico organizzativi rientrano i certificati rilasciati alle imprese esecutrici dei lavori pubblici da parte delle stazioni appaltanti*”.

In realtà, il riferimento del D.P.R. n. 34 cit. ai requisiti giuridici finisce per ricondursi ai “requisiti d'ordine generale”, rassegnati al successivo art. 17 (cfr. ora, art. 45 dir. 2004/18/CE ed art. 38 D.lvo n. 163/06) che vengono distinti, così, dai “requisiti di ordine speciale” relativi ai profili tecnico-organizzativi ed economico-finanziari di cui all'art. 18.

<sup>10</sup> In maniera esattamente conforme a quanto previsto dall'art. 8, comma 3, lett.a) e b) l. Merloni (ora art. 40, comma 3, lett. a) e b) D.lvo n.163/06).

<sup>11</sup> Esso è stato perfettamente sintetizzato, per un migliore approccio alla problematica, anche per una ricostruzione storica del sistema di qualificazione delle imprese anteriore all'istituzione dell'Albo Nazionale Costruttori, da A. CIANFLONE-G. GIOVANNINI, in *L'appalto di opere pubbliche*, Giuffrè, Milano, 2003, 276 e ss..

<sup>12</sup> L'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici ha assunto la denominazione di Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, ai sensi dell'art. 6 c. 1, D.lvo n. 163/06.

<sup>13</sup> Tale istanza è corredata da una documentazione analiticamente rassegnata e tassativa, con funzione di garanzia in ordine alla conformità legale del procedimento di costituzione della SOA stessa, alla moralità dei componenti, alla copertura dei rischi e delle responsabilità (art. 10, comma 2).

Commissione consultiva<sup>14</sup> ed all'esito di un'istruttoria, consistente nel riscontro (positivo) di tutti i requisiti necessari, tassativamente fissati dallo stesso regolamento di delegificazione agli artt. 7, 8 e 9, per la costituzione di tale organismo.

All'autorizzazione segue la iscrizione della SOA, a cura dell'Autorità di vigilanza, in apposito elenco (art. 11 D.P.R. cit.).

V'è da aggiungere che la "autorizzazione" in parola è soggetta a "revoca" (art. 10, commi 5-10 D.P.R. cit.) da parte dell'Autorità di vigilanza, nel caso in cui si accerti il mancato (o illegittimo) svolgimento dell'attività di attestazione<sup>15</sup>.

La SOA, infatti, ai sensi dell'art. 12 D.P.R. cit., deve attenersi, nell'espletamento dell'attività di attestazione, a precise regole di "buona condotta", nonchè all'applicazione di un tariffario rigorosamente calmierato.

A tal fine, essa resta espressamente assoggettata alla vigilanza e controllo dell'Autorità (art. 14 D.P.R. cit.), che si estrinsecano, oltre che nel suddetto potere di revoca, in quello di ispezione o verifica a campione e nell'irrogazione di sanzioni (art. 4, comma 7 l. Merloni, ora trasfuso nell'art. 6, c. 7, lett. l), D.lvo n. 163/06<sup>16</sup>).

In tale ottica, si comprende l'obbligo della SOA di rendere all'Autorità tutte le informazioni richieste<sup>17</sup>, anche per verificare la permanenza del requisito dell'indipendenza (art. 7, comma 6 D.P.R. cit.<sup>18</sup>) e le documentazioni necessarie, comunicando, in particolare, (art. 15, comma 5 D.P.R. cit.) la stipula del contratto con le imprese istanti ed il rilascio o il diniego di rilascio

---

<sup>14</sup> A composizione fissa e tassativa (art. 5).

<sup>15</sup> Le ipotesi rassegnate dall'art.10 sono riconducibili, per maggiore precisione, al venir meno, in capo alla SOA dei requisiti normativamente indicati; alla inerzia o interruzione dell'attività in un determinato arco temporale; alla grave inosservanza degli obblighi informativi nei confronti dell'Autorità di vigilanza; alla inefficienza o inottemperanza alle norme procedurali.

<sup>16</sup> In particolare, l'art. 40, comma 4, lett. g) D.lvo n. 163/06 assegna al futuro regolamento attuativo il compito di prevedere "sanzioni pecuniarie ed interdittive, fino alla revoca dell'autorizzazione, per le irregolarità, le illegittimità e le illegalità commesse dalle SOA nel rilascio delle attestazioni, secondo un criterio di proporzionalità e nel rispetto del principio del contraddittorio".

<sup>17</sup> Ai sensi dell'art. 8, comma 3, lett. c) D.lvo n. 163/06, la futura regolamentazione attuativa, nella disciplina della suindicata funzione di vigilanza, dovrà prevedere "la possibilità che l'Autorità convochi, con preavviso e indicazione specifica dell'oggetto i rappresentanti di amministrazioni e soggetti aggiudicatori, operatori economici, SOA, o altri soggetti che ritenga necessario o opportuno sentire".

<sup>18</sup> La recente riforma ha espressamente posto l'accento sul principio di indipendenza del giudizio espresso con il rilascio dell'omonima attestazione dalla SOA che, pertanto, è obbligata *ex lege* a garantire "l'assenza di qualunque interesse commerciale o finanziario che possa determinare comportamenti non imparziali o discriminatori" (art. 40, comma 3, D.lvo n. 163/06).

delle attestazioni, nonché gli esiti della procedura di verifica periodica di mantenimento dei requisiti (art. 15-*bis*, comma 5 D.P.R. cit.).

La stipula del contratto di cui sopra con una SOA è, infatti, obbligatoria (art. 15, comma 2 D.P.R. cit.) per le imprese che intendono ottenere la relativa qualificazione e propedeutica all'attivazione della "*procedura di rilascio*" dell'attestazione da parte di detta società, cui spetta verificare, in capo alla istante, la sussistenza dei requisiti d'ordine generale (art. 17<sup>19</sup> D.P.R. cit.) e di ordine speciale (art. 18 D.P.R. cit.), non solo al momento della presentazione della domanda, ma periodicamente (art. 15-*bis* D.P.R. cit.), con perdita di validità dell'attestazione in caso di mancato mantenimento dei requisiti (art. 15-*bis*, comma 5 D.P.R. cit.)<sup>20</sup>.

All'Autorità di vigilanza, l'art. 16 D.P.R. cit. conferisce una potestà di controllo sulle attestazioni che la legittima ad "*indicare alla SOA le eventuali condizioni da osservarsi nell'esecuzione del contratto stipulato*", la cui inottemperanza può perfino portare alla revoca dell'autorizzazione rilasciata alla SOA procedente (comma 2)<sup>21</sup>.

Le brevi notazioni che precedono già evidenziano come il legislatore, mediante l'innovato assetto normativo, abbia dato vita ad un sistema di qualificazione imprenditoriale *esclusivo, condizionato e condizionante*.

Esclusivo<sup>22</sup>, in quanto la partecipazione delle imprese italiane alle gare, al di sopra di una certa soglia, non può prescindere dal conseguimento dell'attestazione SOA, che è condizione necessaria e sufficiente (art. 1, comma 3 D.P.R. cit.) di abilitazione (art. 3, comma 2 D.P.R. cit.) a seconda della categoria di opere e classifica di importi.

Condizionato, in quanto sia la costituzione della SOA che il rilascio, da parte di quest'ultima, delle relative attestazioni sono vincolati all'osservanza di una minuziosa e dettagliata disciplina in ordine a requisiti e procedure.

---

<sup>19</sup> Cfr. ora art. 45 dir. 2004/18/CE ed art. 38 D.lvo n. 163/06.

<sup>20</sup> Ai sensi dell'art. 40, comma 4, lett. f), D.lvo n. 163/06, "*la durata dell'efficacia della qualificazione è di cinque anni, con verifica entro il terzo anno del mantenimento dei requisiti di ordine generale nonché dei requisiti di capacità strutturale da indicare nel regolamento (di cui all'art. 5, ndr.)*".

<sup>21</sup> Qui si aggiunge che con la recente novella è stato espressamente previsto il potere di annullamento (nonché di sospensione cautelare degli effetti) della attestazione SOA da parte dell'Autorità di vigilanza (art. 6, comma 7, lett. m), D.lvo n. 163/06). Ci si soffermerà al momento opportuno su tale disposizione e sull'incidenza in ordine alle riflessioni teoriche che si svolgeranno nel prosieguo.

Per il momento è, pertanto, sufficiente il riferimento normativo.

<sup>22</sup> Cfr. art. 8, comma 8 l.Merloni, ora art. 40 D.lvo n. 163/06.

Condizionante, in quanto le Stazioni appaltanti possono ammettere alle gare indette solo i soggetti in possesso dell'attestazione SOA e, comunque, vengono in pratica orientate nel loro operato dai dati del casellario informatico (art. 27 D.P.R. cit.) afferenti, tra l'altro, alla (in)sussistenza di cause di esclusione dalle procedure di affidamento dei lavori pubblici (comma 4) in capo alle imprese qualificate.

Il sistema di qualificazione emergente dalla lettura sistematica della normativa contenuta nelle fonti sopracitate finisce, pertanto, per coinvolgere, in maniera diversa, quattro (o meglio cinque) categorie di soggetti -l'Autorità di vigilanza, la SOA, le imprese qualificate o qualificande, le stazioni appaltanti (ed, in maniera indiretta, anche i cd. organismi di certificazione, ex art.1 lett. l) D.P.R. n. 34 cit.)-, tra i quali si instaurano e si intrecciano rapporti non agevolmente qualificabili, sui quali si cercherà di soffermarsi, nel rispetto della finalità cui il presente studio è rivolto.

*Ratio* della riforma, come sottolineava enfaticamente il comma 1 dell'art. 8 l.Merloni, è l'attuazione dell'art. 97 Cost., sotto il profilo della garanzia di qualità dei lavori, dell'efficienza e dell'efficacia, che ha reso necessario il superamento dei denunciati inconvenienti<sup>23</sup> dell'eccessiva burocratizzazione del sistema statualistico accentrato di iscrizione all'albo e della sua inadeguatezza conseguente alla crescente permeabilità della materia dei lavori pubblici (soprattutto per gli appalti sopra soglia) alla normativa comunitaria.

Ed in effetti, pur se, in apparenza, il nuovo meccanismo sopra delineato appare alquanto complesso -se non altro per la creazione di nuove figure soggettive e per la continua loro interazione con le imprese e le stazioni appaltanti-, bisogna convenire con la giurisprudenza amministrativa che il superamento del vecchio modello legale di verifica diretta da parte dello Stato della sussistenza, in capo ai soggetti iscritti all'Albo Nazionale Costruttori, dei requisiti di idoneità tecnico-finanziaria, appare in linea con una generale tendenza alla semplificazione ed accelerazione delle procedure<sup>24</sup>.

---

<sup>23</sup> A. CIANFLONE-G. GIOVANNINI, *op. cit.*, 269-270.

<sup>24</sup> Cons. St., Sez. VI, nn. 129/05 cit. e 991/04 cit.; TA.R. Lazio, Sez. III, n. 4304/04 cit..

Al fine di cogliere il tasso di innovazione che connota l'attuale sistema di qualificazione, non è inutile un breve cenno al previgente<sup>25</sup> regime dell'iscrizione obbligatoria all'Albo Nazionale Costruttori.

Ai sensi e per gli effetti della l. 10 febbraio 1962 n. 57 e s.m.<sup>26</sup>, un'impresa, con sede in territorio nazionale, che intendeva essere ammessa alle gare pubbliche bandite dallo Stato o dai vari enti pubblici, doveva essere obbligatoriamente provvista dell'iscrizione all'Albo Nazionale Costruttori, previa presentazione di apposita istanza (art. 12), corredata di documentazione comprovante il possesso dei requisiti di ordine generale e speciale previsti dalla legge (artt. 13, 14 e 15), al Comitato centrale -istituito presso il Ministero dei Lavori Pubblici con un sistema di composizione tassativa (art. 6) -e depositata presso il Comitato regionale (anch'esso a composizione tassativa e di nomina ministeriale).

Spettava al suddetto Comitato, qualificato alla stregua di organo pubblico<sup>27</sup>, nell'ambito dell'ampia e generale competenza alla formazione, tenuta e pubblicazione del suddetto Albo (art. 6), di iscriverci l'impresa richiedente, sulla base della pratica istruita dall'organo regionale, nonché, nei casi previsti dalla legge (artt. 20 e 21), di sospendere l'iscrizione stessa, fino addirittura a disporre la cancellazione.

Spettava, altresì, al Comitato centrale il rilascio, a fini probatori, del certificato di iscrizione all'Albo valevole per un anno, che l'impresa interessata avrebbe prodotto alle Stazioni appaltanti (art. 17).

Nella ricostruzione giurisprudenziale, l'iscrizione all'Albo da parte del Comitato centrale si atteggiava alla stregua di un provvedimento costitutivo -e non meramente dichiarativo, nonostante la natura vincolata dell'attività svolta-, la cui emanazione realizzava il perfezionamento della fattispecie di attribuzione di uno *status*<sup>28</sup> (di impresa qualificata) o, secondo altra preferibile

---

<sup>25</sup> Per qualche cenno con interessanti riferimenti giurisprudenziale, cfr. A. CIANFLONE-G. GIOVANNINI, *op. cit.*, 269, nota 4; v. anche A. CANCRINI, *La privatizzazione del sistema della qualificazione e le SOA*, in *Riv. trim. app.*, 2000, 549 e ss..

<sup>26</sup> Si tratta della l. 15 novembre 1986, n. 768, recante "*Ulteriori norme per l'aggiornamento dell'Albo nazionale dei costruttori*".

<sup>27</sup> Cfr. giurisprudenza citata alla nota successiva.

<sup>28</sup> In particolare, cfr. Cons. St., Sez. IV, 7 dicembre 1945, n. 154; Cons. St., Sez. V, 23 luglio 1994, n. 800, in *Cons. St.*, 1994, I, 1076; 13 giugno 1998, n. 830, in *Appalti urbanistica edilizia*, 1999, 342, secondo cui "*Il requisito dell'iscrizione all'A.N.C. è posseduto solo a seguito della materiale iscrizione all'Albo stesso, e non nel momento in cui l'organo competente si sia pronunziato sulla relativa domanda*". Del medesimo ordine d'idee, anche la Corte dei Conti (Sez. Contr., det. del 22 giugno 1993, n. 102, Prov. Reg. alle OO.PP.



versione, di una qualità giuridica di carattere personale<sup>29</sup> (come tale trasmissibile, a differenza dello *status* in senso proprio), cui era subordinata la possibilità di partecipazione di ogni ditta alla singola gara d'appalto.

La medesima giurisprudenza qualificava la iscrizione in parola come ammissione costitutiva, in considerazione della qualità per essa conferita al soggetto in termini di legittimazione speciale a partecipare alle gare pubbliche ed a stipulare gli accessivi contratti.

### **§.3.- Brevi riflessioni sistematiche dopo un primo approccio descrittivo al tema. Tratti essenziali o significativi della SOA. Cenni e rinvio al profilo documentale.**

Tra il preesistente e l'attuale sistema di qualificazione, pur essendo immediatamente percepibili le evidenti differenze, esistono, tuttavia, dei punti di contatto che sembra interessante evidenziare al fine in premessa indicato.

In primo luogo, l'obiettivo è identico e, cioè, creare uno strumento di legittimazione delle imprese alla partecipazione alle gare pubbliche, collegato al riscontro positivo in capo alle medesime di determinati requisiti di capacità tecnica e finanziaria normativamente prefissati.

Pertanto, non pare azzardato inquadrare il rilascio dell'attestazione SOA, sulla scia della giurisprudenza sopra richiamata in riferimento all'Albo Nazionale Costruttori, alla stregua di un fatto di legittimazione o, meglio, quale condizione necessaria e sufficiente che abilita le imprese a partecipare alle gare ed a stipulare, in caso di aggiudicazione, il relativo contratto.

In entrambi i casi, inoltre, il suddetto fine viene attuato per il tramite di una attività vincolata, il cui meccanicismo è accentuato sia dalla tipizzazione della composizione e veste formale dei soggetti attivi deputati all'esplicazione di tale attività; sia dalla forma di legittimazione speciale per l'impresa (iscrizione all'Albo o rilascio attestazione SOA); sia dal contenuto della verifica (riscontro dei requisiti minimi di ordine generale e speciale<sup>30</sup>).

---

dell'Emilia Romagna, p.d. 13575), che ha ritenuto appunto che *“l'iscrizione all'Albo, quale requisito soggettivo necessario dell'appaltatore, deve sussistere fin dal momento della stipulazione del contratto d'appalto... poiché... è un presupposto dell'affidamento dei lavori, né può avere effetto sanante la sopravvenuta iscrizione all'Albo”*.

<sup>29</sup> Cfr., in tal senso, Cons. St., Sez. VI, 16 marzo 1993, n. 247, in *Cons. St.*, 1993, I, 405; T.A.R. Lecce, 18 settembre 1991, n. 558, in *T.A.R.*, 1991, I, 4036.

<sup>30</sup> Cfr. artt. 13, 14 e 15 l. 10 febbraio 1962, n. 57; art. 8, comma 3 lett. a) e b) l. Merloni; artt. 15, 17 e 18 D.P.R. n. 34/00.

Come già anticipato, infatti, alle norme sulla istituzione ed organizzazione (composizione, nomina dei membri, modalità di deliberazione) del Comitato centrale e regionale per l'Albo (artt. 6-9 l. n. 57/62) si possono accostare, per identità di *ratio* e contenuto, quelle del medesimo tenore relative all'Autorità di vigilanza, alla Commissione consultiva ed alla SOA<sup>31</sup>.

Con particolare riguardo alla conformazione della SOA, essa risulta normativamente vincolata sia nella veste formale (art. 7, comma 1 e comma 2 D.P.R. n. 34 cit.)<sup>32</sup> sia sotto il profilo organizzativo, in quanto è sottoposta a limiti legali ed a controlli relativi alla composizione e struttura volti a garantirne l'indipendenza di giudizio, un adeguato livello di tecnicismo, di moralità, nonché di stabilità finanziaria (artt. 7, 8, 9 e 10, comma 2, lett. *c*) e *g*) D.P.R. n. 34 cit.).

Sono addirittura previste delle ipotesi tassative che precludono automaticamente lo svolgimento dell'attività di attestazione (art. 7, comma 7 D.P.R. n. 34 cit.), nonché dei limiti e vincoli normativi allo svolgimento dell'attività, quali, ad esempio, il divieto di ricorso a prestazioni esterne (art. 12, comma 2 D.P.R. n. 34 cit.) o l'obbligo inderogabile (a pena di nullità del patto contrario) di rispettare determinati parametri tariffari (art. 12, comma 3 e comma 4 D.P.R. n. 34 cit.), oltre che di osservanza di generali regole di "buona condotta"(art. 12, comma 1 D.P.R. n. 34 cit.).

Ma quel che sembra ancora più rivelatore della peculiarità della figura in esame è la scansione normativa dei ritmi della procedura fino alla determinazione degli effetti dell'attestazione (art. 15 D.P.R. n. 34 cit.), con una indicazione analitica dei parametri di idoneità dell'impresa (art. 15-*bis* e ss. D.P.R. n. 34 cit.) perfino ostica al giurista, a causa dell'alto tasso di tecnicismo che la connota.

---

<sup>31</sup> Con particolare riguardo alle SOA, ai sensi dell'art. 8, comma 4, lett. b), c), d) ed f) l. Merloni, come modificata dalla cd. Merloni-quater (l.n. 166/02), il D.P.R. n. 34 cit. ha puntualmente indicato i requisiti generali e di indipendenza delle SOA (art. 7); i limiti relativamente alle partecipazioni azionarie (art. 8); i requisiti tecnici delle stesse (art. 9); le regole da osservarsi nello svolgimento dell'attività di qualificazione e le relative tariffe (art. 12); i rapporti con l'Autorità di vigilanza (artt. 13 e 14); la procedura di qualificazione ed i requisiti da verificare per la stessa (artt. 15, 15-bis, 17-26). Con una differenza non trascurabile in ordine alla tecnica normativa utilizzata: la riforma del sistema di qualificazione dei soggetti esecutori dei lavori pubblici viene concretamente attuata mediante un regolamento di delegificazione (il D.P.R. n. 34 cit.), ai sensi dell'art. 17, comma 2, l.n. 400/88.

<sup>32</sup> L'art. 7, comma 1 e comma 2 D.P.R. n. 34 cit., infatti, prevede l'obbligatoria forma della società per azioni, il vincolo nella denominazione sociale, l'ammontare minimo del capitale sociale.

La verifica condotta alla stregua dei suddetti parametri si riduce, nella maggior parte dei casi, in attività di mero computo matematico come, a titolo meramente esemplificativo, avviene per la applicazione del regime del cd. incremento premiante (art. 19 D.P.R. n. 34 cit.).

Per altri profili di disciplina sembra residuare ancora spazio per maggiori ambiti di apprezzamento valutativo, come, ad esempio, in ordine alla verifica di adeguatezza della dotazione di attrezzature tecniche, requisito di ordine speciale di cui all'art. 18, comma 1, lett. c) D.P.R. n. 34 cit.<sup>33</sup>.

La tipizzazione, come già accennato, riguarda anche la forma di esteriorizzazione dell'attività sociale e, cioè, l'*attestazione SOA* che consente di spostare l'attenzione sul profilo documentale dello strumento certificatorio, rilevante anche a fini probatori e che è rinvenibile, nella forma del certificato di iscrizione all'Albo, anche nel precedente meccanismo di qualificazione.

La realtà documentale, sia nella forma del vecchio certificato di iscrizione all'Albo Nazionale Costruttori sia che in quella della nuova attestazione SOA, è, infatti, indispensabile strumento di esternazione delle risultanze dell'attività istruttoria vincolata volta al riscontro della sussistenza di requisiti di ordine generale e speciale (la terminologia è rimasta immutata) previsti dalla normativa di settore.

Ancora, come meglio si tratterà nel paragrafo successivo, va avvertito che la forza probante di tale realtà documentale non è assolutamente incontestabile<sup>34</sup>, ma è superabile alla luce del concreto riscontro di determinati presupposti, cui consegue all'adozione di misure, siano esse la sospensione o cancellazione dall'Albo, siano esse la revoca<sup>35</sup> dell'"autorizzazione" e all'annullamento modifica o rettifica dell'attestazione stessa<sup>36</sup>. Con la

---

<sup>33</sup> Chi si è già occupato del tema, ha richiamato, nella disamina generale dell'attività delle SOA, la tradizionale dicotomia tra accertamenti semplici ed accertamenti valutativi (S. FOA', *Nuovi munera cit.*).

<sup>34</sup> Significativamente, l'art. 40, comma 9 D.lvo n. 163/06 prevede che "*Le attestazioni rilasciate dalle SOA devono indicare espressamente le referenze che hanno permesso il rilascio dell'attestazione e i dati da esse risultanti non possono essere contestati immotivatamente*".

<sup>35</sup> Il D.lvo n. 163/06 ha configurato la revoca quale misura sanzionatoria estrema rispetto ad una serie di sanzioni pecuniarie ed interdittive -da infliggersi secondo un criterio di proporzionalità e nel rispetto del contraddittorio- la cui previsione è delegata all'emanando regolamento di attuazione (art. 40, comma 4, lett. g)).

<sup>36</sup> Il riflesso processuale di tale carattere è che può essere fornita prova contraria in giudizio della non veridicità delle attestazioni SOA e, dunque, del mancato possesso in capo ad una determinata impresa dei requisiti tecnico-finanziari prescritti. In tal senso, A. MALTONI, *Il conferimento di potestà pubbliche ai privati*, Torino, 2005, 353-354, il quale precisa che le

precisazione che, nel sistema attuale, il modulo normativo prescelto, oltre che meglio rispondente ad suddette esigenze di semplificazione ed accelerazione, sembra più duttile rispetto alla previsione tassativa di ipotesi di sospensione e cancellazione dall'Albo, in considerazione delle plurime e più efficaci possibilità di incidenza sull'attestazione SOA e, dunque, sul requisito di legittimazione speciale.

Queste prime considerazioni, discendenti da un approccio meramente descrittivo al quadro normativo di riferimento, consentono, tuttavia, già di volgere lo studio in una ben precisa direzione.

Appare, infatti, a questo punto, funzionale all'obiettivo prefissato la verifica e qualificazione della natura e tipologia dell'attività svolta dalla SOA, anche alla luce dei contributi dottrinari e giurisprudenziali sul tema; per poter confrontare gli esiti della ricerca con i risvolti organizzativi della sfera pubblica; e trarre, infine, alcune conclusioni sistematiche sulla identità giuridica della SOA e, più, in generale sulla categoria del soggetto nel diritto amministrativo.

#### **§.4.- Sulla natura giuridica dell'attività di certificazione svolta dalla SOA.**

In forza della sintetica ricognizione del quadro normativo di riferimento appena compiuta, il primo passo da muovere è quello di inquadrare a livello teorico la concreta attività posta in essere dalla SOA.

Si è già avuto modo di precisare che, a seguito del rilascio dell'attestazione omonima, l'impresa è legittimata a partecipare alle gare pubbliche ed, eventualmente, a stipulare il relativo contratto.

Materialmente, la suddetta attestazione consiste in un documento da cui è evincibile con certezza il soggetto da cui proviene (la SOA), il soggetto cui si riferisce (l'impresa istante) ed i requisiti posseduti da tale soggetto.

Tenendo fermo tale contenuto dell'attestazione SOA, è inevitabile il richiamo alla pur eterogenea categoria della certificazione (o certificato)

---

attestazioni in parola non sono atti fidefacienti, impugnabili in quanto tali, soltanto mediante proposizione di querela di falso, bensì attestazioni, facenti fede fino a prova contraria. Tale conclusione deriva dalla constatazione della inesistenza di una norma che espressamente, secondo quanto prescritto dagli artt. 2699 e 2700 c.c., autorizzi il legale rappresentante della SOA ad attribuire pubblica fede al documento.

documentale che realizza una delle forme di esternalizzazione tipiche dell'attività di accertamento<sup>37</sup>.

Non risulta, infatti, difficile inquadrare l'attestazione SOA nell'ambito degli strumenti di creazione di certezze giuridiche previsti dall'ordinamento al fine di fronteggiare efficacemente quella tendenza che, in maniera significativa, è stata definita di *complessificazione tecnico-giuridica*<sup>38</sup> dei rapporti tra consociati e tra consociati e pubblico potere.

Una siffatta tendenza è, oggi, particolarmente percepibile nel settore dei lavori pubblici, laddove gli obiettivi di imparzialità e buon andamento si realizzano passando attraverso le intricate maglie della qualificazione per categorie e classifiche di lavori, dei calcoli percentuali e matematici, nonché di vincoli e preclusioni di carattere tecnico imposti alle imprese per la partecipazione alle gare pubbliche<sup>39</sup>, la cui applicazione non può che tradursi in un'esigenza, di intuitiva valenza pubblicistica, di oggettivare incontestabilmente (tramite, appunto la creazione di una condizione legale di certezza) l'idoneità e, dunque, la competitività di un'impresa.

Più in generale, si potrebbe dire che la suddetta esigenza (o meglio necessità) di operare tramite il supporto di certezze giuridiche è direttamente proporzionale al citato fenomeno di complessificazione, tanto più che, tra le più recenti ed autorevoli proposte di classificazione -operate in base al modo in cui si atteggia l'interesse pubblico da curare-, la certificazione rappresenta una delle quattro categorie fondamentali dell'attività amministrativa, insieme alla ordinazione, protezione e gestione<sup>40</sup>.

Sotto tale profilo, l'attestazione SOA si atteggia, come già accennato, quale tipica espressione dell'accertamento e/o certificazione, purchè con tali nomenclature si intenda chiaramente far riferimento ad un'attività finalizzata alla certa e non problematica conoscenza di un determinato fenomeno, che si

---

<sup>37</sup> La categoria dell'accertamento è stata inquadrata dogmaticamente a livello di teoria generale da A. FALZEA, *Accertamento (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, Vol. I, Milano, 1958, 205 e ss.; con particolare riferimento al diritto amministrativo, cfr. M.S. GIANNINI, *Accertamento (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, 219 e ss.; ID., *Certezza pubblica*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, 769 e ss.; I. BUCCISANO, *Accertamento*, in *Enc. giur.*, II, Roma, 1989. Per una prospettiva prettamente processualistica, F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1951.

<sup>38</sup> L'espressione è di S. GIACCHETTI, *Certificazione*, in *Enc. giur.*, VI, Roma, 1988.

<sup>39</sup> Il che, come già avvertito, impone il ricorso ad una tecnica normativa di delegificazione particolarmente complessa, stringente e tecnicistica.

<sup>40</sup> F. G. COCA, *Attività amministrativa*, in *Enc. dir.*, aggiornamento VI, Milano, 79.

realizza attraverso l'imposizione di un *titolo formale*<sup>41</sup> *vincolante erga omnes* con efficacia preclusiva sostanziale.

In particolare, l'attestazione SOA costituisce titolo formale vincolante per la stazione appaltante, la cui efficacia preclusiva sostanziale si evidenzia nella impossibilità di contestare, in presenza della attestazione SOA, la idoneità tecnico-finanziaria della concorrente, anche nell'estrema ipotesi di evidente falsità dell'attestazione (quantomeno fino a che questa non venga rilevata con gli appositi strumenti previsti dalla legge<sup>42</sup>), incidendo, così, direttamente sull'assetto dei rapporti tra impresa aspirante concorrente e stazione appaltante.

E potrebbe tecnicamente definirsi come certificazione *nominata* (in quanto può essere emessa solo dalla SOA), *propria* (perchè creativa di certezza legale e -non meramente notiziale- che non ammette contestazione se non nei modi tassativi indicati dalla legge), *a rilascio doveroso*<sup>43</sup>.

Ad ulteriore dettaglio, può anche aggiungersi che l'attestazione in oggetto si connota come espressione di un fatto di certazione<sup>44</sup> e, cioè, di un'attività giuridica che, come l'accertamento *stricto sensu* inteso, ha l'obiettivo di realizzare una condizione di certezza pubblica, senza presupporre e rimuovere, a differenza di questo, una preesistente situazione giuridica di oggettiva incertezza, ma creando *ex novo* e/o qualificando oggettivamente una determinata condizione o un determinato accadimento prima inesistenti.

Caratteristica dell'attività che esita nell'attestazione SOA, cosiccome di tutti i fatti di certazione, non è l'incidenza diretta su determinate situazioni giuridiche soggettive (attive o passive), ma è quella di creare, tramite l'effetto qualificatorio che la contraddistingue, una situazione oggettiva (nel caso di

---

<sup>41</sup> A. FALZEA, *loc. cit.*, 208, il quale richiama l'istituzione del nesso tra contestazione ed incertezza oggettiva di G. CHIOVENDA, *L'azione nel sistema dei diritti* (1903), in *Saggi di dir. proc. civ.*, I, Roma, 1930, 85.

<sup>42</sup> Il discorso vale anche in negativo nel senso che la invalidazione del titolo abilitante preclude alla stazione appaltante qualunque apprezzamento in concreto dell'idoneità tecnico finanziaria dell'impresa aspirante. Cfr., in tal senso, T.A.R. Catania, Sez. I, 25 novembre 2002, n. 2234, in *Foro Amm. (T.A.R.)*, 2003, 301.

<sup>43</sup> Sulle varie distinzioni delle certificazioni, cfr. S. GIACCHETTI, *voce cit.*, 3 e ss.; A. STOPPANI, *Certificazione*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, 793 e ss.

<sup>44</sup> M.S. GIANNINI, *Accertamento cit.*, 220-221. Un fugace riferimento a tale categoria si riscontra in G.P. CIRILLO, *La tutela giurisdizionale cit.*, il quale, tuttavia, opera una ricostruzione alquanto articolata dell'attività svolta dalle SOA rinvenendovi profili sia di pubblica funzione che di pubblico servizio. Del medesimo avviso, A. MALTONI, *Il conferimento delle potestà pubbliche ai privati*, Torino, 2005, 354.

specie, l' idoneità tecnico-finanziaria anzi, meglio, il riconoscimento o, in negativo, il mancato riconoscimento della stessa).

La suddetta qualificazione o situazione oggettiva -ossia l'attestazione che, in uno specifico contesto temporale, un'impresa possiede o meno determinate caratteristiche tecnico-finanziarie- sarebbe di per sé giuridicamente irrilevante o, meglio, neutra, se non fosse la legge, a sua volta, *a qualificare tale qualificazione*, attribuendole un effetto permissivo o ostativo della partecipazione alle gare pubbliche, a seconda dell'esito della certazione<sup>45</sup>.

Nella fattispecie che ci occupa, la legge ha configurato un sistema di qualificazione, come detto, esclusivo, condizionato e condizionante, per cui gli effetti permissivi o ostativi sull'esercizio del diritto di impresa nel settore dei lavori pubblici discendono direttamente da essa e non dal mero rilascio dell'attestazione da parte della SOA.

Il sistema di qualificazione incardinato sull'attestazione SOA dà, pertanto, credito alla puntigliosità di chi ha ritenuto non potersi ricondurre -se non in maniera riduttiva- il fenomeno di certazione al mero atto documentale che lo esterna, inquadrandolo, piuttosto, nella più consona dimensione di un fatto, *“perché gli effetti prodotti si collegano alla sostanza di fatto e non a quella di atto, per esser essi derivati dalla norma e non dalla volontà del soggetto -sia pur nei limiti della norma- come avviene per i provvedimenti amministrativi”*<sup>46</sup>.

A ciò aggiungasi il particolare per cui, nel caso di specie, alla strumentalità della certazione consegue la strumentalità della situazione giuridica sulla quale essa incide, nel senso che il rilascio della attestazione SOA non attribuisce alcun potere o vantaggio immediato e diretto all'impresa, ma semplicemente strumentale o potenziale e, pertanto, ad attuazione non necessaria, costituendo esso un mero presupposto giuridico di partecipazione alle gare pubbliche.

---

<sup>45</sup> In tale prospettiva, non può condividersi il più volte citato approccio ermeneutico, relativo al previgente sistema di iscrizione obbligatoria all'albo, che individuava nella stessa una fattispecie di accertamento costitutivo di *status*, sia perché l'attestazione SOA non attribuisce poteri, ma una semplice qualità, sia perché la discussa nozione di accertamento costitutivo non consente di evidenziare correttamente la scomposizione tra momento di accertamento e momento costitutivo derivante esclusivamente dalla legge.

<sup>46</sup> M.S. GIANNINI, *Accertamento cit.*, 223.

Più precisamente, ciò che si realizza con l'attestazione SOA sembrerebbe riconducibile ad un fatto di certazione di scienza<sup>47</sup>, volto a dare contezza oggettiva (*id est*, opponibile *erga omnes*) della qualità di un determinato soggetto con effetto preclusivo relativo (nel senso che la certezza legale che si crea non è irreversibile).

Come già accennato in premessa, la SOA svolge un'ulteriore attività certatoria -che potremmo definire *indiretta*- consistente nella presa d'atto della sussistenza in capo all'impresa della certificazione di qualità rilasciata da appositi organismi ed anch'essa propedeutica alla partecipazione alle gare.

Tale tipo di attività certificatoria appare morfologicamente diversa da quella appena sopra descritta, non foss'altro perché, in questo caso, la SOA non opera una verifica diretta dei requisiti ma, più che altro, procede ad una sorta di ricognizione di un effetto qualificatorio già prodotto in base ad una procedura svolta da altri soggetti.

Infatti, ai sensi dell'art. 4, comma 3 D.P.R. n. 34/00, la SOA si limita ad attestare il *possesso* della certificazione di qualità o della dichiarazione di cui al precedente art. 2, lett. r) D.P.R. cit..

Al riguardo, la normativa di riferimento non si mostra particolarmente lineare, se si considera la discrasia testuale tra l'appena sopra richiamato disposto normativo e l'art. 2 lett. i) D.P.R. cit. che sembra, invece, attribuire un'attività certificatoria diretta, pur se eventuale, alla SOA anche in ordine ai requisiti di qualità.

La potenziale conflittualità potrebbe essere risolta alla luce della l. Merloni, la quale chiarisce all'art. 8 che, quanto ai requisiti di qualità, è necessaria un'attestazione di secondo grado sulle certificazioni già rilasciate (lett. a) e b)).

Questo particolare atteggiarsi della certificazione di qualità, tuttavia, non sembra potere intaccare la valenza della consequenziale attestazione della SOA, essendo tutt'altro che sconosciuta in dottrina la riproduzione in una certificazione propria di un preesistente atto di certezza pubblica.<sup>48</sup>

Potrebbe, forse, aggiungersi che l'attestato della SOA, in questo caso, si attegga alla stregua di una *condicio iuris* di efficacia della preesistente certificazione, la quale, seppur completa in tutti i suoi elementi, necessita ai

---

<sup>47</sup> M.S. GIANNINI, *Accertamento cit.*, 224.

<sup>48</sup> S. GIACCHETTI, *Certificazione cit.*, 3.



fini dell'efficacia o meglio dell'opponibilità *erga omnes*, di tale riconoscimento ufficiale ed esclusivo nei termini imposti dalla normativa di riforma.

Solo in tale prospettiva, si coglie a pieno l'importanza del ruolo certificatorio della SOA che, al di là della oggettiva ricognizione dell'attività di certazione svolta da altri soggetti, esercita una funzione qualificatoria unica ed insostituibile.

#### **§.5- segue: L'attività di certificazione come esplicazione di funzione pubblica.**

Alla luce di quanto esposto, non sembra possa mettersi in discussione la rilevanza pubblicista dell'attestazione SOA, essendo essa funzionale a garantire la certezza pubblica dell'idoneità di una determinata impresa a partecipare ad una gara pubblica.

Tale condizione di certezza si realizza privilegiando, in caso di discrasia, la rappresentazione ed esteriorizzazione documentale rispetto alla realtà sostanziale cui si riferisce, a meno che non siano azionati appositi strumenti di reversibilità dello stato di certezza legale così venutosi a formare.

Tuttavia, il meccanismo della prevalenza della verità legale su quella sostanziale se, da un lato, presenta innegabili vantaggi pratici riguardo alla circolazione di valori nei rapporti tra consociati e tra essi e l'autorità, dall'altro, non può che essere consentita esclusivamente entro rigorosi e tassativi confini normativi, per la pericolosità intrinseca della sovrapposizione della realtà cartacea a quella sostanziale.

E proprio per questo, tradizionalmente, l'attività certificatoria propria, nelle ipotesi previste dalla legge, viene considerata come una delle più alte espressioni del potere sovrano, soprattutto quando, come nel caso dell'attestazione SOA, la certezza legale che ne deriva sia ad uso necessario, e cioè vincolante la volontà altrui (nel caso di specie quella della stazione appaltante): *“In ogni caso le certezze legali non possono essere spiegate se non per l'esistenza di un potere sovrano, che ne imponga a tutti i consociati l'accettazione. Esse costituiscono un'indubbia limitazione di libertà, nella specie di privazione di una facoltà di uso utile di una rappresentazione storicamente o criticamente raggiunta da parte del soggetto dell'ordinamento. Per questo solo organi dello Stato o di enti pubblici o eccezionalmente*

*esercenti privati di pubbliche funzioni possono porre in essere certezze pubbliche e sempre in ipotesi tassativamente indicate... ”<sup>49</sup>.*

La derivazione dell'effetto di certezza legale dal suddetto potere assume i connotati di funzione pubblica<sup>50</sup>, intesa tradizionalmente come momento di trasformazione del potere sovrano in atto<sup>51</sup>, che, in tale ottica, diviene agevole distinguere dalla certazione meramente notiziale-informativa, al più inquadrabile alla stregua di un servizio pubblico<sup>52</sup>, ove essa riguardi fatti di rilievo pubblico posti a disposizione degli interessati (es. bollettino).<sup>53</sup>

In tal senso, appare tutt'altro che contestabile o problematico evincere dalla attività certificatoria preclusiva delle SOA un indice di esplicazione, nel caso concreto, di una pubblica funzione, nonostante il binomio certezza legale-funzione pubblica<sup>54</sup> sia stato oggetto di discussione.

---

<sup>49</sup> M.S. GIANNINI, *Certezza pubblica cit.*, 773.

<sup>50</sup> In tale direzione, la giurisprudenza richiamata alla nota 5. Per una significativa ricostruzione del dibattito giurisprudenziale sul tema e del contributo interpretativo apportato dall'Autorità di vigilanza, v. A. MALTONI, *Il conferimento di potestà pubbliche cit.*, 347-349.

<sup>51</sup> F. BENVENUTI, *Funzione*, in *Enc. giur.*, XIV, Roma, 1989, 3, che ancora più significativamente definisce la funzione quale “*momento di trasmissione dell'energia giuridica contenuta in potenza nella norma ed attualizzata nell'atto*”; ed il procedimento quale luogo nel quale la funzione si esplica. Il dinamismo insito nella suddetta nozione di funzione e la stretta interconnessione della stessa con il potere erano stati già autorevolmente colti, in una prospettiva di inquadramento del potere tra le situazioni giuridiche soggettive attive da S. PUGLIATTI, *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, Milano, 1935, 72 e ss.

<sup>52</sup> In questi termini, M.S. GIANNINI, *Certezza pubblica cit.*, 773. Non è questa la sede per soffermarsi sulla questione della distinzione tra funzione pubblica e servizio pubblico, da sempre oggetto di autorevoli indagini (G. MIELE, *Pubblica funzione e servizio pubblico*, in *Arch. Giur.*, 1933, 191 e ss.). Ci si limita semplicemente a richiamare la tradizionale nozione di funzione pubblica come attività diretta ad un fine (M.S. GIANNINI, *Attività amministrativa*, in *Enc. dir.*, Vol. III, Milano, 989) e, cioè, la cura dell'interesse pubblico, attraverso l'esplicazione di un potere autoritativo (nel caso di specie il potere certativo) connotato dalla formalizzazione e tipizzazione in atti sottoposti dall'ordinamento ad un particolare regime. Cfr., in tal senso, F. MODUGNO, *Funzione*, in *Enc. dir.*, Vol. IV, Milano, 1959, 312-313, il quale richiama F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo* in *Riv. trim. dir. Pubbl.*, 1952, 118 e ss.. Sul tema, cfr. anche G. MARONGIU, *Funzione amministrativa*, in *Enc. giur.*, XIV, 1989.

<sup>53</sup> M.S. GIANNINI, *Certezza pubblica cit.*, 772.

<sup>54</sup> Recentemente, A. FIORITTO, *La funzione di certezza pubblica*, Padova, 2003, 396, ha criticato la suddetta corrispondenza biunivoca con riferimento alla certificazione dello stato civile, concludendo testualmente che la produzione di certezza è una funzione pubblica che può essere svolta in forma di servizio pubblico. Non si ritiene di poter condividere la suddetta impostazione non certamente perché non sia rilevabile nelle concrete fattispecie di azione amministrativa una possibile o effettiva commistione di profili di funzione pubblica e servizio pubblico, bensì per il rischio che la generalizzazione di tale constatazione empirica reca in sé. Il rischio è che il riscontro concreto della permeabilità delle due categorie in parola porti alla inaccettabile conclusione dell'inutilità delle stesse e, conseguentemente, di una loro distinzione. Solo soffermandosi sulla funzione pubblica espressa, per quel che interessa, dal nuovo sistema di qualificazione nel settore dei lavori pubblici, sembra possibile verificare l'effettiva portata delle innegabili trasformazioni organizzative dei centri di potere, tramite la parcellizzazione e le peculiari modalità di distribuzione dello stesso anche in capo a diversi soggetti. Per la medesima ragione, si ritiene che, come meglio si vedrà nel successivo paragrafo, l'esercizio privato di pubbliche funzioni debba tenersi distinto dall'esercizio privato

Avuto riguardo ai limiti del presente studio circoscritto alla questione della qualificazione delle imprese nel settore dei lavori pubblici, appare prudente non discostarsi dalla suddetta autorevole opzione teoretica e tenere, dunque, bene distinte la nozione di funzione pubblica da quella di servizio pubblico.

Il riferimento dell'attività della SOA alla prima nozione giova ad assicurarsi un canale di privilegiato collegamento ai concetti di *potere* ed *autorità* e, conseguentemente, a verificare possibili ripercussioni su di essi da parte della riformata normativa di settore.

Sulla scorta di tali premesse, volendo abbandonare per un momento le sicure sponde dell'approccio meramente descrittivo alla tematica in oggetto, non si può fare a meno di esprimere, in proposito, la sensazione che l'inquadramento dell'attività della SOA in termini di pubblica funzione non basti, comunque, a rispondere in maniera del tutto appagante agli interrogativi sollevati in premessa al nostro studio, ma comporti semplicemente la necessità di ampliare lo spettro di indagine sulla natura ed identità giuridica delle SOA (e della loro attività) fino alla fonte *-il potere sovrano-*, nozione polisensu e dai contorni molto poco chiari e, dunque, fino alla nozione di *organizzazione* che, nel caso specifico, lo sorregge.

Non avendo ancora acquisiti tutti gli elementi utili per soffermarsi sufficientemente su tale nozione, allo stato non può che anticiparsi semplicemente l'impressione, suggerita dal rapporto di consequenzialità logica che lega potere e funzione, che il riscontro di un mutamento di conformazione di quest'ultima – come è avvenuto nel settore dei lavori pubblici-, può essere sintomatico di un peculiare e diverso atteggiarsi del primo.

Un simile ordine di considerazioni, per il momento, può valere esclusivamente a rafforzare la convinzione dell'attinenza della attività svolta dalla SOA ad una funzione pubblica, il cui ambito di estensione è ancora da esplorare.

Tuttavia, la suddetta configurazione dell'attività svolta dalla SOA già impedisce di aderire con convinzione sia alla tesi privatistica che esalta la natura commerciale della SOA e della tipica attività da essa svolta e non considera indicativa di rilevanza pubblicistica la circostanza che essa abbia ad

---

di pubblici servizi, pur non negandosi il tratto comune ed empirico dell'intermediazione di un soggetto formalmente privato nell'azione della Pubblica Amministrazione.

oggetto il rilascio di certificazioni<sup>55</sup>, sia a quella che imputa alle SOA contemporaneamente sia l'esercizio di una funzione pubblica (*id est*, il rilascio dell'attestato) sia l'espletamento di un servizio pubblico, consistente nell'assistenza all'impresa per le strette finalità inerenti al rilascio<sup>56</sup>.

La seconda tesi, pur affascinante, in quanto, con riferimento ai profili di servizio pubblico, individua la natura esclusiva della giurisdizione del giudice amministrativo in materia, sembra, tuttavia, recare in sé l'inconveniente meramente pratico di dover, ai fini del corretto inquadramento del giudice competente, caso per caso, individuare i contenuti della definita assistenza all'impresa, con uno sforzo non irrilevante.

Sul versante teorico, invece, la tesi in parola offre lo spunto per una ulteriore riflessione sulla funzione pubblica di cui si sta trattando.

Per essere più espliciti, sembra che la disamina del contenuto dell'attività della SOA spinta fino ad un punto di frammentazione tale da differenziarne i connotati ontologici (ora in termini di funzione pubblica, ora in termini di servizio pubblico) dipenda da una visione, per così dire, *atomistica* della SOA stessa, la cui attività certificatoria sembra dover essere, invece, inquadrata in un contesto sistematico più ampio.

Se, infatti, come già si è detto riferendosi alla certazione, il rilascio dell'attestazione SOA è di per sé fatto giuridicamente neutro -posto che l'effetto qualificatorio deriva direttamente dalla legge- sembra logico inferirne che tale effetto sia riconducibile ad una funzione pubblica di ben più composta articolazione di quella finora imputata "atomisticamente" alla SOA.

Una *funzione* che potremmo definire *qualificatoria* e che si atteggia alla stregua di una fattispecie complessa il cui effetto finale è determinato dalla interazione di più soggetti (Autorità di vigilanza *in primis*, SOA, organismi di qualificazione).

---

<sup>55</sup> A. ASTAZI, *Le Società Organismi Attestazione cit.*. L'A. fa leva, in particolare sulla natura sinallagmatica del rapporto tra SOA ed impresa, incardinato sulla stipulazione obbligatoria del contratto e sulla natura precipuamente commerciale dell'attività, evocando negativamente la categoria dell'organismo di diritto pubblico, per dedurre che *l'attestazione conserva la propria natura privatistica*. Sembra che la conclusione circa la natura privatistica dell'attestazione SOA venga fatta discendere, in questa impostazione, dalla pretesa non annoverabilità della SOA tra gli organismi esercenti pubbliche funzioni, anche se non risulta chiaro come, subito di seguito, alla attestazione di natura privata vengano ricollegate dalla legge e dal regolamento efficacia pubblica, senza che questo possa incidere sul versante della qualificazione della natura dell'attività esercitata (fino ad affermarsi che le conseguenze pubblicistiche della attestazione sono rilevanti solo sul piano penale e non su quello amministrativo).

<sup>56</sup> G.P. CIRILLO, *La tutela giurisdizionale cit.*

In questa prospettiva sistematica, si ricava un ulteriore argomento a sostegno dell'estraneità alla tematica della nozione di servizio pubblico, sia per la sua antitetività ontologica con la nozione di funzione pubblica -che permea tutto il sistema globalmente considerato- sia per la potenziale portata disgregante della distinzione tra momenti di esercizio di una funzione pubblica e momenti di esercizio di un servizio pubblico in capo ad un medesimo soggetto.

Ma il discorso potrà apparire più chiaro inserendo un ulteriore tassello alla nostra indagine e, cioè, soffermandosi sull'inquadramento dogmatico della SOA quale soggetto di diritto.

#### **§.6- La SOA al cospetto della tradizionale categoria dell'esercizio privato di pubbliche funzioni.**

Chi ha già trattato della SOA non ha mancato di ricondurre tale figura all'esercizio privato di pubbliche funzioni<sup>57</sup>, e, dunque, ad un nuovo *munus publicum*, consistente nell'esplicazione, da parte di un soggetto formalmente privato, di una potestà pubblica (certificatoria) tradizionalmente riservata allo Stato nel settore dei lavori pubblici.

Appare, a questo punto, interessante verificare, rifacendosi agli studi classici sul tema, la corrispondenza o meno degli elementi ritenuti maggiormente caratterizzanti nella tradizionale elaborazione al meccanismo di operatività della SOA.

Non senza avvertire, però, che essendo la ricostruzione storica del pensiero giuridico sull'esercente privato un sentiero molto battuto in tempi recenti<sup>58</sup>, non sembra nemmeno il caso di ripercorrerlo.

---

<sup>57</sup> In , S. FOA', *Nuovi munera* cit..

<sup>58</sup> Per una ricostruzione "filologica" dei contributi degli autori che, per primi, si occuparono del tema, cfr. F. DE LEONARDIS, *Il concetto di organo indiretto: verso nuove ipotesi di applicazione dell'esercizio privato di funzioni pubbliche*, in *Dir. Amm.* n. 3/95, 347-414, il quale ha avuto cura di rassegnare e riportare analiticamente i singoli passi delle opere sul tema ordinandole cronologicamente. Peraltro, la problematica dell'esercizio privato è stata ulteriormente approfondita dallo stesso Autore in uno studio monografico, *Soggettività privata e azione amministrativa. Cura dell'interesse generale e autonomia privata nei nuovi modelli di amministrazione*, Padova, 2000, cui si rinvia per uno studio analitico della materia, nel quale dalla suddetta ricostruzione "filologica" si parte per esaminare la problematica dei soggetti privatizzati (enti previdenziali, enti lirici, fondazioni ex bancarie, società per azioni derivanti da privatizzazione di enti pubblici economici) ed altre figure soggettive particolari (il concessionario del servizio elettrico e quello del servizio pubblico radiotelevisivo, la C.R.I.); per poi analizzare alcune ipotesi esemplificative di soggetti privati costituiti per la cura di interessi generali, tra le quali si accenna anche ai soggetti certificatori che rivestono un particolare interesse ai fini del nostro studio. Anche l'A., come si tenterà di fare nel corso del nostro studio, pur se in termini diversi, infine, collega la casistica esaminata al problema dei

In questa sede, pertanto, per ragioni di coerenza logica con il taglio del tema prescelto, si tenterà di incentrare l'attenzione esclusivamente sui profili dell'istituto relativi alla funzione pubblica. Con la precisazione che l'operazione di scorporo della fattispecie di esercizio privato di pubblica funzione da quello di un pubblico servizio è tutt'altro che agevole e non sempre possibile, sia per i segnalati rischi di osmosi nel concreto tra le due categorie, sia perché, soprattutto nella prime elaborazioni dogmatiche<sup>59</sup>, lo studio della figura soggettiva in parola prescinde dalla distinzione dell'oggetto dell'esercizio (pubblica funzione o servizio pubblico). E ciò in quanto il ricorso alla nozione di esercizio privato di pubbliche funzioni e servizi deriva *ab origine* dalla constatazione empirica di una variegata casistica di gestione di interessi pubblici da parte di soggetti privati e dalla esigenza consequenziale di dare comunque un fondamento giuridico unitario a tali fattispecie.

Le caratteristiche precipue di tale istituto -emergenti sin dalla prima approfondita disamina di esso- sono essenzialmente: a) la non incidenza della natura pubblica dell'attività esercitata rispetto alla natura (che resta privata) del soggetto (persona fisica o giuridica); b) l'estraneità del soggetto all'apparato organizzativo della Pubblica Amministrazione; c) la compresenza di due ordini di interessi sottesi all'attività dell'esercente privato (l'interesse diretto proprio del privato, individuato nello scopo di lucro; e l'interesse indiretto -dello Stato o di altri enti pubblici- del perseguimento del fine pubblico attraverso la medesima attività)<sup>60</sup>.

---

modelli organizzatori dell'azione amministrativa, con particolare riferimento alla dicotomia pubblico-privato. La medesima impronta strutturale è rinvenibile, pur con il diverso taglio dell'argomento trattato, in A. MALTONI, *Il conferimento* cit., 9 e ss.

Rispetto all'impostazione ed alle conclusioni della appena richiamata dottrina, qui si vuole fare qualche ulteriore riflessione sulla possibile portata sostanziale e non meramente descrittiva della nozione di esercizio privato di pubbliche funzioni.

<sup>59</sup> Ci si riferisce alla elaborazione monografica di G. ZANOBINI, *L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici*, in V.E. Orlando (a cura di), *Diritto amministrativo italiano*, Milano, 1935, vol. II, p. III, p. 422 e ss.; cfr. anche G. MIELE, *Distinzione tra ente pubblico e privato*, da *Studi in memoria di R. Ferrara*, Milano, 1943, ora in *Scritti giuridici*, Milano, 1987, 376 e ss..

<sup>60</sup> G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, 8a edizione, Milano, 1958, vol. I, pp. 147 e ss.; vol III, pp. 367 e ss. All'A. va il merito di aver approfondito lo studio dell'esercizio privato di pubblici servizi e funzioni, i cui profili erano comunque già stati tratteggiati dalla più autorevole dottrina straniera ed italiana a cavallo tra il XIX e XX secolo. In particolare, riferimenti alla figura sono rinvenibili in G. JELLINEK, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, Tübingen, 1892, 234; S. ROMANO, *Principi di diritto amministrativo*, Milano, 1901, 175; Id., *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1937, 100; D. CARUSO INGHILLERI, *La funzione amministrativa indiretta*, Milano, 1909; U. FORTI, *Diritto amministrativo*, Napoli, 1931, vol. I, 251; C. SAILIS, *La qualificazione dell'esercizio di pubbliche funzioni da parte*

Il modello sopra evidenziato si traduce sostanzialmente in due fondamentali fattispecie concrete: quella del concessionario<sup>61</sup> e quella del libero professionista investito di pubbliche funzioni<sup>62</sup>.

In particolare, il modulo concessorio rappresenta, nella succitate prime elaborazioni, la soluzione più frequente di devoluzione dell'esercizio di un'attività amministrativa ad un soggetto privato, tanto da ricorrersi ripetutamente al termine di "concessionario" in alternativa a quella di "esercente privato".

Tuttavia, i passaggi argomentativi diventano meno nitidi allorquando si tratta di considerare la concessione quale titolo per l'esercizio privato di una funzione pubblica.

Infatti, nonostante la premessa teorica per cui oggetto di concessione può essere anche il conferimento di una pubblica potestà<sup>63</sup>, lo studio della concessione è sempre rimasto strettamente collegato, anche alla luce delle diverse ipotesi normative contemplate già nella legislazione più risalente<sup>64</sup>, alla gestione del servizio pubblico<sup>65</sup>.

---

*dei privati*, Cagliari, 1936. Oltre ai suddetti riferimenti bibliografici, si rinvia a F. DE LEONARDIS, *op. cit.*, per una meticolosa rassegna di passaggi relativi all'istituto di autori che, oltre a quelli sopra indicati, hanno avuto modo, sia prima che dopo la trattazione monografica di G. ZANOBINI, di occuparsi dell'argomento, quali V.E. ORLANDO; S. ROMANO; O. RANELLETTI; F. CAMMEO; G. MIELE; M.S. GIANNINI. Per un'interessante ricostruzione del pensiero sul tema di altra autorevole dottrina (E. PRESUTTI, L. RAGGI), con collegamenti giurisprudenziali, cfr. A. MALTONI, *Il conferimento cit.*, 23 e ss..

<sup>61</sup> La bibliografia in tema di concessione è sterminata ed è impossibile riportarla esaustivamente. Si citano, tra le prime e più autorevoli opere, O. RANELLETTI, *Teoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Giur.it.*, XLVI, segue in *Riv. it. per le scienze giuridiche*, XVII, 1894; G. ZANOBINI, *L'esercizio privato*, cit., 187-339; Id., *Corso*, cit., 391-405; DE VALLES, *I servizi pubblici*, in *Primo trattato di diritto amministrativo* a cura di V.E. ORLANDO, VI, Milano, 1930, 595 e ss.; U. FORTI, *Natura giuridica delle concessioni amministrative*, in *Studi di diritto pubblico*, I, Roma, 1937, 378 e ss.; GALATERIA, *Il negozio di concessione amministrativa*, Milano, 1943; E. SILVESTRI, *Natura giuridica dei diritti nascenti dalle concessioni amministrative dei beni demaniali*, Milano, 1950; Id., voce *Concessione amministrativa*, in *Enc. dir.*, vol. VII, Milano, 1961, 370 e ss.; GULLO, *Provvedimento e contratto nelle concessioni amministrative*, Padova, 1965; D'ALBERTI, voce *Concessioni amministrative*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. VII, Roma, 1989, 1 e ss. Tra i più recenti contributi, v. A. ROMANO, *La concessione di un pubblico servizio*, in AA.VV., *La concessione di pubblico servizio*, a cura di G. Pericu, A. Romano, V. Spagnolo Vigorita, Milano, Giuffrè, 1995, 11 e ss. .

<sup>62</sup> G. ZANOBINI, *Corso*, cit., 147.

<sup>63</sup> G. ZANOBINI, *Corso*, cit., 391.

<sup>64</sup> Cfr., ad esempio, per le concessioni telefoniche, art 2 reg. 21 maggio 1903, n. 253; per le concessioni ferroviarie, art. 24 T.U. 9 maggio 1912 n. 1447. Si rinvia a E. SILVESTRI, *Concessione cit.*, 385, per un'analitica e precisa rassegna della nutrita normativa in tema di concessioni di pubblici servizi dei primi tre decenni del secolo scorso.

<sup>65</sup> Significativamente, G. ZANOBINI, in *Corso cit.*, Vol. III, 391 e ss. dedica, nella disamina dei titoli legittimanti l'esercizio privato, un intero capitolo esclusivamente alla *concessione dei*

Non a caso, i più autorevoli studi sulle concessioni amministrative, nell'evidenziare la genericità ed inutilità della nozione tradizionale di concessione e, dunque, la necessità della delimitazione del concetto in questione, tributano primaria attenzione alle concessioni di servizi e di beni, rinvenendo, per gli uni e per gli altri, nella concessione -in quanto mezzo di agevolazione e stimolo allo sviluppo dell'attività individuale- l'ottimale strumento di attuazione degli interessi pubblici<sup>66</sup>.

In tale prospettiva, il collegamento tra titolo concessorio ed esercizio privato di pubbliche funzioni è rilevabile in maniera occasionale nelle fattispecie nelle quali gli incaricati di pubblico servizio, nell'espletamento dello stesso, fossero chiamati ad esercitare poteri e funzioni pubbliche<sup>67</sup>.

Ma, a ben guardare, in tali fattispecie, il titolo dell'esercizio di una funzione pubblica discende direttamente dalla legge speciale di settore e, pertanto, la concessione in sé non è causa, ma occasione (condizione di procedibilità) dell'esercizio della pubblica potestà.

Ne deriva che l'indagine sul fondamento giustificativo dell'esercizio privato di pubblica funzione, volendo insistere nella tesi della *reductio ad unitatem*, deve muoversi in altra direzione, alla ricerca di un diverso titolo di legittimazione.

Sempre seguendo l'impostazione classica sull'esercizio privato, non rimane che rivolgere lo sguardo all'altro filone, quello delle funzioni pubbliche esercitate da liberi professionisti o, in alcune peculiari ipotesi, dal *quisque de populo*<sup>68</sup>.

---

*servizi pubblici*, senza riservare il medesimo spazio alla concessione di funzione o potestà pubblica.

<sup>66</sup> E. SILVESTRI, *Concessione cit.*, 370-371 motiva la propria scelta di campo, rilevando che "l'interesse pubblico si attua mediante l'utilizzazione di beni pubblici o la gestione di imprese e servizi pubblici da parte di soggetti privati ai quali vengono conferiti nuovi diritti o facoltà aventi per oggetto i beni e le attività stesse...riservati esclusivamente alla pubblica amministrazione".

<sup>67</sup> E. SILVESTRI, *Concessione cit.*, 381-382, individua, in capo ai concessionari, sviluppando il pensiero di G. ZANOBINI, una serie di poteri (disciplinare, di polizia, certificatorio, di sequestro, regolamentare) connessi all'espletamento del servizio pubblico.

<sup>68</sup> G. ZANOBINI, *Corso cit.*, Vol. III, 407 e ss, dedica un capitolo alle altre forme dell'esercizio privato differenti dall'ipotesi del concessionario di servizi pubblici, riferendosi ad alcuni liberi professionisti investiti di pubbliche funzioni, per alcuni dei quali l'espletamento di attività inerenti alla pubblica funzione costituisce l'oggetto della professione stessa (notaio e funzione di produzione di certezza pubblica); mentre per altri, parallelamente a quanto accade per i concessionari di servizi pubblici, che espletano, nell'esercizio della loro professione, un servizio pubblico, l'esercizio di attività riconducibili ad una pubblica funzione è occasionale o, meglio, accessorio (medico e funzione certificatoria). L'A., successivamente, individua un'ulteriore ipotesi nell'autorizzazione legislativa al cittadino comune di esercitare,



Senza voler sollevare dubbi sulla omogeneità di tale casistica residuale, si rilevano due elementi utili ai nostri fini.

Il primo dato significativo è che la sostanza dell'attività di cura dell'interesse pubblico tramite l'esercizio di un potere da parte del privato è individuata proprio nella funzione certificatoria fidefaciente.

Il secondo profilo è costituito dal fatto che il titolo per l'attribuzione di pubbliche potestà è riconducibile direttamente o (sarebbe meglio dire) indirettamente alla legge.

L' "autorizzazione legislativa" all'esercizio di una pubblica funzione è, infatti, nel caso del libero professionista, condizionata al superamento di una prova concorsuale, a garanzia dell'affidabilità del sistema nei confronti dei terzi destinatari dell'attività di rilievo pubblicistico.

A tali fattispecie si attaglia perfettamente la notissima nozione di *munus publicum* del Giannini, nell'accezione di ufficio in senso soggettivo e, cioè, di soggetto che, in virtù di una norma dell'ordinamento, riceve il compito di curare un interesse altrui, e le cui potestà tipiche, pertanto, sono pubbliche, in quanto volte a curare interessi della collettività<sup>69</sup>.

Significativamente, l'esercente privato di pubblica funzione viene inquadrato tra le strutture organizzative<sup>70</sup>, quale soggetto ausiliario<sup>71</sup> dei poteri statali.

Il concetto di ausiliarità dà l'idea di un'attività svolta non solo nell'interesse di un altro soggetto (nel nostro caso, lo Stato) ma che è anche espressione di una logica politico-amministrativa di decentramento del potere, che, tuttavia, non ne comporta una *deminutio* in termini di efficacia; anzi, al contrario, snellisce e potenzia l'azione amministrativa.

#### **§.7.- segue: risvolti "organizzatori" degli studi sull'esercizio privato di pubbliche funzioni.**

---

al ricorrere di determinati presupposti, una funzione pubblica (azione popolare; l'esercizio di attività pubblica in circostanze di necessità ed urgenza, come la facoltà di arresto in flagranza in capo al cittadino contemplata nel c.p.p.; collaborazione a determinate attività degli organi diretti della pubblica amministrazione).

<sup>69</sup> M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1988, Vol. I, 127 e ss..

<sup>70</sup> Con questa formula, l'A. intitola la sez. II, vol. I del suo *Diritto amministrativo cit.*.

<sup>71</sup> L'aggettivo "ausiliario" è frequente in dottrina per indicare le ipotesi sopra indicate. Cfr. R. ALESSI, *Principi di diritto amministrativo*, Milano, 1978, Vol. I, 202 e ss.

La ricostruzione fin qui condotta consente anche un'ulteriore riflessione in ordine ai risvolti, per così dire, organizzatori della figura dell'esercente privato di pubbliche funzioni.

Si è già evidenziato che una delle caratteristiche peculiari della figura è tradizionalmente l'*estraneità* dell'esercente privato di pubblica funzione all'apparato organizzativo della pubblica amministrazione statale.

La suddetta caratteristica costituisce il punto di rottura di una formula intrinsecamente dissidente per via della coatta ed innaturale convivenza di due aggettivi etimologicamente antitetici -privato e pubblico-, che neanche l'invenzione della nozione di *organo indiretto* è riuscita a giustificare dogmaticamente<sup>72</sup>, riducendosi essa ad una mera sintesi descrittiva del

---

<sup>72</sup> Secondo G. ZANOBINI, *Corso cit.*, Vol. III, 385, "Sotto il titolo dell'esercizio privato di pubbliche funzioni s'intende qualunque forma di attività, dalla quale derivi l'attuazione dei fini pubblici, esercitata dai privati, ossia da persone fisiche che non abbiano la qualità di organi di enti pubblici, o da società commerciali, o altre persone giuridiche private... L'esercizio privato non rappresenta neppure una terza specie di amministrazione, dopo quelle dello Stato e degli enti autarchici: si tratta, invece, di un mezzo particolare, e diverso da quelli finora esaminati, di cui si valgono tanto lo Stato quanto gli enti anzidetti...Lo Stato, come gli enti minori possono conseguire i loro fini ...anche con l'attività di altri soggetti, che si possono considerare organi indiretti o impropri degli enti stessi". Lo stesso A. (in *L'esercizio privato delle pubbliche funzioni e l'organizzazione degli enti pubblici*, in *Annali delle Università Toscane*, nuova serie, vol.V, 1920, 3 e ss, ora in *Vari scritti di diritto pubblico*, 1955, Milano, 87 e ss.) si era già occupato del problema di distinguere la figura dell'esercente privato da altri istituti riguardanti l'assetto organizzativo, riprendendo, per un verso, il problema di distinguere le persone giuridiche pubbliche da quelle private e trasferendone le conclusioni anche all'ente autarchico; e, per altro verso, distinguendo la particolare figura dell'esercente nell'interesse esclusivo dello Stato (es., ipotesi di esercizio obbligatorio, quale la testimonianza giudiziale o la perizia obbligatoria) dalla nozione di organo. In effetti, una certa contiguità è in astratto configurabile, soprattutto sotto il profilo dell'interesse sotteso all'attività di entrambi. In proposito, prima di operare la distinzione richiamando la nozione di organo indiretto, in termini analoghi rispetto a quanto in inizio di nota, l'A. fa una considerazione interessante circa la attribuzione delle mansioni (*op. cit.*, 97-98). Se, cioè, le mansioni pubbliche vengono attribuite in maniera astratta e globale, attraverso l'esercizio di "tutti gli atti di una certa categoria, che si possono presentare durante il tempo, più o meno lungo, nel quale egli resta al servizio dello Stato" si tratta di organo; viceversa se il privato "è chiamato a compiere uno o più atti determinati, esauriti i quali è esaurito il suo contributo alla funzione pubblica" si tratta, in tale prospettiva di esercente privato.

In tale ottica, la giuria presso la Corte d'Assise viene considerata alla stregua di un organo statale preposto ad un preciso ufficio; mentre il testimone od il perito, non sussistendo un apposito ufficio statale, sono esercenti privati obbligati.

Nella episodicità della attribuzione e nella tendenziale sussistenza di interesse diverso da quello statale si giustificano, infine, i poteri statali di controllo, direzione e disciplina, addirittura più profondi e preganti di quelli previsti per gli enti autarchici (*op. cit.*, 103): "gli scopi privati del soggetto costituiscono...soltanto un limite all'obbligazione che il soggetto ha di curare il soddisfacimento degli interessi pubblici che possono essere soddisfatti con la sua attività: oltre questo limite, lo Stato può regolare la condotta del privato, in base agli stessi poteri che ha sui propri organi: i poteri propri, cioè, del soggetto dell'interesse".

Di qui, la sensazione della pertinenza dell'istituto alla sfera organizzatoria, che diventa ancora più nitida nelle ipotesi di esercizio privato cd. obbligatorio.

Ma le conclusioni dell'A. sono di tipo statalista, nel senso che considerandosi immodificabile il rapporto di corrispondenza necessaria tra ufficio ed organizzazione statale, l'esercente privato viene posto al di fuori di essa.

fenomeno priva di valenza sostanziale, come risulta anche da una complessiva ricognizione dei più recenti indirizzi giurisprudenziali<sup>73</sup>.

In effetti, già dalla prima ricostruzione monografica dell'istituto, nei termini in cui si è ritenuto di doverla riportare, trapela un certo imbarazzo teorico di trovarsi di fronte ad una creatura di mitologico afflato, a cavallo tra pubblico e privato, un soggetto ibrido cui viene conferito iconoclasticamente stato civile nel consesso giuridico, non senza gettare una luce dissacrante sul rigore delle tradizionali categorie soggettive (pubblica e privata), cui l'interprete era fino ad allora avvezzo<sup>74</sup>.

---

Sicchè, invece di considerarsi i poteri di controllo direzione e vigilanza come indicativi della intraneità dell'esercente privato rispetto all'apparato organizzativo della P.A., l'A. si sforza di propugnare un'interpretazione estensiva di tali poteri al di fuori dell'organizzazione statale per uffici, appunto anche in capo agli organi indiretti o impropri (*op. cit.*, 105).

<sup>73</sup> Non è certamente questa la sede (né se ne ravvisa l'utilità) per ripercorrere l'evoluzione giurisprudenziale in materia di organo indiretto, in quanto la stessa ha semplicemente confermato la non identificabilità nella figura del concessionario dell'esercente privato di pubbliche funzioni, senza peraltro chiarirne i passaggi storici (Cons. St., Sez. VI, 28 ottobre 1998, n. 1478 in *Corr. Giur.* 1999, 94 e ss., con nota di R. DE NICTOLIS) ed ha spesso utilizzato la formula ai fini dell'individuazione della giurisdizione (Corte Conti, Emilia-Romagna, Sez. giur., 26 novembre 2004, n. 2176, in *Riv. Corte Conti*, 2004, 114). La tematica è stata oggetto di numerosi studi. Per approfondimenti, si rinvia a F. DE LEONARDIS, *Soggettività privata cit.*, 227 e ss.

<sup>74</sup> La difficoltà di inquadrare dogmaticamente la figura dell'esercente privato trova una conferma implicita nella elaborazione della dottrina tedesca della cd. amministrazione pubblica di diritto privato ("*Die Verwaltung des Privatrechts*", formula dovuta ad A. HAENEL, *Deutsches Staatsrecht*, vol. I, Leipzig, 1892, 169-192; in Italia, G. ZANOBINI, *L'amministrazione pubblica del diritto privato*, in *Riv. dir. pubbl.*, vol. X, 1918, 169, ora in *Vari Scritti di diritto pubblico*, 1955, Milano, 39 e ss). Essa si riferisce ad un fenomeno che apparentemente è l'esatto opposto dell'esercizio privato di pubbliche funzioni e servizi, in quanto comprende ipotesi in cui la pubblica amministrazione (eccezionalmente anche quella giudiziaria, nelle forme della giurisdizione volontaria), attraverso atti amministrativi, interviene e coopera alla costituzione di rapporti giuridici privati (*op. ult. cit.*, 45). Ma non appena si passa alla pratica esemplificazione di amministrazione pubblica di diritto privato, la suddetta apparente antiteticità tende a sfumare, soprattutto con riferimento alla funzione certificativa notarile, che tradizionalmente è inquadrata come ipotesi di esercizio privato: "*Le funzioni notarili sono...per eccellenza funzioni di amministrazione pubblica del diritto privato. E funzioni di questa specie sono pure quelle...che esercitano le cancellerie giudiziarie e gli stessi giudici, di semplice certificazione e attestazione di rapporti ed atti privati*" (*op. ult. cit.*, 47). I problemi di discernimento aumentano nel momento in cui si accenna alla possibile permanenza in capo all'autorità giudiziaria di un potere di vigilanza, fondato in legge, allorché "*essendo all'autorità amministrativa attribuita una funzione di accertamento, non soltanto dei fatti o degli atti giuridici dei privati, ma anche della loro legalità e regolarità, si è dubitato che di essa potessero sempre rettamente giudicare le autorità amministrative e perciò si sono posti accanto a queste degli organi che, per la loro speciale conoscenza del diritto privato, sono all'occorrenza i più competenti a decider della regolarità degli atti dei privati.*" (*op. ult. cit.*, 48). La complessità del richiamato rapporto di vigilanza inevitabilmente fa pensare all'attività svolta dall'esercente privato che spesso soggiace alle più disparate forme di controllo dal parte del soggetto formalmente pubblico e si ritrova, ancora più da vicino, proprio con riferimento alla nuova conformazione della potestà certificatoria, affidata ad appositi organismi di certificazione, a loro volta sottoposti ad un'Autorità di vigilanza. In questa sede, non è il caso di approfondire ulteriormente il confronto, sul quale ci si soffermerà in seguito, ma lo spunto è sin d'ora interessante per dare il senso della difficoltà di inquadramento dell'istituto nell'ambito dei tradizionali parametri di organizzazione.

L'esercente privato di pubbliche funzioni, infatti, rappresenta un originale anello di congiunzione di due punti che tradizionalmente si ponevano come estremi antitetici di una retta, simbolicamente raffigurante il rapporto di diritto pubblico: da un lato (attivo), il soggetto pubblico istituzionalizzato (Stato/ente pubblico) titolare ed esercente il potere amministrativo e, dall'altro lato (passivo), il privato destinatario dell'azione amministrativa.

Il conferimento normativo di funzioni pubbliche ad un privato sconvolge e confonde i termini del suddetto rapporto.

Si tratta, a ben guardare, di una delle più antiche ipotesi esemplificative di compenetrazione tra pubblico e privato<sup>75</sup> nell'ambito del diritto amministrativo.

Accedendo all'opzione teorica per la quale la distinzione tra pubblico e privato nel diritto si gioca sul piano del sistema normativo e delle norme che ne fanno parte<sup>76</sup>, il meccanismo dell'esercizio privato di pubbliche funzioni inevitabilmente indirizza l'indagine sulla distinzione tra diritto obiettivo e diritto soggettivo.

Il primo si fa corrispondere al *sistema normativo*, cioè il complesso di reciproche relazioni tra le norme tale da costituire una vera e propria unità organica<sup>77</sup>, e, dunque, un insieme di regole atte a garantire l'ordine, la stabilità e la forza dell'ordinamento giuridico.

---

La tematica, come subito si vedrà, ha suscitato l'attenzione della più autorevole dottrina, attratta dalla presenza di zone grigie dell'ordinamento giuridico nelle quali vengono a confluire interessi pubblici e privati, e che ha individuato nella trascrizione un'ulteriore ipotesi di attività di diritto privato della pubblica amministrazione (S. PUGLIATTI, *La trascrizione*, I, I, Milano, 1957, 238 e ss.).

<sup>75</sup> Nello studio che si sta svolgendo non si può prescindere dall'autorevole contributo di S. PUGLIATTI, voce *Diritto pubblico e privato*, in *Enc. giur.*, vol. XII, 1964, 696 e ss. che individua "*l'esigenza razionale del diritto come ordinamento*" appunto "*nella dinamica dei due termini: pubblico e privato. Infatti, negata la distinzione si dissolve il diritto: tutto pubblico, espressione di forza non controllata né limitata di chi detiene il potere; tutto privato, organismo senza la forza di un potere- quello, privo di garanzia, questo, privo di vitalità*" (*op. cit.*, 697). Cfr. anche Salv. ROMANO, *Distinzione tra pubblico e privato e i suoi riflessi nella configurazione dell'ufficio notarile*, Milano, 1963. Tra gli studi più recenti, G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003.

<sup>76</sup> S. PUGLIATTI, *voce cit.*, 723. La suddetta conclusione deriva dalla constatazione che il legislatore sovente individua espressamente norme di diritto pubblico (es. art. 11 c.c.; art. 4 l.n. 2248/1865 all. E) che conseguentemente disciplinano rapporti di natura pubblica. Ne deriva che la natura pubblica o privata di un determinato rapporto ha radice nel sistema di norme costituenti l'ordinamento giuridico.

<sup>77</sup> S. PUGLIATTI, *voce cit.*, 723. L'A., subito appresso, nel chiarire cosa intendesse per unità organica fa riferimento ad "*una organizzazione che poteva essere considerata dinamicamente nel suo farsi o staticamente nel suo essere, sotto il profilo strutturale e funzionale*".

Il sistema normativo così descritto sostanzia il potere sovrano; pertanto, l'organizzazione esprime e connota l'elemento *autorità*<sup>78</sup> in maniera direttamente proporzionale; e, dunque, l'apparato organizzativo perfetto è lo Stato<sup>79</sup>.

In tal senso, ogni ordinamento giuridico presuppone un'organizzazione (dato fattuale) ed una normazione relativa all'organizzazione (dato giuridico<sup>80</sup>), le quali si pongono tra di esse in rapporto di reciprocità.<sup>81</sup>

Il diritto soggettivo riguarda, invece, la disciplina dei rapporti tra i soggetti che operano nell'ordinamento giuridico e che sono portatori dei valori che l'ordinamento stesso mira a preservare.

Il diritto soggettivo ha fonte, dunque, in norme cd. di comportamento ed è, sul piano logico, consequenziale rispetto al diritto obiettivo, in quanto si fonda e presuppone un sistema normativo stabile e garantista dell'ordine, talvolta risultando indissolubilmente avvinto al secondo<sup>82</sup>.

Chiariti i termini della questione, la dialettica tra diritto pubblico e diritto privato non si risolve nell'incomunicabilità delle due categorie, bensì nella dinamica del rapporto tra norme di organizzazione e norme di comportamento: *“Dalla priorità logica delle norme di organizzazione deriva la conseguenza che le regole di comportamento giuridicamente vincolanti dipendono da quelle che esprimono l'organizzazione di una data comunità sociale. E poiché le norme di organizzazione disciplinano l'attribuzione delle competenze, un dato ordinamento ammetterà o meno l'esistenza del diritto privato, a seconda che lo Stato attribuisca ai privati una sfera di competenza*

---

<sup>78</sup> M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo cit.*, 101.

<sup>79</sup> S. PUGLIATTI, *voce cit.*, 725. L'A. si rifà esplicitamente alla dottrina mitteleuropea della prima metà del secolo scorso, in particolare al pensiero del BURCKHARDT, *Methode und System des Rechts*, Zurich, 1936.

<sup>80</sup> M.S. GIANNINI (*Diritto amministrativo cit.*, 107) parla di *norme di conformazione* la cui funzione è, appunto, quella di stabilire un'organizzazione, privilegiando o meno intenti politici, sociali, economici, di scienza dell'amministrazione nella cura degli interessi della comunità amministrata e, strumentalmente, quella di qualificare soggetti (appunto in termini di pubblicità o meno), cose (ad es. qualità di bene demaniale), rapporti.

<sup>81</sup> Così M.S. GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, I, Milano, 1950, 13.

<sup>82</sup> In tal senso, N. SAITTA, *Premesse per uno studio sulle norme di organizzazione*, Milano, 1965, 56: *“Regolando l'esercizio della funzione pubblica, la norma di organizzazione consente altresì il controllo del modo in cui la funzione stessa è esplicata. Sicché la norma in parola, pur destinata tendenzialmente a fungere da norma puramente regolatrice di fatti organizzativi, può anche in talune evenienze, divenire norma di qualificazione di fatti giuridici di rilevanza intersubiettiva”*.

(o capacità di agire), e cioè riconosca una sfera di autonomia; o viceversa riservi esclusivamente per sé la competenza a porre norme di comportamento giuridicamente rilevanti”<sup>83</sup>.

Se questo è vero, il rilevato carattere dell’estraneità rispetto all’apparato organizzativo in capo all’esercente privato di pubbliche funzioni non ha che una valenza meramente convenzionale e descrittiva, posto che l’attività di tale soggetto è sicuramente attuativa di norme di organizzazione ed è, pertanto, emanazione di potere sovrano attinente alla sfera del diritto pubblico.

Come visto, tale aspetto è particolarmente accentuato nell’ipotesi in cui la concreta attività dispiegata dall’esercente consista nella produzione di certezze pubbliche, in special modo legali, le quali hanno la precipua funzione di garantire, attraverso il tipico effetto preclusivo, quell’ordine che sostanzia il concetto di autorità ed al cui raggiungimento l’intero sistema normativo (nei termini sopra chiariti) è preposto.

In questa ottica, non sembra azzardato ritenere che l’esercente privato possa collocarsi tra i soggetti attivi dell’azione amministrativa, in quanto la norma organizzativa lo ha eletto e qualificato<sup>84</sup>, al pari di altri, a strumento di esplicazione del potere sovrano.

Probabilmente la circostanza per cui tale postulato non è chiaramente rinvenibile nel pensiero tradizionale che, invece, esalta la natura privatistica del soggetto (e, pertanto, la sua estraneità, dal punto di vista soggettivo, alla sfera del pubblico), deriva dal fatto che l’attenzione degli studiosi dell’organizzazione amministrativa si è primariamente proiettata sul bersaglio grosso dell’amministrazione centrale dello Stato<sup>85</sup>, di ispirazione cavouriana e

---

<sup>83</sup> S. PUGLIATTI, *voce cit.*, 725. In questa prospettiva, la distinzione tra pubblico e privato serve “a dare rilievo a taluni caratteri e a sottolineare taluni rapporti, al fine e col risultato di meglio descrivere i diversi aspetti e le diverse articolazioni di un ordinamento per sua natura complesso” (*voce cit.*, 726).

<sup>84</sup> Sulla funzione qualificativa delle norme di organizzazione, N. SAITTA, *Premesse cit.*, 59 ss..

<sup>85</sup> La storia dell’amministrazione italiana dal periodo post-unitario in poi è caratterizzata dall’incardinamento della macchina amministrativa attorno alla struttura-tipo dei ministeri ed agli enti pubblici. Come ha evidenziato G. MELIS, *Storia dell’amministrazione italiana (1861-1993)*, Bologna, 1996, 452-454, a proposito dell’amministrazione nell’Italia repubblicana: “Mentre l’amministrazione per ministeri ricostituiva pressoché inalterati i suoi assetti d’anteguerra, gli enti pubblici e le società per azioni a partecipazione statale entravano in una nuova fase della loro esperienza...Negli anni trenta e quaranta era nata una fitta trama di soggetti pubblici, che aveva occupato ampie aree della vita sociale; intere politiche pubbliche...si trovavano ormai saldamente sotto l’egida di queste istituzioni, della

weberiana, gerarchicamente ripartita in ministeri, e degli enti pubblici che, insieme ad essa, venne ad identificare il tradizionale modello di organizzazione amministrativa, rimasto praticamente immutato fino alla seconda metà degli anni novanta<sup>86</sup>.

Alla emarginazione della tematica in parola rispetto ai profili organizzatori, insita nell'estraneità e nella separazione pubblico-privato, sembra, inoltre, aver contribuito anche la segnalata naturale contiguità dell'esercizio privato alla materia dei pubblici servizi, che ha confuso i contorni e connotati dell'esercente pubblica funzione, favorendo un approccio all'istituto di carattere meramente negativo.

In altre parole, ci si è preoccupati semplicemente di considerarlo estraneo e, dunque, come un'entità che *non* appartiene ad un determinato contesto o categoria soggettiva, cosiccome organo indiretto *non* è organo in senso stretto della Amministrazione statale.

Ma spostando l'attenzione, come si è fatto appena sopra, al lato attivo del rapporto di diritto pubblico, viene da chiedersi che cosa è allora l'esercente privato di pubbliche funzioni.

Sottraendosi alla facile tentazione di liquidare il quesito affermando che trattasi di formula meramente descrittiva<sup>87</sup>, preme subito fugare il dubbio

---

*cui natura giuridica, per altro, la stessa sottocommissione dell'Assemblea costituente ammetteva la problematica definizione...Una nuova fase del processo di entificazione si sviluppo proprio in questi anni (anni '50, ndr)"; gli anni '50 e '60 segnano una ulteriore tappa di evoluzione dell'accentrata amministrazione per ministeri: "Chi avesse voluto rappresentare graficamente i ministeri negli anni cinquanta e sessanta avrebbe dovuto ormai rinunciare al vecchio sistema ottocentesco della piramide e prendere atto della varietà di forme che il termine <ministero> nascondeva in modo sempre meno convincente. Esistevano ministeri con grandi organizzazioni <di apparato> ed altri articolati <per materie>;...esistevano infine ministeri dotati di vastissimi apparati periferici...ed altri riassumibili nella sola amministrazione centrale" (op. cit., 471-472). Successivamente, a partire dagli anni settanta, a seguito della regionalizzazione, e fino ai giorni nostri, si sono registrate sempre maggiori aperture al decentramento burocratico e funzionale.*

<sup>86</sup> Così E. GUALMINI, *L'amministrazione nelle democrazie contemporanee*, Roma-Bari, 2003, 51-52 che individua nella creazione dei dipartimenti (l.n. 400/88), intesi quali "articolazioni organizzative orizzontali, poste cioè trasversalmente rispetto alla linea verticale del dicastero", l'unico punto di rottura del "dominio della struttura burocratica" piramidale, con l'introduzione di alcuni elementi delle strutture divisionali, tipiche del settore privato. L'A. richiama subito appresso la vera riforma organica dell'apparato ministeriale, avvenuta con D.lvo n.300/99, che ha ridimensionato la struttura dicasteriale, creato due modelli di struttura ministeriale (per direzioni generali -verticale- e per dipartimenti -orizzontale-) ed introdotto le agenzie con compiti di esecuzione delle attività ministeriali. La suddetta riforma è coerentemente calata in un più ampio contesto sistematico che tiene conto di fenomeni di pari importanza quali il trasferimento delle competenze dal centro alla periferia e la dismissione di numerose aziende e società pubbliche (op. cit., 54).

<sup>87</sup> In tal senso, cfr. F. SATTÀ, *Esercizio privato di funzioni e servizi pubblici*, in *Enc. Giur. Treccani*, XIII, 1989, 1, secondo il quale "è impossibile, oltre che inutile, cercare di

che viene insinuato dalla (pretesa) estraneità di tale figura all'organizzazione statale e, cioè, quello di trovarsi al cospetto di un'entità soggettiva qualitativamente deteriore<sup>88</sup> rispetto all'Amministrazione dello Stato<sup>89</sup> o agli enti pubblici o, peggio, ad un'ipotesi di derogatorietà rispetto ad un ordinario modello di amministrazione; il che non è.

---

*individuare tratti comuni alle diverse ipotesi di servizio o funzione pubblici, svolti dai privati in modo da delineare una fattispecie tipica, una sorta di massimo comune denominatore dei diversi casi, sì da farne un vero e proprio istituto giuridico*". Si concorda con l'eminente A. circa l'inutilità di riunire in unico calderone tutte le ipotesi dell'esercizio privato (di funzione pubblica e di servizio pubblico); non sulla inutilità di evidenziare profili sostanziali unitari in capo alla figura dell'esercizio privato di pubblica funzione tali da far meritare alla stessa la dignità di istituto giuridico.

<sup>88</sup> La contestabilità della caratteristica di estraneità trova conferma anche con riferimento a riflessioni consequenziali sulla natura degli atti posti in essere nell'esercizio della funzione pubblica stessa, posto che è ancora insuperabile il rilievo secondo cui *"l'atto è nullo come atto amministrativo se emana da una persona estranea alla pubblica amministrazione"*, cfr. A. AMORTH- O. RANELLETTI, *Atti amministrativi*, in *Nuovo dig. it.*, vol. I, Torino, 1937, 1097. Ovviamente nessun Autore ha mai ipotizzato, pur postulando l'estraneità dell'esercente privato all'organizzazione amministrativa, la nullità degli atti posti in essere dallo stesso.

Volendo portare alle estreme conseguenze la tesi dell'estraneità dell'esercente privato, se ne dovrebbe, invece, dedurre la non qualificabilità degli atti in termini di atti amministrativi.

<sup>89</sup> E' appena intuitivo che restringendo il campo all'Amministrazione dello Stato, formata da uffici, coincidenti con gli organi (secondo gli insegnamenti di O. RANELLETTI, *Gli organi dello Stato (concetto, natura, rapporti)*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1909, I, 70), non si può che escludere dall'organizzazione pubblica l'esercente privato. Ma una simile constatazione non va al di là di un rilievo meramente descrittivo che, oltre a non apparire di per sé insuperabile, non impedisce di accostare ad essa una nozione più ampia. Anche perché, sempre nell'impostazione dell'A., l'intraneità non sembra valore positivo rispetto all'estraneità, né elemento esclusivo ed immodificabile, posto che si ammettono *"gli sdoppiamenti della persona dello Stato"* (*op. cit.*, 125), laddove siano configurabili dei conflitti tra uffici statali. Se tali sdoppiamenti appaiono dogmaticamente leciti (accostandoli alla figura dell'accettazione dell'eredità con beneficio di inventario) e giustificati da una nozione elastica di uffici, appare altrettanto ragionevole dare una certa considerazione ad una nozione di pubblica organizzazione anche oltre i confini di quella statale. Del resto, a voler seguire la suddetta impostazione anche gli enti pubblici potrebbero essere qualificati estranei all'organizzazione ministeriale. Qualche appiglio per una nozione "allargata" di organizzazione può forse ricavarsi da O. RANELLETTI, *Il concetto di "pubblico" cit.*, 350, che, nel riferirsi all'organizzazione pubblica utilizza, a distanza ravvicinata due termini da tenersi distinti e separati: 1) quello di "amministrazione governativa", intendendo per essa l'apparato organizzativo costituito dagli uffici statali; 2) quello di "organismo amministrativo" dello Stato, di cui sono parti o membri anche le persone giuridiche pubbliche e che ha per fine l'armonizzazione delle energie per il perseguimento dell'indirizzo unitario. Sviluppando tale impostazione, non ci sarebbero, a parere di chi scrive, particolari difficoltà nel ricomprendere nella nozione di cui al punto 2) anche l'esercente privato sia per la funzione che per le finalità dallo stesso perseguite. Gli effetti negativi dell'avversione dottrinale all'approfondimento della nozione di organizzazione si constatano all'atto pratico, nel momento in cui alcune figure soggettive facilmente riconducibili, per struttura e rapporto con il potere statale, all'esercente privato vengono inquadrate come ente pubblico, proprio per il rilievo organizzativo e strumentale che le connota (si pensi alle associazioni sindacali non riconosciute, qualificate alla stregua di ente pubblico da O. RANELLETTI, *Le associazioni professionali nel diritto pubblico italiano*, in *Riv. dir. pubbl.*, XXII, 1930, I, 14 e ss, in particolare, p. 17, laddove si giustifica la suddetta qualificazione per la partecipazione delle stesse all'*"ordinamento amministrativo dello Stato"*, formula che richiama significativamente quella di cui al n. 2) sopra indicato.



La suddetta impressione si trae da un equivoco di fondo che intorbida i passaggi logici della trattazione classica dell'esercizio privato di pubblica funzione, sintetizzabile nel postulato, comune a tutta la dottrina sul tema, per cui l'esercente -pur estraneo all'amministrazione dello Stato- persegue i fini di questo e, pertanto, *deriva* da questo.

Il suddetto rapporto di derivazione, in realtà, non sembra sussistere laddove si ponga l'esercente privato di pubblica funzione al cospetto dello Stato, inteso come apparato amministrativo (Ministeri ed enti pubblici).

Non sembra, in proposito, che sia stato abbastanza sottolineato, con riferimento precipuo all'esercente pubbliche funzioni, che esso è sì estraneo agli uffici dell'Amministrazione statale, ma, al pari di essa ed in virtù di norme di organizzazione di pari rango rispetto a quelle abilitanti l'Amministrazione statale, persegue i fini non dello Stato-apparato amministrativo, ma dello Stato-ordinamento giuridico, quale sistema normativo oggettivamente inteso nei termini poco sopra rassegnati<sup>90</sup>.

E se la valenza sostanzialmente organizzatoria di un determinato istituto si può cogliere solo risalendo alla *ragion d'essere dell'organizzazione*, *a(i)l carattere qualificatore dei fatti d'organizzazione* e, cioè, *alla cura d'interessi altrui*,<sup>91</sup> diventa difficile negarla in capo al soggetto di cui si sta discutendo che ha tutte le carte in regola per essere qualificato alla stregua di una forma organizzativa legale<sup>92</sup>, più che estranea, semplicemente diversa da quella per ministeri o per enti pubblici (da sempre, invece, oggetto di speculazioni dottrinali)<sup>93</sup>.

In particolare, è rinvenibile in capo all'esercente privato di pubblica funzione la *strumentalità*<sup>94</sup>, intesa come allestimento di mezzi per la cura degli interessi generali.

---

<sup>90</sup> Significativamente, S. PUGLIATTI, *voce cit.*, 729, rilevava che "ogni organizzazione, compresa l'organizzazione in senso stretto, si risolve in un insieme di precetti, cioè di norme". Che poi tale organizzazione la si chiami Stato è indifferente, purchè si abbia netta la distinzione tra Stato-ordinamento e Stato-apparato amministrativo.

<sup>91</sup> Così, M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice cit.*, 114 che, a sua volta, richiama M.S. GIANNINI, *Lezioni cit.*, 90 e ss..

<sup>92</sup> Tale conclusione è in linea con la acclarata funzione delle leggi organizzative di "creare, modificare, sopprimere istituzioni, in esse includendo anche uffici, organi, enti ed altre figure soggettive" (N. SAITTA, *Premesse cit.*, 75).

<sup>93</sup> Oltre a M.S. GIANNINI, *Lezioni cit.*, cfr. nella medesima direzione, M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della Pubblica Amministrazione*, Milano, 1966, 110 che si occupa della nozione di organizzazione e del regolamento di confini tra potere legislativo ed esecutivo, con riferimento esclusivo all'ordinamento statale.

<sup>94</sup> M. NIGRO, *Studi sulla funzione cit.*, 117.

Pertanto, in questa prospettiva, risulta logico e consequenziale ritenere che l'unico titolo fondante l'esercizio di una pubblica funzione debba rinvenirsi direttamente nella legge.

Posto che apparato amministrativo ed apparato ministeriale non coincidono, è la legge (la norma di organizzazione) ad attribuire le pubbliche funzioni al soggetto ritenuto *ab imis* più idoneo<sup>95</sup> alla cura dell'interesse pubblico ed alla garanzia della sua attuazione.

Ed ecco perché si è convinti che -aspetto questo mai chiaramente evidenziato dalla dottrina sul tema, probabilmente a causa della segnalata promiscuità di trattazione della figura in parola con quella dell' esercente servizi pubblici<sup>96</sup>- al meccanismo di esercizio di pubbliche funzioni dovrebbe essere estraneo lo strumento della concessione.<sup>97</sup>

Nel caso di specie, infatti, a differenza di quanto avviene per il concessionario di pubblici servizi, non è rinvenibile un meccanismo di abdicazione di potestà dello Stato e, dunque, di derivazione, per la semplice ragione che le suddette potestà non sono riservate allo stesso (inteso come Amministrazione), ma all'ordinamento giuridico (inteso come sistema normativo).

Non è lo Stato ad abdicare a favore del privato, ad esempio, la potestà certificatoria; ma è la legge che sceglie, invece dello Stato, di servirsi, in ipotesi, del libero professionista.

---

<sup>95</sup> Scriveva M. NIGRO, "L'organizzazione non è un corpo estraneo e sovrapposto rispetto al territorio delle relazioni e delle ragioni di vita del gruppo, ma è uno sviluppo logico di esse e si pone nei loro confronti quale elemento integratore e potenziatore: non cioè un ricamo che si aggiunge all'esterno al tessuto sociale, ma il rinforzamento di alcune delle trame di questo stesso tessuto. Ciò spiega in che senso vada intesa la strumentalità dell'organizzazione. Come complesso di mezzi per la cura di interessi generali, l'organizzazione è <modellata> sugli interessi che deve curare, e quindi necessariamente dipende, nella sua concreta configurazione, dal tipo di interessi che sono considerati (che valgono) come generali. Il sistema degli interessi...esprime la sua massima ed immediata validità (vigenza) nel pretendere una <propria> organizzazione, un'organizzazione che sia idonea a concretarli e ad attuarli..."(op. ult. cit., 117-118).

<sup>96</sup> Cfr., tra tutti, a titolo esemplificativo di un pensiero classico, G. MIELE, *Distinzione tra ente pubblico e privato*, da *Studi in memoria di R. Ferrara*, Milano, 1943, ora in *Scritti giuridici*, Milano, 1987, 392 parla indistintamente di privati che in base ad una norma di legge o in virtù di concessione esercitano funzioni o servizi pubblici. Nella medesima direzione, M.S. GIANNINI, *Lezioni cit.*, 183(v. nota seguente).

<sup>97</sup> Si condividono pienamente gli insegnamenti di E. SILVESTRI, *Concessione cit.*, 374, secondo cui le uniche categorie di concessioni sono quelle di beni e di servizi. *Contra*, tra tutti, (secondo i preziosi riferimenti bibliografici di F. DE LEONARDIS, *Soggettività cit.*, 83-84) M.S. GIANNINI, *Lezioni cit.*, 183; ID., *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 1965, 281 che configura, accanto alla concessione di servizi pubblici, la concessione di funzioni pubbliche, salvo però ritenere applicabile la nozione di *munus* esclusivamente alla seconda fattispecie; recentemente anche A. MALTONI, *Il conferimento cit.*, 422.

E' proprio sotto tale profilo che si coglie la precipua differenza tra l'esercente privato di pubbliche funzioni ed il concessionario di pubblici servizi, in cui è evidente il profilo della scissione tra titolarità ed esercizio delle attività imprenditoriali di pubblico interesse.

Nell'ipotesi della concessione di pubblici servizi, cioè, le due sfere del pubblico e del privato non si trasfondono affatto reciprocamente né, conseguentemente, sfumano i contorni della categoria del soggetto agente<sup>98</sup>, in quanto il privato imprenditore è semplicemente uno strumento operativo dell'amministrazione statale o dell'ente locale.

La concessione di servizi si sostanzia semplicemente in una occasione di collaborazione tra poteri pubblici e soggetti privati<sup>99</sup>, che è cosa ben diversa dall'attribuzione normativa di potestà pubbliche.

La dinamica della concessione di servizio pubblico è stata esemplarmente tracciata: *“La pubblica amministrazione, mediante l'atto unilaterale...accerta che risponde all'interesse pubblico operare la concessione e decide di provvedere in conseguenza. Nella fattispecie esso rappresenta il momento programmatico, concernente cioè, l'individuazione dell'azione da svolgere e la determinazione (diretta o per relationem) delle condizioni di svolgimento di tale attività. Tale atto, considerato isolatamente, non è idoneo a produrre il rapporto di concessione. Occorre che intervenga una convenzione che attui tale programma”*<sup>100</sup>.

Nel caso dell'esercizio privato di pubbliche funzioni, il suddetto momento programmatico, invece, è direttamente contenuto nella norma di organizzazione che costituisce titolo qualificativo di immediata attribuzione in capo al soggetto di potestà pubbliche<sup>101</sup>.

Il concessionario di pubblici servizi, dal canto suo, agisce sempre nei limiti della concessione ed il titolare del servizio resta lo Stato o l'ente

---

<sup>98</sup> Cfr. G. MIELE, *Distinzione cit.*, 384: *“Sembra, in definitiva, che l'esercizio privato di servizi pubblici si risolva essenzialmente in un particolare rapporto pubblicistico fra lo Stato o altro ente pubblico ed un soggetto privato, in virtù del quale questi viene considerato come strumento dell'azione dei primi, attivo anche o esclusivamente nel loro interesse, senza tuttavia perdere la sua natura di soggetto privato”*.

<sup>99</sup> In questi termini esatti, G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato cit.*, 7.

<sup>100</sup> E. SILVESTRI, *Concessione cit.*, 374.

<sup>101</sup> Significativamente, F. DE LEONARDIS, *Soggettività privata cit.*, 186, parla con riferimento ai soggetti privati che curano interessi generali per legge, di *“soggetti passivi di un vero e proprio <dovere> d'agire imposto dall'ordinamento generale”*.

pubblico, che esercitano poteri di direzione, controllo, repressione, ordine, etc.<sup>102</sup>.

Non sembra, dunque, azzardato precisare che non è configurabile un fenomeno unitario di esercizio privato<sup>103</sup>, bensì due fattispecie ben distinte<sup>104</sup>: l'una (esercizio privato di pubbliche funzioni) contraddistinta dall'essere diretta emanazione del potere sovrano, l'altra (esercizio privato o meglio concessione<sup>105</sup> di pubblici servizi<sup>106</sup>) con risvolti sicuramente organizzatori sul piano fattuale<sup>107</sup>, ma connotata da una netta distinzione tra pubblico e privato coincidente con quella tra titolarità ed esercizio del servizio pubblico<sup>108</sup>.

---

<sup>102</sup> A tal proposito, M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo cit.*, 167, inquadra l'attività del concessionario di pubblici servizi ed il presupposto rapporto con lo Stato concedente nella categoria dei fatti organizzatori che danno vita ad ordinamenti giuridici particolari, cd. ordinamenti sezionali.

<sup>103</sup> Come rileva F. DE LEONARDIS, *Soggettività privata cit.*, 82 e ss., il concetto di *munus* viene utilizzato dal Giannini, nello sviluppo del proprio pensiero sul tema, per distinguere tra concessionario di pubbliche funzioni e concessionario di pubblici servizi, essendo possibile parlare di *munus* solo per la prima categoria, in quanto, nel secondo caso, si trasferisce al privato la titolarità e non il semplice esercizio.

<sup>104</sup> La proposta bipartizione potrebbe trovare conforto anche in quell'autorevole intuizione dottrina (A. ROMANO, *Il cittadino e la pubblica amministrazione*, in *Atti del XXX Convegno di studi di scienza dell'amministrazione (Varenna, 20-22 settembre 1984)*, Milano, 1987, 211 e ss.) che, criticando la contrapposizione tra diritto privato e diritto amministrativo globalmente inteso, essendo entrambi figli dell'ordinamento giuridico generale -inteso quale potere legislativo primario- e, dunque, applicabili indistintamente a tutti i soggetti di diritto, sposta i problemi di distinzione sul piano del diritto amministrativo, recuperando utilità alla classica dicotomia tra norme di azione e norme di relazione e riconoscendo solo alle prime natura ed applicabilità speciali rispetto alle norme di diritto privato. In tale prospettiva, potremmo affermare che l'esercente di pubblica funzione appartiene a tale ambito di specialità, data la sua pregnante connotazione organizzatoria.

<sup>105</sup> Anche se recentemente è stato notato, con riferimento ai pubblici servizi, che, accanto a fattispecie di esercizio di pubblico servizio incardinate sul classico modulo concessorio, sono rinvenibili altre ipotesi che hanno fonte in legge o in speciali fonti convenzionali (F. DE LEONARDIS, *Soggettività privata*, 301 ed, in particolare, richiami dottrinari alla nota 28).

<sup>106</sup> La complessità e vastità della tematica relativa all'affidamento dei pubblici servizi impedisce di soffermarvisi. Tuttavia, per qualche recente approfondimento sulla questione delle società miste per una conferma della differenza ontologica dalla tematica del *munus*, cfr. C. DE ROSE, *L'affidamento della gestione ed erogazione di servizi pubblici a società di capitali. Tra equilibri comunitari e costituzionali*, in *Cons. St.*, 2005, II, 1407 e ss.; V. VENTURI, *La gestione dei servizi pubblici locali attraverso società miste: problemi di concorrenza* (nota a T.A.R. Lazio, Sez. II-bis, 24 agosto 2004, n. 8074) in *Riv. trim. appalti*, 2005, n. 3, 862.

<sup>107</sup> M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo cit.*, 167.

<sup>108</sup> G. MIELE, *Distinzione cit.*, 424-430, proprio in riferimento ai due distinti profili della titolarità e dell'esercizio individua un fenomeno di sostituzione allorquando il secondo sia posto in essere da un soggetto privato o addirittura da un ente pubblico. Unico presupposto è che l'attività del sostituto sia identica a quella del sostituito, a prescindere dalla natura pubblica o privata dell'interesse sotteso all'esercizio o dell'attività stessa. La inevitabile conclusione della suddetta parabola argomentativa è la permanenza della natura privata del sostituto. Altre opzioni teoriche più risalenti addirittura inquadravano la tematica in parola integralmente secondo logiche privatistiche, riconducendo la figura soggettiva studiata al mandato senza rappresentanza (D. CARUSO INGHILLERI, *La funzione amministrativa indiretta cit.*, 50; DE VALLES, *La validità degli atti amministrativi*, Roma, 1917, 131).

In tale prospettiva, la stessa formula “esercizio privato di pubbliche funzioni” può apparire fuorviante e riduttiva, in quanto fa pensare ad una delega intersoggettiva dell’esercizio di una potestà e non ad una diretta attribuzione normativa; più confacente al taglio del nostro studio si dimostra il termine *munus*<sup>109</sup>.

Che poi dall’analisi di tale figura soggettiva si possa pervenire alla pessimistica, quanto realistica conclusione di non poter trarre una reale utilità dalla nozione di organizzazione<sup>110</sup> o all’alternativa di riconoscere un certo tasso di elasticità alla stessa<sup>111</sup>, nulla toglie all’importanza di aver ben chiari i tratti somatici dell’istituto e, dunque, alla convinzione dell’incompatibilità dello stesso con il modulo concessorio.

E’ chiaro che ogni ordinamento si differenzierà dagli altri a seconda del tasso di sensibilità “politica” nei confronti di certi interessi piuttosto che di altri e, conseguentemente, per le modalità di soddisfacimento degli stessi; pertanto, le maglie dell’organizzazione si potranno, a piacimento, ampliare o restringere, purchè non si perda mai di vista la base sostanziale di organizzazione intesa come “*centro di riferimento di interessi pubblici*”<sup>112</sup>, la quale consente di cogliere la connessione con l’inquadramento dogmatico dell’esercente privato, quantomeno nei termini sopra richiamati.

Certo è che già dalla più risalente dottrina erano state individuate, seppur a grandi linee e senza particolari distinzioni, le ragioni di fondo per cui l’ordinamento e, per esso, la norma di organizzazione potrebbero considerare il suddetto strumento più idoneo di quello dell’Amministrazione statale al perseguimento di determinati obiettivi.

---

Queste conclusioni sono, tuttavia, condivisibili, per le ragioni sopraesposte, con riferimento al servizio pubblico, ma non alla pubblica funzione. La nozione da noi proposta di esercizio privato di pubbliche funzioni si avvicina, piuttosto, alla tradizionale concezione di ente pubblico proposta da G. MIELE (*op. cit.*, 391-392): “...*essere inquadrati nell’organizzazione dello Stato significa...porre a servizio dello Stato la propria attività sulla base di un particolare rapporto di diritto pubblico...;...onde escluderne quei privati che, per concessione o in forza di una norma di legge, esercitano una funzione o un servizio pubblico, definiamo ente pubblico quello che si trova con lo Stato in un particolare rapporto di diritto pubblico, svolgendo a servizio di esso un’attività che deve ritenersi propria dell’ente così per la titolarità come per l’esercizio.*”.

<sup>109</sup> Nella classica ricostruzione resta, comunque, salda la distinzione tra *munus publicum* corrispondente all’esercente pubbliche potestà ed organo in senso stretto, in quanto titolare ed incardinato in apposito ufficio.

<sup>110</sup> M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo cit.*, 167.

<sup>111</sup> In tal senso, cfr. F. BENVENUTI, *L’amministrazione indiretta*, in *Amm. Civ.*, 1961, n. 47-51, 169. Sul tema si veda anche C. JEMOLO, *Organi dello Stato e persone giuridiche pubbliche*, in *Lo Stato*, 1931, 294 e ss..

<sup>112</sup> M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo cit.*, 116.

Non certamente un *cupio dissolvi* del potere centralizzato, bensì la necessità di compensare insufficienze o inattitudini strumentali dello Stato o dell'ente pubblico, che portano ad “*autorizzare e, talora, obbligare, i privati ad agire in loro sostituzione. Più comunemente, il sistema è giustificato da ragioni di convenienza...per quelle attività pubbliche nelle quali è molto utile l'iniziativa e l'interesse diretto delle persone cui sono affidate...*”<sup>113</sup>.

Le suddette argomentazioni costituiscono materiale prezioso, da tenere in considerazione nel prosieguo, in una prospettiva di raffronto con l'attuale contesto di amministrazione.<sup>114</sup>

#### **§.8.- segue: *munus publicum* ed ente pubblico.**

A ben guardare, il meccanismo di attribuzione di determinate potestà pubbliche *ex lege* era ben chiaro alla dottrina con riferimento agli enti pubblici, istituiti per legge e per legge depositari di determinati interessi pubblici.

Tanto ciò è vero che le dispute più accese ed interessanti che di riflesso la nozione di esercizio privato ha suscitato riguardano proprio la difficoltà di distinguere la figura soggettiva in parola dall'ente pubblico, nel caso in cui l'esercente privato sia una persona giuridica.

La differenza risiederebbe, secondo autorevole dottrina, nella circostanza per cui i fini perseguiti dall'ente pubblico coincidono con quelli dello Stato, mentre in capo all'esercente privato sarebbe preminente il fine di lucro<sup>115</sup>.

In tale ottica, nello svilupparsi degli studi sul tema, la fermezza del distinguo dell'ente pubblico dall'esercente privato/persona giuridica, basato sulla divergenza di scopi, vacilla irrimediabilmente di fronte al rilievo che “*in concreto, le finalità di un ente pubblico...non s'identificano o coincidono con i*

---

<sup>113</sup> G. ZANOBINI, *Corso cit.*, vol. III, 388.

<sup>114</sup> Sarà interessante verificare se le ragioni sopra autorevolmente evidenziate siano tuttora sussistenti o, meglio, se siano le uniche.

<sup>115</sup> In realtà, la distinzione, nei termini in cui è posta, non appare di così semplice assimilazione, tanto che lo stesso G. ZANOBINI, in *Corso cit.*, 148, nota (26), richiama un'altra opzione teoretica che ingloba nella categoria di ente pubblico anche l'ipotesi di esercizio privato svolto da persona giuridica. Lo stesso A. mostra un certo imbarazzo nell'applicazione del criterio nel testo richiamato, laddove, nel trattare delle concessioni a persone giuridiche pubbliche (casse di risparmio; monti di pietà per i servizi di riscossione e tesoreria, etc.), equipara tali enti pubblici all'esercente privato di pubblico servizio, *op. cit.*, 395.

*fini dello Stato*"<sup>116</sup>, in quanto la attuazione concreta di un medesimo fine astratto (es. beneficenza) varia a seconda del soggetto deputato alla stessa.

L'implicito presupposto celato dietro il superiore assunto è il comprensibile rifiuto dogmatico di un sistema normativo talmente irrazionale da concepire e legittimare la clonazione di soggetti (enti pubblici ed esercenti privati) per lo svolgimento delle identiche attività riservate allo Stato ed il perseguimento degli stessi fini con le medesime modalità.

In tale prospettiva, alla soddisfazione della consequenziale esigenza di ragionare sulla portata concreta ed effettiva del ruolo degli enti pubblici<sup>117</sup> (che porterà all'evidenziazione dei noti indici di riconoscimento) ha contribuito indirettamente proprio lo studio sull'esercizio privato di pubbliche funzioni.

Ciò in quanto la semplice considerazione per cui un fine pubblico può essere perseguito sia da un ente pubblico che da un ente (formalmente) privato ripropone il sospetto di una crisi di identità delle due figure e rende sempre più difficoltoso individuare l'effettivo elemento discrezionale tra le stesse<sup>118</sup>.

---

<sup>116</sup> G. MIELE, *Distinzione cit.*, 376. Analogamente, C. ESPOSITO, *Organo, ufficio e soggettività dell'ufficio*, in *Annali dell'Università di Camerino*, 1932, 43.

<sup>117</sup> Sul tema dell'organizzazione amministrativa e sulla rilevanza della nozione di ente pubblico, cfr. AA. VV., *La pubblica amministrazione nella Costituzione. Riflessioni e indicazioni di riforma*, in *Atti del XXXIX Convegno di studi di scienza dell'amministrazione (Varenna, 16-18 settembre 1993)*, Milano, 1995; F. BENVENUTI, *L'amministrazione indiretta cit.*; G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, 1968; D. COSI- F.PUGLIESE, *I modelli organizzatori degli enti pubblici*, Milano, 1977; S. D'ALBERGO, *Sistema positivo degli enti pubblici nell'ordinamento giuridico italiano*, Milano, 1969; R. DRAGO, *Les crises de la notion d'établissement public*, Paris, 1950; M.S. GIANNINI, *Il problema dell'assetto e della tipizzazione degli enti pubblici nell'attuale momento*, Napoli, 1973; G. GUARINO, *Sull'utilizzazione di modelli differenziati nell'organizzazione pubblica*, in *Scritti di diritto pubblico dell'economia*, Milano, 1970; ID., *L'organizzazione pubblica*, Milano, 1977; M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice cit.*; V. OTTAVIANO, *Considerazioni sugli enti strumentali*, Padova, 1959; U.K. PREUSS, *Zum staatsrechtlichen Begriff des Öffentlichen*, Stuttgart, 1969; O.RANELLETTI, *Concetto delle persone giuridiche pubbliche amministrative*, in *Riv.di dir. pubbl.*, 1916, I, 337 e ss.; H. ROSIN, *Das Recht der öffentlichen Genossenschaft*, Freiburg, 1886; G. ROSSI, *Ente Pubblico*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, Vol. XII, 1989; D. SERRANI, *I poteri per enti. Enti pubblici e sistema politico in Italia*, Catania, 1978; R. SOPRANO, *Per uno studio sugli enti pubblici*, Napoli, 1967; D. SORACE, *L'ente pubblico tra diritto comunitario e diritto nazionale*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1992, 311; G. TREVES, *L'organizzazione amministrativa*, Torino, 1975; P. VIRGA, *L'organizzazione autarchica (con particolare riferimento all'ordinamento degli enti locali in Sicilia)*, 1971.

<sup>118</sup> Già G. MIELE, *Distinzione cit.*, 372, rilevava l'inconsistenza della distinzione tra ente pubblico ed esercente privato basata sulla natura istituzionale dello scopo pubblico. Secondo certa dottrina (S. ROMANO, *Corso cit.*, 87; M.T. ZANZUCCHI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Milano, 1940, 13), a differenza di quanto accadrebbe per l'esercente privato, lo scopo cui l'ente pubblico è deputato deve essere al tempo stesso la causa della sua stessa esistenza e non assunto temporaneamente accanto ad altre e primarie finalità. Posta in tali termini, la questione aumenta il disagio di chi cerca un chiaro elemento discrezionale tra le due figure soggettive al giorno d'oggi, posto che, per restare sul nostro tema, anche la SOA ha come unico scopo istituzionale ed esclusivo la funzione certativa. A ben vedere, tuttavia, da

A fugare i dubbi non contribuisce certamente il metodo di indagine “unidirezionale” adottato dalla dottrina in esame che non le ha consentito di occuparsi a fondo e direttamente dell’esercizio privato di pubbliche funzioni.

Per essere più espliciti, il problema della natura giuridica di un determinato ente -che sembra fondamentale per distinguere l’ente pubblico dall’esercente privato persona giuridica- è stato affrontato partendo dal presupposto (irrinunciabile per il periodo storico in cui si colloca) che la competenza della cura dell’interesse pubblico è di norma affidata ai soggetti formalmente dotati di carica autoritativa e che solo eccezionalmente essi svolgono attività economica o privata<sup>119</sup> (e sempre con riferimento ai pubblici servizi).

Più in particolare, l’interrogativo che questa dottrina principalmente si pone è come un ente pubblico -tale per investitura legislativa- possa mantenere inalterata la propria natura ed autorità pur svolgendo attività prestazionali, di rilievo economico, confacenti ad una logica concorrenziale e, più in generale,

---

tale criterio si può evincere più di una considerazione utile ai fini dello studio che si sta svolgendo. In particolare, si ha il sospetto che anche gli indici di riconoscimento della pubblicità dell’ente inventati per supplire all’insufficienza del criterio del fine pubblico non abbiano una effettiva valenza sostanziale e che, invece, siano dei meri espedienti convenzionalmente deputati a delimitare due categorie che hanno un nucleo sostanziale unitario ed inscindibile e, cioè, la cura dell’interesse pubblico. L’impressione è ulteriormente confermata dai criteri di individuazione delle persone giuridiche (formalmente e sostanzialmente) private elaborati, all’inizio del secolo da autorevole dottrina: “*Sono private...le persone giuridiche destinate a soddisfare bisogni ed interessi individuali...ad es. le società ed associazioni regolate dal codice di commercio. Sono private le persone giuridiche destinate a soddisfare interessi collettivi che non sono tra i fini dello Stato ...es. società di temperanza...e sono ancora private le persone giuridiche destinate a soddisfare interessi pubblici, cioè interessi collettivi che sono tra i fini dello Stato ma che questo non considera attive anche nel proprio interesse...ad es. società...per la diffusione della cultura popolare...e sono ancora private le persone giuridiche destinate a soddisfare interessi pubblici*, O. RANELLETTI, *Concetto delle persone giuridiche pubbliche amministrative*, in *Riv. dir. pubbl.*, VIII, 1916, 353). Nessuno dei tre modelli appena delineati sembra avere qualche affinità con il tipo di attività esercitata e la natura dell’interesse perseguito dall’esercente privato. Inoltre, il quesito diventa ancora più attuale se consideriamo che indici quali l’obbligatorietà del perseguimento dello scopo, l’attività dell’ente nell’interesse dello Stato, la sussistenza di controlli dello Stato, l’ingerenza dello Stato nell’ordinamento interno dell’ente sono comuni anche alla nuova ipotesi applicativa dell’esercizio privato di pubbliche funzioni.

<sup>119</sup> Il fenomeno è stato abbondantemente trattato in dottrina e non è questa la sede per tentare una pur sommaria ricognizione degli studi sul tema. Visto il taglio storico del capitolo, si citano solo alcuni tra i primi contributi sul fenomeno che troverà uno sviluppo coerente nella cd. privatizzazione (formale e sostanziale) degli enti pubblici, cfr. G. FERRI, *Azionariato di Stato e natura giuridica dell’ente*, in *Foro it.*, 1941, I, 199; U. FORTI, *Amministrazione pubblica e attività economico-privata*, in *Scritti per Marghieri*, Napoli, 1920 (riprodotto in *Studi di diritto pubblico*, Roma, 1937, vol. I, pp. 281-295); R. FRANCESCHELLI, *Enti pubblici e diritto commerciale*, in *Studi per Scorza*, Roma, 1940; Id., *Diritto pubblico e diritto commerciale*, in *Stato e Diritto*, 1940, 34 e ss; L. LEVI, *I controlli dello Stato sulla produzione industriale*, Milano, 1938, 104; V. TREVES, *L’attività commerciale dello Stato* (estr. da *Studi sassaresi*, vol. XII), 78 e ss..



sostanzialmente private. Per cui il tema della definizione della natura pubblica o privata dell'ente nasce con riguardo a questa ultima eccezionale ipotesi (il pensiero va in particolare agli enti pubblici economici).

Ma la prospettiva del presente studio è esattamente inversa, posto che si cerca di ritagliare uno spazio di legittimazione sostanziale tra le soggettività attive nel diritto amministrativo ai soggetti formalmente privati che, per elezione e qualificazione normativa, sono chiamati a svolgere una funzione pubblica.

Il problema è, quindi, di verificare se la capacità di diritto pubblico<sup>120</sup> che connota in via originaria lo Stato, quale persona giuridica pubblica per eccellenza, possa rinvenirsi anche in capo all'esercente privato, oltre che agli enti pubblici.

Non sembrano porsi particolari ostacoli ad una risposta affermativa al suddetto quesito, se si recuperano gli esiti dell'indagine appena svolta e, cioè, che il carattere della strumentalità è rinvenibile anche in capo ai titolari di *munus*.

Anzi, a voler essere precisi, la prima accezione di organo indiretto (comunemente utilizzata per indicare l'esercente privato) riguardava proprio gli enti pubblici, in relazione alla strumentalità della loro attività rispetto allo Stato<sup>121</sup>.

L'impressione è che la questione si possa risolvere su un piano meramente definitorio, considerando che la legge può dare varie forme agli strumenti di attuazione degli interessi pubblici cristallizzati nel sistema, purchè si convenga che il titolare di un *munus* è soggetto attivo della potestà amministrativa<sup>122</sup>.

---

<sup>120</sup> Sulla nozione di capacità di diritto pubblico, finalizzata alla cura dell'interesse pubblico attraverso atti amministrativi e sui riflessi organizzatori della stessa, cfr. O. RANELLETTI, *Concetto delle persone giuridiche pubbliche amministrative cit.*, 337-343.

<sup>121</sup> O. RANELLETTI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1941, 507; M.T. ZANZUCCHI, *Istituzioni cit.*, 13, per il quale, *a contrario*, "sono pertanto private non solo le persone giuridiche che hanno finalità meramente individuali (ad es. società di commercio), ma anche quelle che hanno bensì fini che interessano la collettività, ma o questi fini non sono pubblici, cioè statuali, o, pur rientrando astrattamente fra i fini dello Stato, lo Stato nel caso concreto, non considera queste finalità come proprie...non considerando l'attività di codesta persona giuridica come integratrice della propria". Anche la giurisprudenza dell'epoca non esitava a definire l'ente pubblico alla stregua di organo dello Stato. Cfr. in tal senso, con riferimento all'Ente economico della zootecnia, Cass. Civ., SSUU, 22 maggio 1948, in *Foro it.*, 1949, I, 267.

<sup>122</sup> Volendo così riprendere una nota distinzione di S. ROMANO, *Corso cit.*, 81.

Quello che la nozione di *munus* sembra, infatti, voler evocare è che lo studio dell' esercente privato non può solo consistere nella puntualizzazione di quali siano i confini dello stesso rispetto all' ente pubblico ed allo Stato; il che può essere certamente rilevante, ma forse riduttivo. Un simile ordine di considerazioni, che presuppone l' abbandono di ogni velleità di rinvenire una definizione "granitica" di organizzazione, in ossequio al pensiero di Giannini, peraltro, appare particolarmente collimante con gli indirizzi del diritto comunitario rispetto ai problemi di qualificazione di categorie dogmatiche proprie degli ordinamenti interni.

Per il diritto comunitario, infatti, è assolutamente irrilevante la qualificazione formale di un soggetto in termini di pubblicità o meno<sup>123</sup>, spostandosi l' attenzione sulla natura degli interessi perseguiti dallo stesso, ai fini dell' applicazione della normativa comunitaria<sup>124</sup>.

Di tale indirizzo (che non ha mancato di influenzare anche la giurisprudenza della Cassazione e del Consiglio di Stato) non può che prendersi atto, con l' avvertenza, tuttavia, del pericolo di una "insostenibile leggerezza dell' essere amministrativo" a livello dogmatico che si può correre in mancanza di alcune precisazioni.

In altre parole, è indubbio che, ai fini di un concreto approccio alle fattispecie, l' indagine del giudice e, più in generale, dell' interprete si protenda inevitabilmente sulla verifica della natura degli interessi in gioco, ma è parimenti indubbio che dall' "utilitarismo" di tale metodo non deve trarsi la conclusione dell' "inutilità" al livello teorico di riflessioni su di una categoria dogmatica basilare del diritto amministrativo, quale quella soggettiva<sup>125</sup>.

---

<sup>123</sup> Richiama significativamente la tradizionale vocazione casistica ed antisistemica dell' ordinamento comunitario con riferimento al confronto tra la nozione di organismo di diritto pubblico e le fondazioni di diritto amministrativo, A. ROMANO TASSONE, *Le fondazioni di diritto amministrativo: un nuovo modello*, in *Dir. Amm.*, n. 3/05, 483.

<sup>124</sup> Anche in questo caso, trattasi di terreno ampiamente battuto in dottrina. Basti qui il richiamo, per un preciso ed esaustivo riepilogo, a F. DE LEONARDIS, *Soggettività privata cit.*, 12.

<sup>125</sup> "Che cos' è positivo? La pesantezza o la leggerezza?... Una sola cosa è certa: l' opposizione pesante-leggero è la più misteriosa ed ambigua tra tutte le opposizioni" (M. KUNDERA, *L' insostenibile leggerezza dell' essere*). La risoluzione di tale dilemma proposto con riferimento all' "essere amministrativo" (inteso come amministrazione in senso soggettivo) in termini di leggerezza (intesa come irrilevanza della qualificazione del soggetto) rende quest' ultima, come si cercherà di argomentare, appunto "insostenibile". Quantomeno limitatamente alla tematica affrontata, infatti, non consente probabilmente di cogliere a pieno i risvolti dogmatici dell' istituto della SOA.

Ecco perchè, dai passaggi che si è ritenuto di evidenziare (sia in senso negativo che positivo) della elaborazione storica dell'istituto, possono forse ricavarsi dei dati e degli elementi che, coordinati con l'attuale quadro normativo, potrebbero consentire di integrare la considerazione per cui *“gli atti dei soggetti privati finalizzati alla cura dell'interesse generale vanno sottoposti a regole particolari non perché i soggetti che li emanano sono configurabili come organi, seppure indiretti...e neppure perché tali soggetti siano concessionari, né tantomeno perché essi appartengano alla pubblica amministrazione in senso soggettivo, ma per il semplice fatto (e nella misura in cui) essi curano interessi della collettività perseguendone i relativi beni ed esercitando poteri pubblici”*<sup>126</sup>.

L'integrazione è la seguente: la tendenza ad attribuire primario rilievo alla attività di cura dell'interesse pubblico rispetto alla cd. pubblica amministrazione in senso soggettivo non può spingersi fino alla conclusione dell'irrelevanza dogmatica delle categorie soggettive nel diritto amministrativo interno<sup>127</sup>.

Al contrario, può essere interessante tentare di capire -ben oltre la constatazione empirica per cui gli estremi della dicotomia pubblico-privato tendono ad incontrarsi nella cura dell'interesse pubblico attraverso molteplici e differenziati fenomeni (su cui la dottrina più autorevole ed aggiornata si è abbondantemente soffermata<sup>128</sup>)- se i profili evidenziati in ordine al *munus* possano giovare nell'approfondimento dello studio delle SOA e se, ancora, la disciplina delle stesse rechi i germi di un nuovo modulo organizzatorio

---

<sup>126</sup> F. DE LEONARDIS, *Soggettività privata cit.*, 89.

<sup>127</sup> Diversamente, F. DE LEONARDIS, *Soggettività privata*, cit., 299 e ss, secondo cui, pur dovendosi prendere atto della utile convivenza di funzione (intesa nei termini di dovere istituzionale di agire) e forme dell'autonomia privata nella cura degli interessi generali, come espressione di attività ispirata ai principi di proporzionalità e sussidiarietà verticale, tuttavia *“forse non si può dire che nuovi soggetti si siano aggiunti allo Stato-persona giuridica, agli enti pubblici tradizionali e non, alle amministrazioni indipendenti e alle Agenzie come soggetti di amministrazione”*.

Una simile conclusione è giustificata, peraltro, dalla legittima preoccupazione di evitare, definendo gli enti “privatizzati” alla stregua di enti pubblici *“che tutto sia funzionalizzato all'interesse generale e, conseguentemente, che ogni aspetto della loro attività debba essere sottoposto al regime de droit public”*, *op. cit.*, 332.

In tale ricostruzione, il collegamento tra i soggetti formalmente privati ed organizzazione viene affrontato direttamente con riferimento al fenomeno della privatizzazione (cioè dall'angolo visuale esattamente opposto a quello di nostro interesse, come abbiamo già avuto modo di precisare), non tanto con la finalità di speculare sulla nozione di “organizzazione”, bensì con quella, altrettanto interessante, di trovare una conferma della prevalenza del risultato, nell'ottica dell'art. 97 Cost., rispetto al mezzo (anche privato) con cui lo stesso viene realizzato.

<sup>128</sup> Cfr. da ultimo, G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato cit.*.

“proprio” della pubblica amministrazione, con precise coordinate identificative ed, comunque, non necessariamente in contrasto, rispetto ai modelli di cui agli artt. 95, 97 e 5 Cost..

E' da verificare, in altri termini, la maturazione di un modello di amministrazione che evolva verso una modifica sostanziale del proprio assetto organizzativo<sup>129</sup>.

### **§.9.- La SOA e il modello organizzativo di riferimento. Riepilogo e rilievi critici sulla funzione pubblica nella riforma in esame.**

Riepilogando brevemente quanto finora trattato, si è affrontata la questione della natura giuridica dell'attività della SOA, dopo aver brevemente richiamato il quadro normativo di riforma del sistema di qualificazione per gli esecutori dei lavori pubblici e confrontato lo stesso con la previgente disciplina.

Si è poi cercato di isolare, distaccandosi in parte dai classici modelli teorici, la tematica dell'esercizio privato di pubblica funzione, preferendo a tale definizione la nozione di *munus*, in ordine alla quale si è tentato, altresì, di individuare precise coordinate identificative dell'istituto.

L'obiettivo, strumentale alla delimitazione del campo d'indagine prescelto, era quello di distinguere “ontologicamente” il titolare del *munus* dal concessionario di pubblici servizi ed abbandonare così la magmatica e discussa categoria dell'esercizio privato di pubbliche funzioni e pubblici servizi.

Sembra, a questo punto, fin quasi scontato concludere la trattazione, individuando nella SOA una nuova fattispecie di *munus*.

E', infatti, rinvenibile, nella riforma di settore più volte richiamata, un sistema normativo che individua nella SOA l'unica depositaria della attività

---

<sup>129</sup> Un siffatta analisi appare, del resto, congeniale, all'altalenante evolversi della nozione di amministrazione, sin dalla nascita caratterizzata dal susseguirsi di fasi di accentramento del potere e fasi di deburocratizzazione della macchina amministrativa. Per una precisa ricostruzione nascita del diritto amministrativo e per ulteriori spunti di approfondimento, cfr. L. MANNORI-B.SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, 2001, Roma-Bari, che rinvergono la genesi del diritto amministrativo in Francia e si soffermano sulla contiguità tra il contesto storico e il modo di concepire la pubblica amministrazione, rilevando, ad esempio, come nel periodo della rivoluzione francese, al fine di evitare effetti distorsivi sulla effettiva volontà dei cittadini, si arrivò a concepire la legge come unica autorità atta a comprimere la libertà degli individui. Ora pur non volendo arrivare a tanto, sembra che, quantomeno in determinati settori, contraddistinti da un alto tasso di tecnicismo, quale il campo dei lavori pubblici, siano rinvenibili certi indici rivelatori di un nuovo modo di esplicazione della funzione pubblica che si realizza attraverso una peculiare e, a tratti, nuova compenetrazione tra la sfera del pubblico e quella del privato, di cui il *munus*, inteso nei termini sopra rassegnati, costituisce, tuttavia, solo un elemento di per se parziale ed incompleto.

certificatoria in materia e non sembrano porsi dubbi che, in base a quanto emerso nei paragrafi precedenti, tale attività rivesta i connotati della funzione pubblica<sup>130</sup>.

In proposito, la convinzione di trovarsi di fronte ad una funzione pubblica e non ad un servizio pubblico<sup>131</sup> trova ulteriore forza, oltre che nell'assenza del modulo concessorio nella normativa di riforma -il che potrebbe non costituire da solo un argomento insuperabile-, proprio nell'*infungibilità* della attestazione SOA, caratteristica non rinvenibile nella materia dei servizi pubblici, in riferimento ai quali si pone il diverso problema di individuare, tra le tante alternative, la soluzione ottimale per l'espletamento di una determinata attività prestazionale<sup>132</sup>.

Ed in questo senso, soffermandoci esclusivamente sulla natura giuridica della SOA in ragione della funzione pubblica dalla stessa esercitata, non può non condividersi l'opinione di chi configura la stessa quale nuova ipotesi di *munus publicum*.<sup>133</sup>

---

<sup>130</sup> *Contra* A. ASTAZI, *Le Società cit.* che riconduce le SOA al modello delle società legali, limitando il fenomeno ad una dimensione prettamente privatistica, in quanto non sussisterebbero, ad avviso dell'A., nell'attività di certificazione i connotati della funzione pubblica per due ordini di ragioni. Il primo sarebbe la non pertinenza dell'attività svolta alla sfera dei poteri autoritativi. Tale argomento non è condivisibile in ragione delle argomentazioni svolte al §.5, cui si rinvia, soprattutto con riferimento al collegamento tra la funzione di produzione della certezza legale ed il potere sovrano. Il secondo argomento dedotto dall'A. sarebbe costituito dall'assenza di un'investitura *ope legis* delle SOA, in quanto l'art. 8, comma 2 l.Merloni si sarebbe limitato a devolvere ad una fonte di rango inferiore (il regolamento Bargone) l'istituzione del nuovo sistema di qualificazione. Anche tale argomento può essere superato dal rilievo per cui la suddetta investitura legale non si evince dal secondo comma del citato disposto normativo, bensì dal comma 3 della medesima disposizione che contempla "organismi di diritto privato di attestazione" e ne individua le competenze ed attribuzioni certificatorie di chiara rilevanza pubblicistica.

<sup>131</sup> *Contra*, A. ASTAZI, *Le Società cit.*; in parte, G.P. CIRILLO, *La tutela giurisdizionale cit.*, che, alla nota (9), configura l'attività delle SOA in termini di "gestione soggettivamente privata di un servizio (e una funzione) oggettivamente pubblico, con la particolarità che l'atto di autorizzazione, la cui natura verrà indagata successivamente, viene emanato da un'autorità indipendente che normalmente non esplica attività di amministrazione attiva, anche se in questo caso l'atto viene emanato in funzione di controllo". Il servizio sarebbe quello della qualificazione delle imprese esecutrici di lavori pubblici e si realizzerebbe mediante la funzione di attestazione. In tali postulati autorevoli si rinviene una certa tasso di contraddittorietà, in quanto non sembra agevolmente distinguibile, con riferimento alla SOA, il contenuto del servizio rispetto a quello della funzione di attestazione.

<sup>132</sup> Ancora attuali le riflessioni di G. ZANOBINI, (*Amministrazione pubblica b) Nozione e caratteri generali*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1958, 237) sulla distinzione tra funzione pubblica e servizio pubblico, inteso come attività di produzione di utilità materiali "assunta dallo Stato o da altro ente pubblico, non perché abbia d'uopo di mezzi e poteri di cui solo lo Stato dispone, ma per altre ragioni secondarie: lo scopo di offrire i prodotti gratuitamente o al di sotto del prezzo di produzione, la necessità di assicurare la qualità migliore del prodotto; o viceversa far godere allo Stato un prezzo di monopolio eccedente il costo di produzione."

<sup>133</sup> S. FOA', *Nuovi munera cit.*; P. SALVATORE, *Le attestazioni SOA nell'atto di segnalazione al Governo ed al Parlamento del 21 gennaio 2004*, in *Cons. St.*, 2004, II, 458, in

E', pertanto, connaturale a tale orientamento (e perfettamente in linea con la ricostruzione storica dei caratteri del *munus* elaborata nei precedenti paragrafi) l'accostamento della SOA alla figura del notaio il quale, acquisita la prescritta abilitazione, esercita professionalmente un'attività consistente nella esplicazione di potestà pubbliche al medesimo attribuite direttamente dalla legge, dietro remunerazione del cliente<sup>134</sup>.

Con la differenza che, nel caso di specie, la compenetrazione tra pubblico e privato incide anche sulla veste giuridica della SOA, attraverso la integrazione eteronoma della disciplina codicistica sulle società per azioni, per via della quale la dottrina ha configurato la stessa alla stregua di ente speciale<sup>135</sup>, inquadrabile nella più ampia categoria delle cd. società legali.<sup>136</sup>

In tale prospettiva, la specialità escluderebbe l'anomalia, ossia la configurabilità di un soggetto qualitativamente diverso da una normale società per azioni<sup>137</sup>, per mancanza o modifica di un elemento della fattispecie di riferimento<sup>138</sup>.

E' conseguenzialmente opinione comune considerare la SOA un operatore privato esterno all'organizzazione amministrativa<sup>139</sup> che, investito *ex lege* di un *munus*, svolge una pubblica funzione (di certificazione), in ragione della quale è soggetto al controllo della pubblica amministrazione<sup>140</sup> (leggasi Autorità di vigilanza sui lavori pubblici).

---

linea con la nozione da noi delineata di *munus*, incompatibile con un meccanismo di abdicazione da parte dell'Amministrazione statale, sostiene che "la funzione certificatoria svolta dalla SOA non passa attraverso un'attribuzione della stessa alla P.A., che poi la trasferisce ai privati, ma risulta attribuita categorialmente ad alcuni organismi preindividuati direttamente dalla legge"; L. GIAMPAOLINO, *Le SOA e le loro responsabilità*, in *Contr. Stato e enti pubblici*, 2001, 16; A. MALTONI, *Il conferimento cit.*, 356.

<sup>134</sup> A. MALTONI, *Il conferimento cit.*, 352 (nota 725). L'A. (*op. cit.*, 356) richiama, peraltro, altre recenti ipotesi di conferimento *ex lege* di potestà pubbliche, quali le fattispecie di attribuzione della competenza istruttoria e valutativa dei programmi di investimento, ai sensi della l.n. 488/92.

<sup>135</sup> Parla di ente speciale in ragione dell'oggetto sociale, G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato cit.*, 147.

<sup>136</sup> Così anche A. ASTAZI, *Le SOA cit.*, che, tuttavia, dà una spiegazione teorica del fenomeno in termini prettamente privatistici. Per una trattazione di respiro generale sulla categoria, cfr. C. IBBA, *Società legali e società legificate*, in *Enc. giur.*, XXIX, Roma, 1993. Per un recente ed interessante contributo sulla categoria citata in collegamento con il fenomeno della esternalizzazione, M.G. DELLA SCALA, *Le società legali pubbliche*, in *Dir. Amm.*, n. 2/05, 391 e ss. .

<sup>137</sup> A. NAPOLITANO, *Pubblico e privato cit.* 146-147.

<sup>138</sup> A. NAPOLITANO, *Pubblico e privato cit.*, 148.

<sup>139</sup> Così A. MALTONI, *Il conferimento cit.*, 428.

<sup>140</sup> S. FOA', *Nuovi munera cit.*; F. DE LEONARDIS, *op. ult. cit.*, 203; G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato cit.*, 182-184; A. MALTONI, *Il conferimento cit.*, 405 e ss., che pone il

Pertanto, il nodo problematico riguarderebbe, in una prospettiva evocativa dei postulati classici sul tema, il regime alla stessa applicabile a fronte della rilevanza pubblica dell'attività svolta da un ente che, seppure speciale, è e resta di natura privata<sup>141</sup>.

E' questo il punto nodale su cui sembra indispensabile fare qualche riflessione.

Senza nulla obiettare alla precisione del riferimento al *munus* -pur se con i peculiari connotati proposti nel corso del lavoro- si ha l'impressione, tuttavia, che la suddetta categoria dogmatica non dia ragione dei più ampi e significativi riflessi organizzatori dell'istituto, il cui riverbero può essere apprezzabile esclusivamente da una diversa postazione panoramica (*id est*, da una visione sistematica della normativa di riforma nel settore dei lavori pubblici).

Le trattazioni relative alla SOA, in proposito, sembrano piuttosto inclinare lungo due divergenti direttrici: una di taglio "monografico"<sup>142</sup>; l'altra di più ampio respiro che colloca appena incidentalmente la figura soggettiva in parola nella tematica del rapporto tra pubblico e privato nel diritto amministrativo<sup>143</sup>.

Tali impostazioni pregevoli ed autorevoli meritano, tuttavia, probabilmente di integrarsi reciprocamente e di essere integrate: la prima, in quanto non affronta la tematica sotto il profilo organizzatorio al di là del richiamo al *munus*; la seconda in quanto, trattando trasversalmente varie fenomenologie di contiguità tra pubblico e privato, finisce per disperdere le coordinate di riferimento della SOA in sede di conclusioni.

---

problema della dequotazione della tutela dei terzi ovvero dell'affievolimento di quest'ultima rispetto all'ipotesi in cui quell'attività sia o continui ad essere esercitata da un ente pubblico.

<sup>141</sup> A tal proposito, G. NAPOLITANO (*op. ult. cit.*, 187) richiama criticamente la categoria degli atti amministrativi dei privati, non condividendo soluzioni astratte di applicazione integrale o disapplicazione integrale del regime amministrativo a tali soggetti e ponendo l'accento sulla necessità di verificare nel caso concreto le diverse tecniche predisposte dall'ordinamento per la cura dell'interesse generale o collettivo. Proseguendo lungo tale crinale, l'A. conclude, per quel che interessa al nostro ristretto e limitato campo d'indagine, che "*soltanto laddove i privati esercitano funzioni identiche a quelle tradizionalmente svolte dall'autorità pubblica e attraverso le medesime prerogative, allora il nucleo fondamentale del regime amministrativo è utilmente applicabile, in quanto tecnica di disciplina e controllo più adeguata e <perfezionata>*" (*op. ult. cit.*, 190).

<sup>142</sup> Ad esempio, S. FOA', *Nuovi munera cit.*; A. ASTAZI, *Le Società cit.*; G. P. CIRILLO, *La tutela giurisdizionale cit.*

<sup>143</sup> Ad esempio, F. DE LEONARDIS, *Soggettività privata cit.*; G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato cit.*; A. MALTONI, *Il conferimento cit.*

Infatti, nell'ambito del secondo filone di pensiero, le SOA -cite, appunto, ad esempio di soggetti privati preposti alla cura di interessi generali- vengono accostate a figure di eterogenea natura<sup>144</sup> che hanno in comune con le stesse tratti sostanziali talmente generici (forma privata e gestione di interesse pubblico) da non poter, a parere di chi scrive, ricondursi ad una categoria giuridica unitaria.

Sembra, conseguentemente, che lo sforzo di individuare degli indici di riconoscimento del dovere di agire nell'interesse generale in capo alla SOA<sup>145</sup> si perda nel momento in cui tale canale tematico viene convogliato nel più ampio flusso di considerazioni su nuovi modelli di organizzazione amministrativa scaturente dall'apprezzamento di tali diversi fenomeni (di ben più ampie proporzioni), quali l'espletamento di un servizio pubblico da parte di soggetti privati (in particolare, le cd. società miste) e la privatizzazione degli enti pubblici.

In altre parole, partendo dalla premesse della compatibilità tra autonomia privata e funzione pubblica, varie forme di contiguità tra pubblico e privato vengono ricondotte ad un unitario "*fenomeno di autonomizzazione dell'azione volta alla cura dell'interesse generale*"<sup>146</sup>, indicativo dell'affermarsi di un modello di amministrazione di risultato,<sup>147</sup> teso al miglioramento delle qualità delle prestazioni rese agli utenti, precipuamente nel settore economico ed in quello delle attività sociali<sup>148</sup>.

In tale prospettiva, si prende atto dell'evoluzione del ruolo dello Stato che lascia sempre più campo d'azione all'operatore privato e tende -più che a

---

<sup>144</sup> Ad esempio, F. DE LEONARDIS, *Soggettività privata cit.*, 187 e ss., include nella formula di "*soggetti privati costituiti per la cura di interessi generali*" figure soggettive dogmaticamente riconducibili (anche in base ai rilievi storici poco sopra richiamate ed alle conclusioni che si è ritenuto di dover trattare) a categorie di diversa natura, quali le SOA appunto; le società di capitali per la gestione dei servizi pubblici locali; le cd. società legali; le federazioni sportive.

<sup>145</sup> Per F. DE LEONARDIS, *Soggettività privata cit.*, 202, sono le norme che prevedono i requisiti per l'abilitazione; l'incompatibilità del personale incaricato dei controlli e i suoi requisiti di preparazione; l'indipendenza nell'esercizio delle rispettive funzioni; i principi a cui si deve adeguare la retribuzione; l'obbligo del segreto professionale; le forme del procedimento.

<sup>146</sup> F. DE LEONARDIS, *op. ult. cit.*, 300.

<sup>147</sup> Sul tema, A. ROMANO TASSONE, *Sulla formula "amministrazione per risultati"*, in *Scritti in onore di Elio Casetta*, II, Napoli, 2001, 812. Per una ricognizione di carattere generale, cfr. A. MALTONI, *Il conferimento cit.*, 431 e ss.

<sup>148</sup> G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato cit.*, 22, il quale richiama le cause di tale transizione: crisi fiscale dello Stato; esigenza di ridurre il sovraccarico delle amministrazioni; sviluppo delle iniziative collettive a carattere solidaristico che implica il richiamo alla sussidiarietà orizzontale ed al suo fondamento costituzionale contenuto nell'art. 118, comma 4 Cost..



gestire- a regolare (anche grazie alle Autorità indipendenti) i possibili conflitti di interesse<sup>149</sup>, con il definitivo superamento del sistema di “ingerenza pubblica”<sup>150</sup> nei sopracitati settori, affermatosi tra la fine dell’Ottocento e la prima metà del secolo scorso.

Di qui gli interrogativi sulla effettiva portata della suddetta trasformazione, se da intendersi in termini di riduzione<sup>151</sup> o espansione<sup>152</sup>(-riorganizzazione<sup>153</sup>) della sfera pubblica rispetto a quella privata e, dunque, come attitudine della prima a modulare diversamente (attraverso il potere di regolazione) l’estrinsecazione della propria sovranità.

A tal proposito, si è fatto riferimento anche alla cd. esternalizzazione di funzioni amministrative intesa come “*modulo organizzativo alternativo alla creazione o al mantenimento di strutture ed uffici pubblici della p.a.*”<sup>154</sup>, strumento ottimale per garantire lo sviluppo economico in considerazione dei diritti fondamentali dell’uomo, alla luce di principi di efficacia, economicità, semplificazione.

Tale modulo alternativo che esprime la filosofia dell’amministrazione di risultato, viene ricondotto anche al principio di sussidiarietà orizzontale (art. 118 u.c. Cost.)<sup>155</sup>.

Un siffatta visione globale di nuovi meccanismi organizzativi si attaglia certamente ad una moltitudine di entità soggettive caratterizzate dalla

---

<sup>149</sup> F. DE LEONARDIS, *op. ult. cit.*, 299; G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato cit.*, 20, con abbondanti richiami dottrinari sul tema (nota 66).

<sup>150</sup> G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato cit.*, 9 e ss. Per un inquadramento dei caratteri e modalità della politica interventistica dello Stato nella prima metà del secolo scorso alla luce del principio di socialità, G. LANDI, *L’organizzazione amministrativa diretta e indiretta, centrale e periferica*, in *Atti del IV convegno di studi di scienza dell’amministrazione (Varenna, 18-21 settembre 1958)*, Milano, 1959, 51 e ss. (spec. 61 e ss.). Sull’evoluzione della amministrazione di erogazione, oltre che di prelievo, di risorse e servizi, A. ROMANO, *Il cittadino e la pubblica amministrazione cit.*, 201 e ss. .

<sup>151</sup> Tra i fautori di tale approdo esegetico, cfr., tra tutti, M. MAZZAMUTO, *La riduzione della sfera pubblica*, Torino, 2000.

<sup>152</sup> Così M. DUGATO, *La riduzione della sfera pubblica?*, in *Dir. Amm.*, n. 1/02, 169 e ss., il quale critica l’affermazione dell’arretramento della sfera pubblica rispetto a quella di diritto privato, sostenendo che “*anzi, con riferimento al pubblico <regolatore> parrebbe vero il contrario. Il sorgere di nuovi interessi imputati alla collettività ha determinato l’espansione dell’attività pubblica diretta alla loro protezione. A volte, ciò ha addirittura indotto la creazione di nuovi enti esponenziali dei nuovi interessi ed ha determinato un aumento del pubblico come <soggetto>*” (p. 179).

<sup>153</sup> S. CASSESE, *Le privatizzazioni, arretramento o riorganizzazione dello Stato?* (relazione al IX Convegno italo-tedesco di diritto costituzionale, Berlino, 2-4 maggio 1996), in *Riv. it. Dir. Pubbl. comunit.*, 1996, 579 e ss.; V. ROPPO, *Privatizzazioni e ruolo del <pubblico>: lo Stato regolatore*, in *Pol. Dir.*, 1997, 4, 624 e ss.; G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato cit.*, 15 e ss.

<sup>154</sup> A. MALTONI, *Il conferimento cit.*, 438.

<sup>155</sup> A. MALTONI, *Il conferimento cit.*, 439.

commistione tra profili pubblicistici e privatistici (es. società miste deputate alla gestione di un pubblico servizio locale o enti privatizzati)<sup>156</sup>.

Tuttavia, essa non sembra esattamente congeniale alla SOA, senza per questo escluderne l'attinenza alla "*moltiplicazione delle soluzioni organizzative*"<sup>157</sup> che segnano il superamento della "*grande dicotomia*"<sup>158</sup> tra pubblico e privato.

E ciò in quanto, il pur diffuso ed unanime inquadramento delle stessa alla stregua di un operatore privato soggetto, quale titolare di *munus*, al controllo della pubblica amministrazione (come già anticipato, l'Autorità di vigilanza sui lavori pubblici) appare -per quanto si tenterà di esporre- limitativo e nasce presumibilmente dalla già accennata visione, per così dire, "atomistica" della SOA.

Si vorrebbe tentare, a questo punto, di fornire una diversa chiave di lettura del fenomeno in esame, sganciando il problema della natura giuridica della SOA dal richiamato inquadramento di tale figura soggettiva in un generico e indiscriminato processo di privatizzazione e, per questa via, negli ingranaggi dell'amministrazione di regolazione.

Al suddetto inquadramento -che non risulta incontestabile per quanto si cercherà di evidenziare-, si deve presumibilmente, ad avviso di chi scrive, la decifrazione in termini restrittivi della funzione pubblica realmente sottesa alla specifica materia di cui si discute.

Su questo profilo è necessario preliminarmente soffermarsi.

Ed è, forse, il caso di invertire i termini logici dei superiori assunti interpretativi, deducendo dalla corretta evidenziazione degli estremi della funzione pubblica, nella materia oggetto di analisi, elementi indicativi dell'assetto organizzativo di riferimento.

In proposito, non sembra azzardato affermare, come si è già anticipato, che, pur rinvenendosi in astratto nell'attività certificatoria della SOA i caratteri di una funzione pubblica, tuttavia, nel caso concreto, essa non si identifica né esaurisce la funzione pubblica che emerge dalla normativa di riforma.

Tenendo, infatti, presente il più ampio contesto sistematico di riferimento, si è già notato che la funzione pubblica che si sta analizzando non

---

<sup>156</sup> F. DE LEONARDIS, *Soggettività privata cit.*, 316.

<sup>157</sup> G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato cit.*, 23.

<sup>158</sup> G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato cit.*, 23.

sembra tanto (o soltanto) consistere nella mera certificazione, bensì nella qualificazione che da tale certificazione discende in capo all'operatore privato.

La funzione pubblica, intesa come espressione di potestà pubblica<sup>159</sup> è, dunque, una complessa ed articolata *funzione di qualificazione*, il cui substrato materiale è certamente costituito dalla evidenza documentale, ma il cui effetto giuridico discende da un sofisticato sistema che troppo semplicisticamente è riconducibile alla mera emanazione di un certificato. O, meglio, anche volendo riferire tale effetto al certificato, ci si deve intendere sull'imputabilità dell'effetto preclusivo suo tipico.

#### **§.10- Proposta di un'interpretazione alternativa e profili problematici connessi.**

Si tratta, a questo punto, di verificare quali siano gli elementi costitutivi di questa funzione di qualificazione e quali gli indici sintomatici della stessa, tornando utile, a tal fine, tenere presenti i tratti essenziali del quadro normativo di riferimento già evidenziati.

Il primo interrogativo inevitabilmente riguarda la titolarità di tale funzione di qualificazione.

Sul punto, non si può prescindere dal tenere in considerazione il rapporto tra Autorità di vigilanza e SOA ed, in particolare, l'autorizzazione allo svolgimento dell'attività di attestazione (art. 2, lett. m) D.P.R. n. 34/00).

Si concorda pienamente, in ragione di quello che si è finora detto, con chi afferma che l'autorizzazione non ha alcun effetto costitutivo in capo alla SOA, discendendo direttamente dalla legge l'attribuzione alla stessa della potestà certificatoria<sup>160</sup>.

Tuttavia, ciò non toglie che l'autorizzazione ricognitiva dei requisiti legali della SOA, oltre a formalizzare l'attitudine certificatoria della SOA verso l'esterno nei rapporti con i privati imprenditori, possa leggersi come il segnale di un legame tra l'Autorità di vigilanza e la SOA.

---

<sup>159</sup> Cfr. G. ZANOBINI, *Amministrazione pubblica cit.*, 237.

<sup>160</sup> Così, tra tutti, P. SALVATORE, *Le attestazioni SOA cit.*, 458 che, sulla scorta degli indici normativi, ritiene che "l'autorizzazione in questione svolge il suo ordinario ruolo di rimozione di un limite ad un'attività che è proiezione di una capacità giuridica speciale scaturente dalla legge...". Per una trattazione di più ampio respiro sulla nozione di autorizzazione, ID., *Autorizzazione*, in *Enc. giur.*, IV, Roma, 1988.

E ciò in quanto l'esito positivo del procedimento autorizzatorio non sembra concludere e definire un rapporto tra soggetto autorizzante e soggetto autorizzato, quanto piuttosto costituirne semplicemente il punto di partenza.

Con l'"autorizzazione" si crea, dunque, una sorta di vincolo interno tra Autorità di vigilanza e SOA che può rappresentare un primo indizio della difficoltà di analizzare e qualificare la SOA come entità a se stante e soggettivamente autonoma rispetto all'Autorità di vigilanza e di condividere, conseguenzialmente, l'idea della estraneità(-terzietà) del controllore rispetto alla funzione di amministrazione attiva svolta dal titolare del *munus*.

Tale rapporto che coinvolge l'Autorità di vigilanza e la SOA potrebbe costituire, nella nuova chiave di lettura proposta, l'elemento caratterizzante la funzione di qualificazione, laddove si riuscisse a riscontrare in capo ad entrambi il potere di contribuire attivamente alla verifica dei requisiti in capo alle imprese interessate e, dunque, appunto, alla qualificazione dei soggetti esecutori dei lavori pubblici.

In altre parole, ci sono i presupposti per verificare se l'autorizzazione in parola, o meglio il sistema normativo che la contempla, valga davvero a separare ontologicamente l'autorizzante e l'autorizzato.

Per consentire che l'indizio sopra indicato acquisisca pregnanti connotati probatori, l'unico modo è rinvenire nella riforma di settore elementi testuali che evidenzino che la legittimazione delle imprese private ad accedere alle gare pubbliche deriva direttamente non soltanto dalla SOA, ma, quantomeno in pari misura, dall'Autorità di vigilanza e dalla SOA.

V'è da accertare, si ripete, se sia possibile un'interpretazione alternativa di tale sistema normativo rispetto a quella dell'"organismo privato" titolare di funzioni pubbliche di attestazione (*id est*, SOA), su cui l'amministrazione (*id est*, Autorità di vigilanza) esercita varie forme di controllo (artt. 10, c. 9; 14 e 16 D.P.R. n. 34 cit.)<sup>161</sup>.

Anche se il dato normativo sembra inequivocabile nell'imputare all'Autorità di Vigilanza esclusivamente poteri di vigilanza<sup>162</sup> e controllo, esso risulta, ad una lettura più attenta, tutt'altro che di piana interpretazione.

---

<sup>161</sup> Così, tra tutti, FOA', *Nuovi munera cit.*

<sup>162</sup> Come già accennato, il D.lvo n. 163/06 si riferisce espressamente ad una funzione di vigilanza dell'Autorità di vigilanza, in generale, sul sistema di qualificazione (art. 6, comma 7, lett. m) D.lvo n. 163/06).

In particolare, l'art. 16 D.P.R. n. 34/00 (rubricato "*Controllo dell'autorità sulle attestazioni*")<sup>163</sup>, premessa la soggezione della SOA al controllo dell'Autorità di vigilanza, al secondo comma, nell'esplicare in cosa consiste tale controllo, configura in capo all'Autorità di vigilanza un potere di provvedere *ad indicare le eventuali condizioni da osservarsi nell'esecuzione del contratto stipulato*.

Ora, è presumibile che anche il più strenuo sostenitore della tesi della soggezione della SOA al potere di controllo dell'Autorità di vigilanza si sia, anche solo per un momento, interrogato sulla peculiare conformazione dello stesso, al di là della interpretazione letterale della norma.

In particolare, è quantomeno singolare un controllo che avrebbe ad oggetto l'esecuzione di un contratto e che interviene dopo la sua stipulazione, in ordine al quale si attribuisce ad un soggetto -diverso rispetto ai contraenti- addirittura la facoltà di indicare (incidendo, pertanto, retroattivamente sulla regolamentazione pattizia) le condizioni da osservarsi, per giunta a carico di una sola delle parti.

A prescindere dalla non felice formulazione della lettera normativa, viene da chiedersi quale sia la *ratio legis* sottesa ad un meccanismo così audace e complicato quanto, allo stesso tempo, inefficace ed inefficiente se si pensa -sempre limitandosi al tenore letterale del disposto normativo- che l'unica conseguenza dell'inosservanza da parte della SOA delle misure della

---

<sup>163</sup> La norma in questione dispone quanto segue: "1. *Le determinazioni assunte dalle SOA in merito ai contratti stipulati dalle imprese per ottenere la qualificazione sono soggette al controllo dell'autorità qualora l'impresa interessata ne faccia richiesta entro il termine di trenta giorni dalla data di effettiva conoscenza della determinazione stessa.*

2. *L'autorità, sentita l'impresa richiedente e la SOA ed acquisite le informazioni necessarie, provvede entro sessanta giorni ad indicare alla SOA le eventuali condizioni da osservarsi nell'esecuzione del contratto stipulato. L'inottemperanza da parte della SOA alle indicazioni dell'autorità costituisce comportamento valutabile ai sensi dell'art. 10, quinto comma del presente regolamento.*"

L'art. 10, quinto comma richiamato dispone, a sua volta, quanto segue: "*L'autorizzazione è revocata dall'autorità quando sia accertato il venir meno dei requisiti e delle condizioni di cui agli articoli 7, 8 e 9, nonché quando sia accertato il mancato inizio dell'attività sociale entro sei mesi dall'autorizzazione, o quando la stessa attività risulti interrotta per più di sei mesi. L'autorizzazione è altresì revocata nei capi più gravi di violazione dell'obbligo di rendere le informazioni richieste ai sensi degli articoli 7, 8 e 9 e comunque quando sia accertato che la SOA non svolge la propria attività in modo efficiente e conforme alle disposizioni della legge, del presente regolamento e nel rispetto delle procedure contenute nel documento di cui al secondo comma lett. f)*".

autorità controllante sono le “eventuali” ripercussioni negative sull’autorizzazione<sup>164</sup>.

E tenendo presenti gli enfatici richiami già citati della normativa di settore e della giurisprudenza all’art. 97 Cost., quale principio ispiratore della riforma, viene ulteriormente da chiedersi quale beneficio ricavi il privato imprenditore dall’assistere a tale potenzialmente inconducente prova di forza tra Autorità di vigilanza e SOA che, nella peggiore delle ipotesi, lo può portare addirittura ad essere sfornito del titolo abilitante alla partecipazione alle gare pubbliche.

Appare, alla luce di tali considerazioni, forse, meno assurdo ipotizzare che il legislatore, pur avendo costruito un nuovo modello di amministrazione, abbia preferito non abbandonare il ricorso alla tradizionale terminologia, utilizzandola, tuttavia, in maniera atecnica e che i termini della questione siano diversi da come appaiono. E, pertanto, si potrebbe sommessamente affermare che non è autorizzazione ciò che viene definito autorizzazione; non è revoca della stessa ciò che viene definito revoca; soprattutto, non è controllo ciò che viene definito controllo.

Tale ultimo aspetto è quello che più interessa ai fini della nostra indagine: si vuole, dunque, affermare che la funzione di qualificazione non è della SOA ma è dell’Autorità di vigilanza o, quantomeno, anche dell’Autorità di vigilanza.

In maniera meno elegante, l’attestazione SOA non è (solo) della SOA, ma (anche) dell’Autorità di vigilanza.

Non si nega, in questa sede, la natura ed il ruolo in generale di Autorità indipendente del soggetto in questione<sup>165</sup>, ma non si crede, per le ragioni che si evidenzieranno, che si possa serenamente affermare che, nel caso di specie, la stessa svolga regolazione e controllo e non, piuttosto, conformazione ed esercizio della funzione di qualificazione.

Quello che viene visto come un piano di possibile tensione agonistica tra l’Autorità di vigilanza e SOA nell’emanazione delle relative attestazioni

---

<sup>164</sup> La forza di una simile asseverazione è oggi stemperata dalla previsione normativa, contenuta nel D.lvo n. 163/06 della potestà di annullamento diretto dell’attestazione SOA da parte dell’Autorità di vigilanza.

Tuttavia, tale previsione finisce per confermare inequivocabilmente il sospetto della sussistenza di una unica funzione di qualificazione imputabile sia all’Autorità di vigilanza che alla SOA.

<sup>165</sup> Basti, tra tutti, l’autorevole ricostruzione di G.P. CIRILLO, *La tutela giurisdizionale cit.*

può essere apprezzato, invece, come campo elettivo di uniforme convergenza di forze della medesima natura e qualità verso un unico fine (*id est*, l'interesse pubblico all'affidabilità della qualificazione ed al corretto andamento del "mercato" dei lavori pubblici).

Ritornando all'art. 16, comma 2 citato, preme fare una duplice riflessione sulla ammissibilità ed efficacia di indicazioni della Autorità di vigilanza sopravvenute rispetto alla stipula del contratto tra SOA ed impresa privata.

In primo luogo, la natura delle "indicazioni da osservarsi" appare avulsa da logiche di autonomia privata, cosiccome, del resto, quello che il legislatore definisce contratto<sup>166</sup> tra la SOA ed il privato, che, in realtà, costituisce un'alternativa forma di avvio del procedimento amministrativo<sup>167</sup>, strumentale alla tutela dell'interesse pubblico ad una idonea qualificazione delle imprese a beneficio delle stazioni appaltanti.

In altre parole, sembra chiaro che quello che la norma definisce fase di "esecuzione del contratto stipulato" (art. 16, comma 2 D.P.R. cit.) non è nient'altro che il momento di sostanziale esplicazione della funzione pubblica di qualificazione, che corre lungo i binari di un'istruttoria (art. 15, comma 3 D.P.R. cit.), propedeutica all'eventuale esito certificatorio.

Pertanto tutti gli accertamenti, le scelte o le valutazioni che intervengono nella suddetta fase di esecuzione del contratto rappresentano il cuore della attività di ponderazione (seppur nella peculiare accezione di applicazione di parametri tecnici<sup>168</sup>) tipica dell'attività amministrativa.

E, conseguentemente, le indicazioni della Autorità di vigilanza, intervenendo nella suddetta fase istruttoria, costituiscono un momento interno alla funzione di qualificazione.

---

<sup>166</sup> Si registra, tuttavia, un diverso orientamento della giurisprudenza amministrativa che ha ritenuto di dover declinare la propria giurisdizione in riferimento alle controversie tra SOA ed imprese richiedenti posto che tra le stesse intercorrerebbe un rapporto di natura privatistica di tipo sinallagmatico (cioè di verifica dei requisiti dietro corrispettivo). Cfr., in proposito, T.A.R. Lazio, Sez. III, 16 ottobre 2002, n. 8722 sul sito internet [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); 26 marzo 2003, n. 2631, in *Foro amm. (TAR)*, 2003, 987.

<sup>167</sup> Sulla più generale questione della fungibilità del modulo negoziale rispetto a quello provvedimentale alla luce delle recenti riforme della l.n. 241/90, cfr. C. FRANCHINI-M. LUCCA- T. TESSARO, *Il nuovo procedimento amministrativo*, Rimini, 2005, 613 e ss; per una approfondita disamina teorica antecedente alla predetta riforma, F. TRIMARCHI BANFI, *Il diritto privato dell'amministrazione pubblica*, in *Dir. Amm.*, 2004, n. 4, 661 e ss.

<sup>168</sup> Sottolinea come la prevalente attività della SOA sia riconducibile all'accertamento tecnico con ristretti ambiti di apprezzamento valutativo, S.FOA', *Nuovi munera cit.*

Recuperando categorie del diritto amministrativo, tali indicazioni non sono nient'altro che precetti, regole di conformazione dell'attività amministrativa al principio di legalità, che attengono alla funzione sostanziale nel suo farsi, nel suo divenire; non una forma di controllo<sup>169</sup> di difficile inquadramento dogmatico che interverrebbe *ex post* rimodulando le condizioni di un contratto già stipulato da due diversi contraenti.

Se ci si arrestasse su un piano meramente civilistico, si dovrebbe ammettere che un terzo abbia il diritto di incidere sulla fattispecie negoziale dopo la determinazione dell'assetto di interessi.

L'idea del controllo, inoltre, non rende giustizia della effettiva dinamica dei rapporti tra Autorità di vigilanza e SOA che sono entrambi portatori dell'interesse all'attuazione dell'art. 97 Cost., nello specifico settore dei lavori pubblici.

Le indicazioni dell'Autorità di vigilanza non costituiscono, infatti, attività ultronea, eventuale o successiva di diversa natura e qualità rispetto a quella svolta dalle SOA.

Tale convinzione trova conforto sia nella disciplina di tale contratto<sup>170</sup> sia nel citato art. 16, comma 2, che, volendo mantenere un linguaggio codicistico, alla lontana richiama il meccanismo dell'eterointegrazione precettiva<sup>171</sup> di cui all'art. 1339 c.c. (con la differenza che nel caso di specie è l'Autorità ad inserire nel tessuto negoziale le indicazioni a tutela dell'interesse pubblico).

L'Autorità e la SOA sono, pertanto, i titolari della funzione di qualificazione, cui è imputabile l'effetto preclusivo della attestazione SOA.

Ulteriore riscontro a tale convinzione potrebbe rinvenirsi nell'art. 17, comma 2 D.P.R. n. 34 cit. che attribuisce all'Autorità di vigilanza la competenza a stabilire mediante quale documentazione i soggetti che intendono qualificarsi dimostrano l'esistenza dei requisiti richiesti per la

---

<sup>169</sup> Sulla funzione e sulle forme di controllo, G. D'AURIA, *I controlli*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, 2000, I, vol. II, 1217 e ss..

<sup>170</sup> L'effetto primario ed esclusivo di tale contratto è meramente strumentale in quanto, alla stipula che deve essere comunicata all'Autorità di vigilanza, consegue l'attivazione dell'istruttoria da parte della SOA, secondo quanto previsto dall'art. 15, commi 2 e 3 D.P.R. n. 34/00.

<sup>171</sup> La significativa espressione è rinvenibile nella parte motiva di Cons. St., Sez. V, 18 novembre 2004, n. 7555, in *Foro Amm. (CDS)*, 2004, 3244 (s.m.) con riferimento all'applicazione del suddetto meccanismo alla mancata previsione nella *lex specialis* di un contenuto richiesto come obbligatorio dalla legge.



qualificazione, con obbligo di espresso riferimento alle superiori determinazioni (anche in questo caso riecheggia lo schema dell'art. 1339 c.c.) nel contratto da sottoscrivere tra SOA e impresa.

Si potrebbero insinuare, al più, dubbi sulla effettiva portata di tale funzione in termini di amministrazione attiva a fronte della sua peculiare caratteristica di strumentalità rispetto alla partecipazione delle imprese private alle gare pubbliche e ricondurla allo schema di regolazione del mercato dei lavori pubblici.

Ma anche a voler considerare tale attività come di regolazione<sup>172</sup> in senso lato, una simile considerazione non avrebbe alcuna incidenza sul presupposto organizzativo di tale funzione che non si incardina sul modello controllore-controllato, bensì su un diverso modulo "osmotico", diviso (o unito) da una sottile membrana: l'autorizzazione.

Di tale autorizzazione la ricostruzione prospettata esalta il profilo organizzativo del collegamento funzionale tra Autorità di vigilanza e SOA rispetto a quello della legittimazione al controllo della prima sulla seconda.

In tale prospettiva, si possono condividere le conclusioni dell'orientamento del Consiglio di Stato<sup>173</sup> circa l'ammissibilità della potere diretto di annullamento dell'attestazione SOA in capo all'Autorità di vigilanza, ma non le premesse.

Il presupposto da cui parte la summenzionata giurisprudenza è la disamina del quadro normativo di riferimento (in particolare, artt. 4, comma 4, lett. i) e 8, comma 3 l. n. 109/94; 8, comma 5; 10, commi 1 e 5 e 11, comma 2 D.P.R. n. 34/00) dal quale si desume il riconoscimento in capo all'Autorità di un potere di vigilanza sul sistema di qualificazione e sulla compagine societaria.

A tale indagine si unisce l'individuazione in capo alla medesima Autorità di un potere di controllo sulle singole attestazioni (artt. 12, comma 5; 14; 16 D.P.R. n. 34 cit.).

---

<sup>172</sup> In generale, sul modello di azione regolatrice delle autorità indipendenti, A. PAJNO, *Il giudice delle autorità amministrative indipendenti*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2004, n. 3, 617 e ss (spec. 620 e ss.).

<sup>173</sup> A titolo esemplificativo, Cons. St., Sez. VI, decc. 2 marzo 2004, nn. 991 e 993, in *Cons. St.*, 2004, I, 506; 14 aprile 2004, n. 2124, *id.*, 2004, I, 820; 14 aprile 2004, n. 2125, in *Servizi pubbl. e appalti*, 2004, 596 (s.m.); 7 settembre 2004, n. 5843, in *Cons. St.*, 2004, I, 1827; 19 ottobre 2004 n. 6775, 7 novembre 2004, n. 5845, 24 gennaio 2005, n. 129 e 22 marzo 2005, n. 1178, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

In tale prospettiva, viene (o, meglio, veniva) superato l'*empasse* della mancanza di una norma<sup>174</sup> che preveda espressamente il potere di annullamento dell'Autorità di vigilanza sulle attestazioni SOA proprio richiamando il modulo organizzatorio dell'esercizio privato di pubbliche funzioni.

Così, viene considerato irrilevante che l'attestazione SOA -intesa espressamente quale atto unilaterale della SOA- promani da un soggetto formalmente privato, posta la valenza pubblicistica della (funzione di) certificazione.

Si ricava dalla suddetta natura pubblica della funzione di certificazione la sussistenza del potere di annullamento in capo all'Autorità di vigilanza: *“Una volta acclarato, alla luce della disciplina positiva, che le SOA sono soggetti privati che esercitano una funzione pubblica, e che all'Autorità sono attribuiti poteri penetranti di vigilanza e controllo sia sulle SOA che sulle singole attestazioni, è agevole desumere, in chiave di ricostruzione logica e sistematica, - al di là del mero dato letterale- la sussistenza di un potere, in capo all'Autorità, di annullare in via diretta le attestazioni SOA...I criteri logico e sistematico inducono a ritenere che se l'Autorità può indicare in maniera vincolante il contenuto dell'attestazione, e può addirittura, in caso di inadempimento della SOA nel recepire tale contenuto, sanzionare la SOA precludendone ogni ulteriore attività (mediante la revoca dell'autorizzazione generale), a maggior ragione l'Autorità può adottare la misura, di minore impatto, di intervenire in via diretta sulla attestazione, annullandola”*.<sup>175</sup>

Questo passaggio cruciale che si è ritenuto di dover riportare testualmente non sembra del tutto appagante.

Più precisamente, non si coglie il rapporto di causalità tra l'accertata natura pubblica dell'attività di certificazione della SOA ed il fondamento della potestà di annullamento delle relative attestazioni da parte dell'Autorità di vigilanza che è comunque, nella prospettiva tradizionale, soggetto estraneo

---

<sup>174</sup> Il legislatore ha, come già anticipato, ritenuto di tagliare il nodo gordiano con la espressa previsione del potere di annullamento delle attestazioni SOA in capo all'Autorità di vigilanza (art. 6, comma 7, lett. m) D.lvo n. 163/06).

<sup>175</sup> Cons. St., Sez. VI, n. 991/04 in *Urb. e app.*, 2004, n. 6, 683 e ss., con nota di R. DAMONTE.

alla funzione di certificazione stessa e, dunque, incompetente per legge ad incidere direttamente sul consequenziale effetto preclusivo<sup>176</sup>.

In tal senso, appare più convincente l'opzione ermeneutica opposta (e superata) dei giudici di primo grado<sup>177</sup> che disconoscono un potere di annullamento in capo all'Autorità, in assenza di un'espressa previsione normativa<sup>178</sup>; o l'altra tesi giurisprudenziale<sup>179</sup>, secondo cui la funzione di controllo contempla implicitamente la misura dell'annullamento.

Non si comprende, altresì, in che senso l'annullamento dell'attestazione SOA possa essere considerato come una misura di minore impatto rispetto alla revoca dell'autorizzazione in capo alla SOA.

Tale affermazione non può essere condivisa alla luce della riflessioni finora svolte. Essa prende spunto dalla visione della SOA quale esercente privato di pubblica funzione e, conseguentemente, dalla criticata prospettiva di "antagonismo" tra Autorità di vigilanza e SOA, alla luce della quale è ovvio che alla SOA deriva un male minore (o meglio nessun male) dall'annullamento dell'attestazione SOA, piuttosto che dalla revoca dell'autorizzazione.

Ma, guardando alle due fattispecie di revoca dell'autorizzazione e di annullamento di attestazione SOA dalla diversa prospettiva panoramica sopra proposta, si può chiaramente apprezzare che esse afferiscono a piani di interesse di diversa natura.

L'annullamento dell'attestazione attiene al profilo funzionale della qualificazione, non tocca la esistenza giuridica della SOA, ma i rapporti con i terzi, tutelando il corretto esercizio della funzione di qualificazione; la revoca dell'autorizzazione ha risvolti organizzatori interni, incidendo, invece, sulla "membrana" che divide (o unisce) l'Autorità di vigilanza rispetto alla SOA stessa.

---

<sup>176</sup> Il legislatore di riforma, nel prevedere il potere diretto di annullamento dell'attestazione SOA da parte dell'Autorità di vigilanza si è probabilmente reso conto della debolezza delle argomentazioni del Consiglio di Stato e, senza andare molto per il sottile, ha eliminato alla radice il problema interpretativo.

Ciò non toglie che tale potere di annullamento diretto non possa e non debba essere considerato come un significativo supporto alla tesi sostenuta nel presente lavoro di una omogeneità sostanziale e funzionale di fondo tra Autorità di vigilanza e SOA.

<sup>177</sup> Si rinvia alla nota 4 del presente lavoro. Per un commento a tale orientamento, cfr. L. IEVA, *Commento* a T.A.R. Lazio, sez. III *ter*, 12 marzo 2003, n. 1868, in *Urb. e app.*, 2003, n. 7, 828 e ss. .

<sup>178</sup> Ovviamente prima dell'entrata in vigore del D.lvo n. 163/06.

<sup>179</sup> T.A.R. Catania, Sez. I, 3 febbraio 2003, n. 172, in *Foro amm. (TAR)*, 2003, 780.

La soluzione favorevole al riconoscimento di un potere di annullamento in capo all'Autorità di vigilanza (oggi avvalorata dal D.lvo n. 163/06) si giustifica, invece, nella considerazione che esso è semplicemente un effetto accessorio dell'esercizio del potere e spetta automaticamente al soggetto titolare (cioè l'Autorità di vigilanza) della funzione pubblica (nella specie, di qualificazione).

Pertanto, più che una misura derivante dal controllo, esso rappresenta, nella ricostruzione proposta, una specie di autoannullamento, connaturato all'esercizio della funzione pubblica di qualificazione<sup>180</sup>.

E, collocando tale istituto nella giusta prospettiva della funzione amministrativa e dei suoi destinatari, contrariamente a quanto sostenuto dalla sopra citata giurisprudenza, risulta di maggiore impatto rispetto alla revoca dell'autorizzazione.

Anche prima dell'intervento del D.lvo n. 163/06, ci si sarebbe potuti spingere oltre per contentare i cultori della tipizzazione normativa del potere e, pur se con qualche riserva, rinvenire tale potere di annullamento addirittura nella normativa di settore, proprio con riferimento all'art. 16, comma 2 D.P.R. cit..

Se, infatti, l'Autorità, nel corso dell'istruttoria avviata dalla SOA ha il potere di indicare le condizioni da osservarsi, si presume che tali condizioni possano anche essere incompatibili con gli originari orientamenti della SOA precedente e prevalere sugli stessi.

Tale prevalenza ha il medesimo effetto di un annullamento, anche se, nel caso di specie, esso interviene in fase istruttoria, prevenendo eventuali contestazioni sulla certificazione finale.

E', del resto, innegabile l'importanza del riconoscimento del potere di annullamento, in quanto esso conferisce utilità concreta e finale a tutta la riforma di settore, superando l'imbarazzante scoglio della sopravvivenza di una certificazione *contra legem* con effetti preclusivi, nonostante l'accertamento sostanziale della sua illegittimità.

Su tali premesse, si può anche tentare di muovere qualche rilievo alla ricostruzione della SOA in termini di *munus publicum*.

---

<sup>180</sup> Il legislatore di riforma ha, pertanto, confermato, nel prevedere espressamente il potere di annullamento *de quo* in capo all'Autorità di vigilanza, la ricostruzione proposta.

Non nel senso che essa non sia aderente alle più autorevoli elaborazioni sul tema, ma nel senso che una simile impostazione dà contezza di uno spicchio dell'intero fenomeno organizzativo in esame.

Alla luce di quanto rilevato, non sembra più così pacifico che la figura della SOA sia accostabile a quella del notaio<sup>181</sup>, in quanto, se è vero che entrambi svolgono una funzione di certificazione, hanno caratteristiche ben diverse.

La certificazione del notaio (promana da ed) è imputabile esclusivamente allo stesso; l'attestazione SOA non è, contrariamente a quanto sopra affermato, atto unilaterale proveniente dalla SOA, ma (anche) dall'Autorità di vigilanza ed è imputabile (anche) alla stessa.

La figura soggettiva del notaio rappresenta, quale esempio classico di titolarità di un *munus*, un semplice modulo organizzatorio monistico autosufficiente ed autonomo, cui sono riconducibili gli effetti e le responsabilità degli atti pubblici redatti.

La SOA, invece, opera ed agisce in simbiosi con l'Autorità di vigilanza, sulla scorta di un collegamento funzionale creato dalla legge e, per essa, dall'autorizzazione, per cui, come già, detto non è importante l'attestazione in sé, ma la qualificazione legale che da essa promana.

In tale ottica, l'argomento della forma della società per azioni non sembra di per sé solo idoneo a sorreggere la natura privatistica della SOA, tanto più che viene anche difficile condividere i suesposti approdi esegetici circa la natura speciale della società.

Si può affermare, invece, che la SOA è società non speciale, ma anomala, cioè soggetto nuovo e qualitativamente diverso rispetto alla società per azioni, creato *ex novo* dalla legge per far parte di una complessa entità organizzatoria, la cui rilevanza unitaria in termini formalmente pubblicistici pone in secondo piano la identità soggettiva e formale della stessa.

E, comunque, anche a volerne ritenere la mera specialità, sembra chiaro che non ha più tanto senso indagare sulla natura giuridica della SOA, rilevandone l'apparente discrasia tra forma privata e funzione pubblica, quanto

---

<sup>181</sup> Affronta tematiche specifiche sulla figura notarile che ne evidenziano ulteriormente la peculiarità rispetto alle SOA, F. MERUSI, *Il diritto pubblico delle libere professioni. Ordini, albi e diritto di stabilimento nel diritto vigente e <quasi vigente>*, in *Dir. Amm.*, 2005, n. 3, 449 e ss. .

verificare sistematicamente gli estremi del fenomeno organizzatorio di riferimento che dà vita alla funzione di qualificazione.

In questo caso più che di irrilevanza della soggettività privata si tratta di irrilevanza di un approccio frammentario alla questione e, dunque, di una isolata indagine sulla SOA.

Sorge, a questo punto dell'indagine, un interrogativo.

Posto che la suddetta qualificazione è imputabile direttamente alla Autorità di vigilanza (quantomeno) nella stessa misura in cui è imputabile alla SOA, l'attestazione è atto unico o complesso?

La risposta a tale quesito nel secondo senso dipende ancora una volta dal rilievo che si attribuisce all'autorizzazione ed, in particolare, dal riconoscimento in capo alla stessa di un effetto costitutivo di un rapporto organizzatorio.

Una simile conclusione non sarebbe poi così peregrina, tenendo presente la evidenziata caratteristica indicativa di ogni fenomeno organizzatorio e, cioè, la *strumentalità* rispetto all'interesse pubblico, al cui perseguimento sono preposti entrambi i soggetti in questione.

In questa prospettiva, l'autorizzazione diventa lo strumento di riscontro dell'attitudine funzionale della futura SOA, aprioristicamente individuata, dal modello astratto codificato dal legislatore, in norme di chiara natura organizzatoria.

Quella che il legislatore definisce autorizzazione della SOA ad esercitare la funzione certificatoria si sostanzia in uno strumento di costituzione di una articolazione organizzatoria del sistema di qualificazione che fa capo all'Autorità di vigilanza.

#### **§.11- Conclusioni.**

Resta da interrogarsi ancora sulla *ratio legis* che ha portato alla creazione del nuovo sistema di qualificazione, fondato sull'interazione tra Autorità di vigilanza e SOA.

Come già si è anticipato, probabilmente non è il caso di scomodare i più ampi e diversi temi della privatizzazione, della amministrazione di regolazione, né tantomeno il principio di sussidiarietà orizzontale<sup>182</sup>.

---

<sup>182</sup> Tale principio rimanda al modello della cd. amministrazione condivisa che consiste nella convergenza di risorse e di intenti tra soggetto pubblico e cittadino e “*trasforma i cittadini da utenti in alleati dell'amministrazione nella gestione di una società la cui complessità*”

La ragione precipua della riforma presa in considerazione è da individuarsi nella esigenza sempre più pressante di riorganizzazione scaturente dall'espansione del già rilevato fenomeno di complessificazione tecnico-giuridica<sup>183</sup> nel settore degli appalti.

Tale fenomeno, particolarmente sensibile alle influenze comunitarie, si sostanzia nella tassonomica predeterminazione di categorie e sofisticati parametri di natura tecnica e rappresenta la soluzione ottimale di garanzia della *par condicio* tra i concorrenti e dell'affidabilità delle imprese ai fini del buon esito dei lavori, in uno scenario cui fanno da sfondo interessi pubblici di primaria rilevanza ed ingenti risorse finanziarie.

Di qui, la ricerca di un meccanismo operativo che garantisca certezza e tendenziale incontrovertibilità dei relativi accertamenti, da un lato, e celerità e snellimento di tali attività, dall'altro.

Ne è derivata, in questo settore, con l'espansione della tendenza alla positivizzazione degli indici di idoneità tecnica degli aspiranti alla partecipazione alla gare pubbliche, una fortissima contrazione dei margini di valutazione in ordine all'ottimale soddisfacimento dell'interesse pubblico ed un notevolissimo ridimensionamento della stessa discrezionalità tecnica.

Tale nuova conformazione del profilo funzionale non può non riflettersi sul piano organizzativo.

Sembra a questo punto naturale la creazione di un nuovo modello di soggetto pubblico "tecnico" -ed una sua conseguente peculiare articolazione organizzativa (Autorità di vigilanza-SOA)- alieno quasi totalmente da profili ponderativi che garantisce un alto tasso di professionalità nella qualificazione dei soggetti, contemporaneamente sollevando le stazioni appaltanti dall'onere di ricorrere a soggetti esterni particolarmente qualificati per la verifica dei requisiti tecnici posseduti dalle imprese.

---

*costituisce una sfida che non possono vincere da sole*"(G. ARENA, *Un nuovo modo di amministrare*, relazione tenuta in occasione della Convenzione Nazionale per la sussidiarietà, Roma 12 marzo 2004, 5). Tale impostazione non sembra attagliarsi alle SOA dal momento che esse non sono sullo stesso piano dei cittadini che hanno la facoltà, ma non l'obbligo legale di adiuvarne i pubblici poteri. Le SOA come visto hanno come unico scopo e ragione della loro esistenza la attestazione SOA, costituendo articolazione organizzativa dell'Autorità di vigilanza e partecipando istituzionalmente della natura pubblica di questa. Sul principio di sussidiarietà orizzontale ed i suoi risvolti soprattutto in materia di servizi pubblici, cfr. P. DURET, *La sussidiarietà "orizzontale": le radici e le ragioni di un concetto*, in *Jus*, 2000, 1, 95; ID., *Sussidiarietà ed autoamministrazione dei privati*, Padova, 2004; D. D'ALESSANDRO, *Sussidiarietà solidarietà e azione amministrativa*, Milano, 2004.

<sup>183</sup> S. GIACCHETTI, voce *Certificazione cit.*

Visto che lo strumento ottimale di tutela dell'interesse pubblico nel settore dei lavori pubblici è la regola tecnica, sembra naturale ed opportuno che il legislatore abbia affidato il delicato compito della qualificazione degli esecutori di lavori pubblici a soggetti specializzati, diversi dall'Amministrazione ministeriale, limitando al massimo, attraverso la soluzione della tipizzazione normativa dell'attività e di tutte condizioni e requisiti necessari, gli ambiti di discrezionalità.

E' un nuovo fenomeno organizzatorio, incardinato sull'art. 97 Cost. che impone il contemperamento tra le segnalate esigenze di garanzia dell'affidamento sull'accertamento tecnico effettuato e di celerità dei tempi di svolgimento delle operazioni di qualificazione.

In tal senso, il meccanismo appare improntato su di una sorta di rapporto gerarchico improprio -evidenziato dal suddetto potere di annullamento- in base al quale la funzione di qualificazione è imputabile a tutto l'apparato organizzativo, ma, nel contempo, efficientemente non esige il dispiegamento massimo di tutte le energie, ma configura un rapporto di diretta proporzionalità tra la complessità tecnica e l'attivazione della Autorità di vigilanza.

Volendo attingere alle classiche categorie dogmatiche, ci si potrebbe spingere a qualificare la SOA come ufficio tecnico, anche in senso oggettivo, dell'Autorità di vigilanza dotata di un più alto grado di competenza tecnica.

Trattasi di una differenza quantitativa e non qualitativa tra i due soggetti che può evocare un'articolazione organizzativa unitaria ed una imputazione unitaria della funzione di qualificazione.

Ciò è dimostrato, ad avviso di chi scrive, anche dalla assenza di una concessione o di una procedura ad evidenza pubblica per la scelta delle SOA, le quali nascono per attribuzione normativa al pari dell'Autorità di Vigilanza, nonché dalle norme sopra segnalate relative alla composizione, limiti e regole di condotta delle SOA, improntate all'imparzialità ed al buon andamento.

La qualificazione pubblicistica del soggetto tecnico complessivamente esaminato, anche se in controtendenza rispetto alla generale apertura al diritto privato, può considerarsi indicativo di un modello di formalizzazione



soggettiva del collegamento interesse pubblico-diritto pubblico<sup>184</sup>, pur con il ricorso a istituti che solo terminologicamente appartengono al diritto privato (società per azioni; contratto), senza con questo negarsi la odierna rilevanza della funzione amministrativa in senso oggettivo.

Condividendo le allarmanti indicazioni di chi assiste con preoccupazione ad un generale processo di smobilitazione delle strutture e degli strumenti pubblicistici<sup>185</sup>, non sembra possa parlarsi, in questi termini, come è stato finora fatto, di esternalizzazione nel senso di devoluzione a soggetti esterni all'apparato organizzativo di determinate competenze e funzioni, in quanto, come si è cercato di dimostrare, si ha a che fare con un nuovo modulo organizzativo proprio, autonomo e motivato da esigenze tecniche.

L'esternalizzazione, al più, la si potrebbe cogliere nei confronti delle Stazioni appaltanti grazie all'effetto preclusivo delle attestazioni SOA che consentono, altresì, di surrogare i possibili *deficit* necessari degli organici delle pubbliche amministrazioni di profili di altissima qualificazione tecnica.

In conclusione, riagganciandosi al titolo del tema, si è tentato di dimostrare, con specifico riferimento ai lavori pubblici, che le evoluzioni normative non necessariamente devono condurre all'abbandono di categorie concettuali basilari, quali il soggetto di diritto, potendosi, nel caso di specie alleviare il peso dell'insostenibile leggerezza dell'essere amministrativo, attraverso una rimodulazione dei confini dello stesso.

Allo stato, si deve prendere atto della esistenza di un nuovo soggetto pubblico di natura tecnica che ha una sua organizzazione e, tramite la stessa, persegue un obiettivo di pubblico interesse svolgendo, nel suo complesso, svolge sì una funzione ausiliaria, ma non nei confronti del tradizionale apparato amministrativo ministeriale, bensì nei confronti delle Stazioni appaltanti.

---

<sup>184</sup> Rileva l'esigenza di recuperare dignità al diritto pubblico rispetto al diritto privato, soprattutto all'esito della riforma della l.n. 241/90, S. GIACCHETTI, *Giurisdizione amministrativa e legge n. 15/2005: verso la riscoperta dell'unitarietà dell'interesse pubblico o verso una riserva indiana?*, in *Cons. St.*, 2005, II, 375 e ss.

<sup>185</sup> S. GIACCHETTI, *Giurisdizione amministrativa cit.*, 376, il quale rileva l'inclinazione "a ritenere che il diritto pubblico debba avere una funzione solo eventuale e sussidiaria, come a suo tempo ipotizzato dalla Bicamerale; e quindi sull'onda di questo postulato sociopolitico-ormonale si tende a privatizzare tutto il privatizzabile, a consensualizzare tutto il consensualizzabile, ad esternare tutto l'esternalizzabile, smobilitando le strutture e gli strumenti pubblicistici. Insomma si tende a ritenere che adesso sia la volta del diritto pubblico ad essere considerato "una porcheria"".

L'impostazione teorica dalla quale si è tentato motivatamente di discostarsi sicuramente su un piano descrittivo può risultare efficace nel rendere l'idea della complessità tecnica dell'ambito di qualificazione dei soggetti operatori nel campo dei lavori pubblici.

Ma in essa sembrano riecheggiare i riflessi negativi della estraneità del soggetto formalmente privato alla nozione di organizzazione amministrativa.

Nonostante, infatti, la postulata irrilevanza della natura soggettiva della SOA, ai fini di un suo inquadramento dogmatico, in linea con gli orientamenti comunitari e con la dottrina sopra citata, sembra che sulla stessa incomba una sorta di presunzione di deteriorità del potere esercitato, tamponabile o compensabile (a garanzia dei principi di imparzialità e buon andamento) dalla salvifica attività di controllo dell'Amministrazione soggettivamente pubblica e, cioè, l'Autorità di vigilanza.

In tale prospettazione, affiora subdolamente lo schema della concessione di pubblici servizi, nella quale, come visto, la cooperazione tra il pubblico e privato rimane asettica e non compenetrativa, a differenza di quanto si è cercato, all'esito dell'indagine, di dimostrare.

Una simile impostazione ha chiari riflessi di tutela giurisdizionale (si pensi ad eventuali giudizi di responsabilità) su cui, in questa sede, non ci si può intrattenere.

Qui si può solo dare contezza di una reazione organizzativa al segnalato fenomeno di complessificazione tecnico-giuridica che ha risvolti anche in ordine al principio di legalità<sup>186</sup> tradizionalmente inteso, potendosi ricavare dalla normativa di riforma una chiara tensione verso la legalità intesa in senso sostanziale<sup>187</sup>.

Nel settore oggetto di studio si è potuto, infatti, constatare un particolare atteggiarsi della norma attributiva del potere sia dal punto di vista del pluralismo delle fonti di vario rango (art. 97 Cost.; L.Merloni; D.P.R. n.

---

<sup>186</sup> Il collegamento tra principio di legalità e la tematica organizzativa è stata affrontata con riferimento alle recenti evoluzioni dei modelli organizzatori, da M. SPASIANO, *Spunti di riflessione in ordine al rapporto tra organizzazione e principio di legalità: la <regola del caso>*, in *Dir. Amm.*, 2000, n. 1, 131 e ss.

<sup>187</sup> Non è certamente questa la sede per affrontare la tematica della evoluzione e crisi del principio di legalità. Per una pregevole ricognizione generale che confronta il principio di legalità in senso sostanziale (per cui la legge oltre che a prevederlo, dovrebbe anche compiutamente disciplinare il potere e la susseguente attività della pubblica amministrazione) con le recenti evoluzioni del diritto amministrativo, cfr. P. SALVATORE, *I nuovi orizzonti del principio di legalità*, in *Cons. St.*, 2005, II, 1619 e ss..

34/00; ora D.lvo n. 163/06) sia per la capillarità della disciplina che tiene testa puntigliosamente alla particolare complessità tecnica della materia disciplinata, al fine di garantire il perseguimento dei valori e degli interessi pubblici e privati coinvolti.

Infine, come si è già avuto modo di accennare, le indagini sul soggetto di diritto pubblico e sul suo assetto organizzativo nel settore di riferimento conducono inevitabilmente a riflessioni sulla connessa nozione di potere giuridico<sup>188</sup>, che appare fortemente rinvigorita. Sul presupposto, infatti, che il principio di rappresentatività che legittima e sostanzia il potere giuridico viene garantito, con riferimento all'organizzazione dello stesso, tramite l'esecuzione della volontà legislativa, la peculiare tecnica di tipizzazione normativa adottata per la costruzione del novello sistema di qualificazione è particolarmente funzionale ad esprimere l'autorità dello stesso e, per esso, dell'ordinamento giuridico.

Un sistema normativo finalizzato a garantire certezza in settori di particolare complessità attraverso una disciplina normativa analitica e puntigliosa ed un efficace sistema di circolazione di tale certezza è affermazione di autorità<sup>189</sup>.

La suddetta affermazione produce, però, l'effetto collaterale di una crisi di identità dell'azione amministrativa così asfitticamente avvinta dalle maglie delle norme.

---

<sup>188</sup> Sulla equivoca nozione di potere, A. ROMANO TASSONE, *Note sul concetto di potere giuridico*, in *Annali della Facoltà di Economia e Commercio dell'Università di Messina*, 1981, n. 2, 405 e ss. Il lavoro sin dall'inizio, con una impostazione che pare attagliarsi perfettamente alla tematica analizzata, pone il dubbio della stessa utilità del concetto: "Tale dubbio si pone in immediata relazione con la crescente consapevolezza della complessità istituzionale del mondo contemporaneo e della conseguente crisi dei valori programmatici espressi dal contesto normativo, dal quale pure si continua a ritenere comunemente che promani, in via diretta ed esclusiva, l'attività giuridica della pubblica amministrazione", 408. Sulla connessione tra soggetto e potere, con un taglio dogmatico generale, A. ROMANO TASSONE, *Note cit.*, 446.

<sup>189</sup> Il meccanismo dell'affermazione del potere autoritario che si basa sul conferimento di certezze in capo alla collettività se, nel caso di specie, sembra produrre dei riflessi positivi, non sempre è accettato favorevolmente. Così A. ROMANO TASSONE, *Note cit.*, 463: "...oltre un certo livello di complessità d'articolazione, il sistema sociale non offre più ai cittadini rilevanti prestazioni in termini di stabilità e sicurezza dei valori, mancando così ad uno dei suoi compiti fondamentali, quello cioè di rappresentare una struttura nomica, entro certi limiti in grado di creare e non deludere le aspettative dei singoli. E' in quest'ambito che può rinascere, nella sua forma più brutale ed arbitraria, l'autorità la quale, fungendo da strumento di riduzione della complessità sociale, riesce a garantire ai cittadini un minimo di certezza cui appoggiarsi; in tal modo l'autorità giustifica se stessa ed in quanto tale, senza bisogno di ricorrere ad un fondamento razionale ed obiettivo".

Tale effetto, tuttavia, è forse meno grave di quanto possa apparire se solo si pensa che alla natura oggettiva della regola tecnica ed alla sua estraneità dagli ambiti della discrezionalità pura<sup>190</sup>.

Il problema, se di problema si può parlare, è forse su un piano politico, posto che, nel nostro caso, la tecnica (e la qualificazione tendenzialmente incontrovertibile che dalla applicazione della stessa deriva) non sarà discrezionalità, ma sicuramente è potere: ma questo profilo esula evidentemente dalla nostra trattazione e dagli obiettivi in premessa rilevati.

---

<sup>190</sup> La questione della natura della discrezionalità tecnica e dei limiti della sua sindacabilità giurisdizionale è risalente, anche se tuttora oggetto di viva attenzione giurisprudenziale e dottrinarie. Ci si limita ad un rinvio autorevole a F. CINTIOLI, *Giudice amministrativo, tecnica e mercato*, Milano, 2005, che affronta la problematica sia dal punto di vista sostanziale che processuale, con particolare riferimento alla CTU.